

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

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

Av. Vedat Ahsen Coşar,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. Cengiz Tuğral, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Teoman Ergül

Editör / Editor

Av. Oya Günendi Yağan

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Vedat Ahsen Coşar
Av. Cengiz Tuğral
Av. Sitare Sağsen
Av. Teoman Ergül
Av. Özcan Çine

Yayın Kurulu / Board of Editors

Av. Oya Günendi Yağan
Av. Dr. Serkan Açar
Av. Alper Can Aykaç
Av. Olcay Küçükpehlivan
Av. Özcan Çine
Av. Sezercan Bektaş

Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu,
Çankaya Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Haluk Günüşur,
Türkiye-AB Derneği Bşk.
Prof. Dr. Hamit Hancı,
AÜ Tıp Fak. Adli Tıp ABD Bşk.
Sabih Kanadoğlu,
Onursal Yargıtay C. Başsavcısı
Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu
Prof. Dr. Erdal Onar,
Bilkent Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz,
Akdeniz Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez,
Galatasaray Hukuk Fak.
Prof. Dr. Erdener Yurtcan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. /
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is a refereed review.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,
March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these
series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in
these series can not be republished without citation.

İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. 1366. Sokak No: 3
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www.barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 60 TL.
Abonelik: ABONET
Tel: (0212) 222 72 06
Faks: (0212) 222 27 10
www.abonet.net
Abone dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation
Düş Atelyesi (0312) 215 70 37
www.dusatelyesi.com

Basım Yeri / Printed by

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

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

- 9 EDITÖRDEN / FROM THE EDITOR**
- 11 HABERLER / NEWS**
- 23 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT**
- HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES**
- 27 Olgun DEĞİRMENCI**
Uluslararası Suç Olarak Kadına Karşı Cinsel Şiddet Eylemleri / Sexual Violence Against Woman as an International Crime
- 96 Mehmet DEMİR**
İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu / The Liability of Drug Producer, Pharmacist and Physician in Harms Caused by Drug Use
- 129 İştar URHANOĞLU CENGİZ**
Türk Hukukunda İşyerleri Toplu İş Sözleşmesi / Group Labour Contracts in Turkish Law
- 154 Kerem CANBAZOĞLU**
Vergilendirme ve Vergi Alacağıının Cebren Tahsili Süreçlerinde Tesis Edilen İşlemlerin Ayrılabilir İşlem Teorisi Çerçevesinde Yargısal Denetimi / Judicial Review of the Acts Instituted During the Process of Taxation and Compulsory Execution of Tax Debts Within the Frame of Severable Act Theory
- 196 Alper BULUR**
Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi / Examining the Law of Attorneyship Article 35/A in the Frame of Alternative Dispute Resolutions and a Suggestion on the Systemizing
- 242 Ümit KILINÇ**
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İsim ve Soyisim Hakkı / Protection of Right to a Name and a Surname Under the European Convention on Human Rights
- 277 İlyas ŞAHİN**
ABD Federal Mahkemelerinin Sınırlarda Bilgisayar Aramalarına İlişkin Kararları ve Değerlendirmeler / An Analysis on Cases of Federal Courts Regarding Computer Searches at the Borders in the United States

323 Elif KÜZECİ

Beyaz Perdede Kara Bir Dönemin Gölgesi: Modernite ve Holokost'u
Sinema Aracılığıyla Anlamak / *Shadow of a Dark Era on the Silver Screen:
Understanding Modernity and Holocaust by the Cinema*

355 Meltem GÜLER

Sosyal Psikoloji Bakış Açısından Çocuk ve Ergenlerde Suçlu Davranış Gelişimi /
*Development of Anti Social Behavior in Childhood and Adolescence in the
Context of Social Psychology Theories*

MAKALELER / ARTICLES

373 Ahmet İYİMAYA

Bir Yıl İçinde Yapılacak Seçimlerde Uygulanamazlık Kuralının
Halkoylaması Hukuku Yönünden Değeri

405 Hüsamettin UĞUR

Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Kabahatler Kanununa Göre Kanun Yolları
(Başvuru ve İtiraz)

439 Cengiz OTACI

Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu

493 Erkan ALPÖĞÜNÇ

Arsa Payı Kavramı, Önemi, Hesaplanması Düzeltme Davası

507 Ezgi KIZILKAYA

Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı

KARARLAR / DECISIONS

543 Anayasa Mahkemesi Kararları / Decisions of the Constitutional Court

552 Yargıtay Kararları / Decisions of the Courth of Cassation

564 Danıştay Kararları / Decisions of the Council of State

568 Disiplin Kurulu Kararları / Decisions of the Disciplinary Committee

575 YASALAR, TÜZÜKLER, YÖNETMELİKLER / LEGISLATION

590 KİTAPLAR, DERGİLER / BOOKS, PERIODICALS

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN KURALLARI

- 1988 yılından bu yana çıkmakta olan TBB Dergisi, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmaktadır. TBB Dergisi'nde, makaleler; Yargıtay, Danıştay, AİHM, Anayasa Mahkemesi kararları, kritikler ve yayın tanıtım yazıları yer almaktadır.
- Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- Yazılar, 7.500 sözcüğü geçmeyecek şekilde, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.**
Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (en fazla 50 sözcük) ve anahtar sözcükleri (en fazla 10 sözcük) Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır.
Yazıların sonunda kaynakça bulunmalıdır.
Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak yazılmalıdır.
Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnot ve kaynak verilirken yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak (".....") içine alınmalı, sadece eser adı İTALİK verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.
Örneğin: Yazar Adı, "Makale Adı", Eser Adı, Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. xx.
Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", AÜHF Dergisi, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası "yayin@barobirlik.org.tr" adresine gönderilmelidir.
Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları'na uygun olmaması durumunda reddedilir.
- Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini göndermelidirler.
- Yazıların "hakemli makaleler" bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir;** açıklama yer almayan durumlarda "makaleler" bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.
- Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, "kör hakemlik" sistemi uygulanınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
Hakem tarafından uygun bulunmadığı için yayımlanmayan yazılar, istenildiği takdirde hakem adı belirtilmeksizin yazarlara geri gönderilir. Hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
Hakem raporu düzeltme içeriyorsa, rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç, hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
- Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.
- Dergiye gönderilen yazıların yazım denetimlerinin yapılmış olduğu, gönderildiği biçimiyle yayımlanmasına "olur" verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra, baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmez.
Yazım yanlışlarının fazla olması yazının yayımlanmaması için yeterlidir.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yazı dili Türkçe'dir.
- Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Kılavuzu* esas alınmaktadır.
- Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayın haklarına TBB sahip olur.
- Yazarlara TBB Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtım Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

editör'den

Dergimiz 48 numaralı 2003 yılı Eylül sayısından bu yana aynı sayfa düzeni ve dizgi ile bir bölümü hakemli olarak çıkmaktadır.

Kasım 2010 sayısından itibaren Dergimiz ulusal veri tabanları içerisinde yer alacak olan Hukuk Veri Tabanı'na girmek amacıyla, TÜBİTAK-ULAKBİM tarafından önerilen değişiklikleri yapmaya hazırlanmaktadır.

Üniversitelerarası Kurul (ÜAK) Başkanlığı tarafından, akademik yükseltmelerde kullanılan asgari ölçütlerde, Ekim 2010'dan itibaren hukuk alanında yayımlanan ulusal hakemli dergiler için ULAKBİM veri tabanlarında indekslenme koşulu getirilmiştir. Bu koşul gereği, TÜBİTAK-ULAKBİM tarafından geliştirilmekte olan ulusal veri tabanları kapsamına hukuk alanı da dahil edilmiştir. Yaptığımız temaslardan öğrendiğimize göre, TÜBİTAK-ULAKBİM, hukuk veri tabanı ile ilgili ilke kararlarını henüz kesin olarak saptamamıştır. Bu alandaki çalışmalar devam etmektedir. İlk fırsatta kurum ile temas edilerek, Türk hukuk yayıncılığında önemli birikime sahip olan dergimiz ve yayınlarımız dolayısıyla bu konudaki deneyimlerimizi aktarmak istemekteyiz. Bu aşamada ULAKBİM'in bize önerdiği değişikliklerin bir bölümü sayfa düzeni, bir bölümü dizgi ile ilgilidir.

Bu sayımızdan itibaren söz konusu kuruluş tarafından düşünülen değişikliklerden hemen yapılması mümkün olanlar gündeme alınmıştır. Diğer konularda da karşı öneriler götürülerek ilkelere tespitinde yardımcı olunacaktır. Bu konuda hazırlıklar yapılmaktadır.

İlk değişiklik yazı kabulünde özet ve anahtar kelimeler istenmesi olacaktır. Bu eski koşullarımız arasında da vardı, ancak uygulaması yapılmıyordu. Bundan sonra bu noksanlıkları olan yazılar kabul edilmeyecek, yazarlarından noksanlıkların tamamlanması istenecektir.

Sonraki değişiklikler sayfa düzeninde yapılmaya başlanmıştır.

Bu atılım ve değişikliklerin yapılmasına TBB yeni başkanı ile başlanması bir tesadüf olmakla birlikte, her yeniliğin bir cazibesi olarak da kabul edilebilir. Sevgili, rahmetli başkanımız Özdemir Özok'un sağladığı imkânlarla dergimizin uluslararası niteliğe bürünmüş olması ise bize yokluğu dolayısıyla buruk bir gurur vermektedir. Bu vesile ile onu bir kere daha rahmetle anmaktayım.

Saygılarımla.

Teoman Ergül

*Değerli Başkanım
Av. Özdemir Özok'un anısına*

ŞİMDİ

Şimdi ben bir düş gezginiyim
Gözlerimde güneşle yıkanmış
Ilık okşayıcı rüzgar
Ellerimde ellerinizle.

Ellerin bizde kalsın.

Şimdi ben bir düş gezginiyim
Size bir sunturlu yerden bakıyorum
Arapcık dosdoğru, bir sırra gizlenmeden
Yüreğim yüreğinizde.

Yüreğin bizde kalsın.

Şimdi ben bir düş gezginiyim
Ey adalet!
Bir ömürdür tükettiğim
Cübbemin altında kanla savaşıyorum.

Cübbeniz bizde kalsın.

Şimdi sen gökyüzü, hava, su, toprak
Kır çiçekleri, gelincikler, bir yudum rakı
Ne varsa yaşama dair
Senden bize kalan
Işıklar içinde yalın bir gerçek.

Şimdi sen düşlerdeysen eğer
O düşler bize kalsın.



Av. Mahmut Bayatlı
29.04.2010

**Türkiye Barolar Birliği'nin
Yedinci Başkanı
Av. Vedat Ahsen COŞAR**

13 Haziran 2010 tarihinde TBB 11. Olağanüstü Genel Kurul'unda, TBB Başkanlığı'na seçilen Avukat Vedat Ahsen Coşar, 1 Şubat 1949 tarihinde, babasının hâkim olarak bulunduğu Samsun Vezirköprü'de dünyaya geldi.



Orta öğrenimini Ankara Maarif Koleji'nde yaptı. 1974 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. 1975 yılından bugüne kadar Ankara Barosu'na kayıtlı olarak serbest avukatlık yapmaktadır.

1998 yılından bu yana Bilkent Üniversitesi İktisadi, İdari ve Sosyal Bilimler Fakültesi'nde İngilizce Hukuka Giriş dersi okutmanlığı yapmaktadır. 1998-2003 yılları arasında da aynı fakültede İngilizce Türk Kamu Hukuku dersi okutmanlığı yapmıştır. Bu derslerle ilgili ders notları yanında çok sayıda çeviri ve özgün makalesi bulunmaktadır.

2004 yılında Ankara Barosu Başkanlığı'na seçildi. 2006 ve 2008 yıllarında yapılan seçimlerde de başarısını yinelemiş, TBB Başkanlığı'na Ankara Barosu Başkanı iken seçilmiştir.

Avukat Zülal Coşar ile evli olup iki çocuk babasıdır.

Kendisine sağlıklı, başarılı, mutlu günler dileriz.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu 2010 yılında Türkiye Barolar Birliği Kurucu Başkanı Faruk Erem adına hukukçuların katılabileceği,

“MESLEK ETİĞİ”

konusunda

“TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ FARUK EREM ÖDÜLÜ”

için yarışma düzenlemiştir.

- Yarışmaya sadece hukukçular katılabilecektir.
 - Yarışmada yağ sınırlaması yoktur.
- Yarışmaya katılacak yapıtlar daha önce yayınlanmamış olmalıdır.
- Katılımlar yarışmaya gönderilecek yapıtlarını rumuz veya takma adla göndermek, gerçek ad ve kimliklerini kapalı bir zarf içinde bildirmelidirler.
- Yarışmaya katılacak yapıtlar elektronik ortamda ve ayrıca dokuz çıktı halinde Türkiye Barolar Birliği, Balgat/Ankara adresine gönderilmek üzere,
 - 9 Ağustos 2010 Pazartesi günü saat 17.00'ye kadar** Taahhütlü olarak postaya veya kargoya teslim edilmelidir. Elden yapılan teslimler değerlendirmeye dahil edilmeyecektir.
- Yarışmaya katılacak yapıtlar en az A4 ebadında 1,5 aralıkla ekleri hariç otuz sayfa olmalıdır. Daha fazla ve az olan eserler değerlendirmeye kabul edilmeyecektir.
 - Yarışmada birinciliğe layık görülen yapıta 5.000 TL ödül verilecektir.
 - Ödül kazanan ve yayımlanması uygun görülen yapıtların yayım, gösterim ve çoğaltma hakkı Türkiye Barolar Birliği'ne aittir.
 - Değerlendirme kurulu üyeleri yarışmaya katılamazlar.

YARIŞMA SONUCU 29 EKİM 2010 GÜNÜ AÇIKLANACAKTIR.

**TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
BAŞKAN SEÇİMİ YAPILDI:
TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
BAŞKANLIĞINA AVUKAT
VEDAT AHSEN COŞAR SEÇİLDİ**

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Avukat Özdemir Özok'un vefatından sonra 12- 13 Haziran 2010 tarihinde seçim için 12-13 Haziran 2010 tarihinde, TBB Av. Özdemir Özok Kongre ve Kültür Merkezi'nde toplanan TBB 11. Olağanüstü Genel Kurulu'nda üç aday yarıştı.

Ankara Barosu Başkanı Av. Vedat Ahsen Coşar, 178 oy alarak başkanlığa seçildi. İstanbul Barosu Başkanı Muammer Aydın 149, Av. Güneş Gürseler 56 oy aldılar.

TBB Bilgi İşlem Müdürlüğü'nün Özdemir Özok anısına hazırlamış olduğu belgesel salonda duygusal anlar yaşanmasına neden oldu.

Genel Kurul çalışmalarına TBB Başkan Yardımcısı Av. Berra Besler'in açılışından sonra adayların müşterek önergesi ile önerilen Kazım Kolcuoğlu'nun başkanlığında çalışmalarına başladı. İkinci Başkanlığa İzmir Barosu Başkanı Av. Özdemir Sökmen, kâtip üyeliklere de Elazığ Baro Başkanı Av. Rüstem Kadri Septioğlu ile Tunceli Baro Başkanı Av. Nazik Dizdaroğlu seçildiler.

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu adına Başkan yardımcısı Av. Berra Besler'in bir yıllık çalışmalar hakkında bilgi verdiği konuşmasından sonra divanın çektiği kuraya göre adaylar otuzar dakika civarındaki konuşmalarını yaptılar.

Öğleden sonra delegeler dilek ve öneriler de bulundular.

Ertesi gün büyük bir olgunluk içinde yapılan seçim sonucunda Av. Vedat Ahsen Coşar, Türkiye Barolar Birliği'nin 7. Başkanı olarak seçildi. Yeni başkanımızı başarısından dolayı kutlar, çalışmalarında başarılar, sağlıklı ve mutlu günler dileriz.

**AVUKATLIK ASGARİ ÜCRET
TARİFESİ'NİN 11. MADDESİNDE
DEĞİŞİKLİK YAPILDI**

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 11. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“İcra ve İflas Müdürlüklerindeki hukuki yardımlara ilişkin avukatlık ücreti, takip sonuçlanıncaya kadar yapılan bütün işlemlerin karşılığıdır. Konusu para veya para ile değerlendirilebiliyor ise avukatlık ücreti, bu Tarifemin üçüncü kısmına göre belirlenir. Şu kadar ki asıl alacak miktarı 1.333,33 TL'ye kadar olan icra takiplerinde avukatlık ücreti, tarifemin ikinci kısmının, ikinci bölümünde, icra dairelerindeki takipler için öngörülen maktu ücrettir. Ancak bu ücret asıl alacağı geçemez.”

Bu değişiklik ile ilgili Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 10.12.2009 gün ve 2008/1132 E. 2009/2788 sayılı kararı barobirlik.org.tr sitesinde yayımlanmış bulunmaktadır.

**ULUSAL BAĞIMSIZLIK SAVAŞININ İLK
ADIMI: SAMSUN 1919 SEMPOZYUMU
YAPILDI**

7 Mayıs 2010 tarihinde Samsun Barosu'nun işbirliğiyle Samsun Opera ve Bale Salonu'nda *Ulusal Bağımsızlık Savaşının İlk Adımı: Samsun 1919* başlıklı panel yapıldı.

Çok önem vererek düzenlenmesine önayak olduğu *Atatürk Çağdaş Yorumlama ve Anma Programı*'nın üçüncüsünde bulunmayı çok isteyen eski başkanımız Avukat Özdemir Özok'un vefatı üzerine, onun yerine Başkan Yardımcısı Av. Berra Besler ile Samsun Barosu Başkanı Avukat Necat Anıl'ın açılış konuşmalarını yaptıkları panelden önce Türkiye Barolar Birliği Bilgi İşlem Müdürlüğü tarafından hazırlanan slayt gösterisi salonda derin bir hüznün yarattı.

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu Üyesi Avukat Ahmet Gürel'in yönettiği ilk oturumda, Sakarya Üniversitesi Hendek Eğitim Fakültesi öğretim üyesi Doç. Dr. Bünyamin Kocaoğlu, *Mondros Mütarekesi ve İşgal*; Dokuz Eylül Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü Müdürü Doç. Dr. Kemal Arı, *Mondros Mütarekesinden Sonra Anadolu'da Sivil Örgütlenme*; Sakarya Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi öğretim üyesi Doç. Dr. Enis Şahin, *Mondros Mütarekesinden Sonra Ordunun Durumu* konularında tebliğler sundular.

Öğleden sonra Samsun Baro Başkanı Necat Anıl'ın yönettiği ikinci oturumda Ondokuz Mayıs Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi öğretim üyesi Doç. Dr. Kaya Tuncer Çağlayan *Mondros Mütarekesi Ve İstanbul Hükümetleri*; Ondokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Mehmet Evsile *Mustafa Kemal Paşa'nın Mütareke İstanbulundaki Günleri*; Atatürk Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Enver Konukçu *Samsun Yolculuğu ve Bandırma Vapuru*; Ondokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Dursun Ali Akbulut'un yönettiği ikinci ve son oturumda Yeditepe Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü müdürü Prof.

Dr. Tülay Alim Baran, *Mütareke Sürecinde Mustafa Kemal Paşa ve İstanbul Hükümetleri*; Karadeniz Teknik Üniversitesi Eğitim Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Mesut Çapa, *Karadeniz Bölgesinde Rum Çetelerinin Faaliyetleri*; Kırşehir Ahi Evran Üniversitesi Eğitim Fakültesi öğretim üyesi Yrd. Doç. Dr. Hakan Uzun, *Samsun'dan Erzurum'a* başlıklı tebliğlerini sundular.

Ertesi gün Türkiye Barolar Birliği Başkan yardımcıları ve Samsun'da bulunan Yönetim Kurulu üyeleri "*Türk Gençliğinin Atatürk'e bağlılığının simgesi olan bayrağın*" Samsun'dan yola çıkarılması vesilesiyle düzenlenen "*70.Gençlik Bayrak Koşusu ve Gençlik Yürüyüşü*" törenlerine katıldılar.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU BİRİNCİ TOPLANTISI YAPILDI

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, 5-6 Haziran 2010 tarihlerinde TBB Av. Özdemir Özok Kongre ve Kültür Merkezi'nde, TBB Başkanı Av. Özdemir Özok'un anısına, "*Çoğulcu Demokrasi ve Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları*" konulu bir toplantı düzenlemiştir. Toplantının hazırlıkları ve eşgüdümü, "*Kamu Hukukçuları Platformu*" (KHP) ile işbirliği içinde yürütülmüştür. KHP, kamu hukukçularının oluşturduğu gönüllü bir birlikteliği ifade etmektedir. Platform, kuruluş amacını şöyle açıklamaktadır:

"Ülkemizde kamu hukukçularının dağınlığı ve birbirinden kopukluğu, bilimsel gücümüzü zayıflatmakta ve bilimsel etkinlikleri ülkemizde hızla değişen siyaset gündeminin etkisine tabi kılmaktadır. Gerçi kamu hukukçularının siyasal olaylardan bağımsız olmaları düşünülemez. Ancak bu ilginin bilimsel bir tartışma ortamı içinde yürütülmesi, he-

pimizin duyduğu bir gereksinimdir. Bu da ancak günlük siyasetin etkisinden bağımsız bir ortamda gerçekleşebilir. Bunu sağlayabilmek için belli bir dönem içinde insan hakları, hukuk devleti ve demokrasi konusunda ortaya çıkan anayasal ve yasal sorunları, günlük siyasetten bağımsız yıllık toplantılarda serinkanlılıkla ele almak, incelemek ve tartışmak gerekir. Bu amaçla yürütülecek çalışmalarda Anayasa hukuku, genel kamu hukuku ve idare hukuku alanlarında üniversitelerde görev yapan tüm öğretim elemanları platformun doğal üyesidir. Bu alanlar dışında “İnsan hakları”, “hukuk devleti” ve demokrasi” alanlarında çalışma yapan tanınmış hukukçu, sosyolog, siyaset bilimcisi ve felsefecilerden istekli olanlar da bu platformun üyesi sayılır.”

KHP'nin çalışmalarının düzenlenmesi ve eşgüdümü, Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM'ın başkanlığında Prof. Dr. Ülkü AZRAK, Prof. Dr. Oktay UYGUN, Prof. Dr. Kemal GÖZLER, Doç. Dr. Ece GÖZTEPE, Doç. Dr. Selin ESEN ve Doç. Dr. Faruk BİLİR'den oluşan bir Girişim ve İcra Kurulu tarafından sağlanmaktadır.

TBB İnsan Hakları Merkezi'ne sunulan projede KHP Birinci Toplantısının “Çoğulcu Demokrasi ve Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları” başlıklı konusu şöyle açıklanmıştır:

“Konuyu oluşturan kavramlarda gözlemlenen kargaşa, Türkiye'deki demokrasi anlayışının sağlıklı bir gelişim izlemesinde belirleyici bir rol oynamaktadır. Bu kavramların tüm boyutlarıyla irdelenmesi, bunların hangi sınırlar ve ölçütlerle birbirinden ayrılacağına bilimsel bir tartışma ortamı içinde araştırılması ve ortaya konulacak ürünlerin kalıcı bir yayında değerlendirilmesi, toplantının ana amacı-

nı oluşturmaktadır. Toplantı, ele aldığı konuda kamu hukukçuları arasında ortak bir dil ve anlayış birliği oluşturulmasına ne ölçüde katkıda bulunabilirse, amacına o ölçüde yaklaşmış olacaktır. Toplantı amacının gerçekleşmesi, bu alanda yaşanan kavram kargaşasını açıklığa kavuşturacağı gibi, ülkede yaygın olan demokrasi anlayışına özeleştirel bir katkı da getirecektir. Ülkemizde hakim olan demokrasi anlayışını uygar ulusların benimseydiği ortak ilke ve değerler üzerinden gözden geçirmek, farklı toplum kesimlerinin konuya bakış açılarının yaklaştırılmasına bilimsel bir zemin hazırlayacaktır.”

Toplantıya kamu hukuku alanında çalışan yüzün üstünde bilim adamı ve TBB mensupları katılmıştır.

Toplantının birinci (5 Haziran 2010) gününde Prof. Dr. Rona Aybay ile TBB Başkan Yardımcısı Berra Besler'in açılış konuşmalarından sonra öğleden önce Prof. Dr. Fazıl Sağlam'ın yönettiği toplantıda Prof. Dr. Oktay Uygun, “Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğulcu Modelleri: İki Bin Beş Yüz Yıllık Bir Tartışmanın Analizi”, Prof. Dr. Sibel İnceoğlu “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk” ve Doç. Dr. Ece Göztepe, “Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışına Karşı Çoğulcu Demokrasi Modelleri: Normatif Düzenleme Olanakları ve Bunun Sınırlılığı Üzerine Bazı Düşünceler” konulu tebliğlerini sunmuşlardır.

Öğleden sonra ve ikinci gün bildirilerin tartışılmasına ayrılmıştır. Bildirilerin tüm katılımcılara önceden gönderilmiş olması, aktif bir katılım ve tartışma ortamı yaratarak Toplantıya bir zenginlik ve derinlik kazandırmıştır. Toplantıda sunulan bildiriler yakında kitap olarak ilgililerin bilgilerine sunulacaktır.

DAV – ALMAN AVUKATLAR GÜNÜ

Kısa adı DAV olan Alman Avukatlar Birliği'nin Aachen şehrinde düzenlediği "61. Alman Avukatlar Günü" Etkinlikleri'ne Türkiye Barolar Birliği Başkan yardımcısı Av. Talay Şenol'la birlikte Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu üyesi Av. Turgay Bilge katılmıştır. 13-15 Mayıs 2010 tarihleri arasında düzenlenen 61. Alman Avukatlar Günü etkinlikleri 3 güne yayılı yoğun bir programa ve Almanya'nın her bölgesinden avukatların etkin bir katılımına konu olmuştur.

Alman Avukatlar Birliği Başkanı Prof. Dr. Av. Wolfgang Ewer tarafından Türkiye Barolar Birliği'ni temsilen katılan Av. Talay Şenol ve Av. Turgay Bilge "onur konuğu" olarak davetlilere sunulmuştur.

Alman, Yunanistan, Fransa, İtalya, Polonya, Çek Cumhuriyeti gibi pek çok ülkeden avukatın yer aldığı etkinlikte, meslek üzerine yararlı söyleşi ve bilgi alışverişinde bulunulmuştur. Bunun yanında Uluslararası Avukatlar Birliği (UIA) Birinci Başkan Yardımcısı Av. Driss Chater'le de daha önce Türkiye'de bir toplantıda bulunmuş olmasından dolayı, önce Türkiye'deki avukatlık mesleği üzerine, sonra da birlikte yapılabilecek etkinlikler ve ilişkilerin geliştirilmesi hakkında sıcak bir iletişim kurulmuştur.

61. Alman Avukatlar Günü'nün teması olan "Kommunikation im Kampf ums Recht" (Hukuk Mücadelesinde İletişimin Yeri) çerçevesinde, program içerisinde çeşitli atölye çalışmalarını, bilimsel bildiri sunumları, genç avukatlar arası münazara yarışması, onur ödülleri dağıtım töreni ve büyük katılımlı bir konferans gerçekleştirilmiştir. Konferansa Almanya Federal Adalet Bakanı Sabine Leutheuss-er-

Schnar-ren-berg-er ve Kuzey Ren Westfalya Eyalet Adalet Bakanı Roswitha Müller-Piepenkötter katılarak birer konuşma yapmışlardır.

9-10-11 HAZİRAN'DA İZMİR'DE ULUSLARARASI BİLİŞİM HUKUKU KURULTAYI 2010 DÜZENLENDİ

İzmir Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı ve Türkiye Bilişim Derneği tarafından, İzmir Fuarçılık AŞ'nin organizatörlüğünde; Yargıtay, Adalet Bakanlığı, Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Adalet Akademisi ve Türkiye Noterler Birliği'nin katkıları ile 9-11 Haziran 2010 tarihleri arasında İzmir Fuar alanında düzenlenen ve Yargıtay Başkanı Hasan Gerçekker, HGK Başkanı Erdal Sanlı, İzmir Valisi M. Cahit Kıraç, İzmir Büyükşehir Belediyesi Başkanı Aziz Kocaoğlu'nun konuşmalarıyla açılışı yapılan *Uluslararası Bilişim Hukuku Kurultayı*'nda; *İnternet Özgür mü?*, *Bilişim Suçlarıyla Mücadele*, *Güvenli İnternet*, *Baz İstasyonlarının Hukuki Boyutu*, *İnsan ve Çevre Etkileşimi*, *Koruma Tedbirleri*, *e-Ticaret*, *e-Ödeme ve Finans Sistemleri*, *İnternette Kişilik Haklarının Korunması*, *Bilişim ve Hukuk* konu başlıklarında paneller, 5651 sayılı Yasa'nın Değerlendirilmesi, Bilişim Suçları ile Mücadelede İşbirliği, Alan Adarı ve IPv6, e-İmza ve m-İmza, Dijital Deliller, FSEK Kapsamında Yazılımların Korunması, Kişisel Veriler, KEP ve E-Tebligat konu başlıklarında çalıştaylar ve seminerler yer almıştır.

Kurumumuzdan Av. Oya Günendi Yağan "Alan Adları ve IPv6 Çalıştay"ında oturum II. başkanı olarak, "Hukukta Teknolojiyi Kullanmak" başlıklı seminerde de konuşmacı olarak görev almıştır.

ADLİ ARA VERMEYLE İLGİLİ DANIŞTAY İÇTİHADİ DEĞİŞME EĞİLİMİNDE...

Bilindiği üzere, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 86/1 ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 8/3 maddelerine göre, Danıştay daireleri ile idare ve vergi mahkemeleri her sene Ağustos'un birinden Eylül'ün beşine kadar çalışmaya ara verirler. Kanunda yazılı sürelerin bitmesinin çalışmaya ara verme zamanına rastlaması halinde bu süreler, ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren yedi gün uzamış sayılır. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, Dergimizin bu sayısının "Kararlar" bölümünde bulabileceğiniz 18/02/2010 tarih ve 2010/114-247 sayılı kararıyla* ara vermenin son gününün Eylül'ün dördü olduğuna hükmetmiştir. Oysa Yargıtay adli tatilin son gününü Eylül'ün dördü değil, Eylül'ün beşi olarak kabul etmektedir. Ancak anılan Danıştay kararındaki karşı oy, bu konudaki Danıştay içtihadının yakın zamanda değişeceğini göstermektedir. Karşı oy aşağıdaki gibidir:

"2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 86/1 maddesi, çalışmaya ara verme süresinin kısaltılması amacıyla yeniden düzenlenerek, Danıştay dairelerinin her sene Ağustos ayının birinden Eylül'ün beşine kadar çalışmaya ara vermeleri öngörülmüştür. Bu kuralda çalışmaya ara verme süresi, bu sürenin başladığı ve sona erdiği gün açıkça gösterilerek belirlenmiştir. Yani, çalışmaya ara vermenin 'Eylül'ün beşine kadar' süreceği ifade edilerek, Eylül'ün beşi çalışmaya ara vermenin sona erdiği gün olarak gösterilmiştir. Dolayısıyla Danıştay dairelerinin Eylül'ün altısında çalışmaya başlayacakları hususunda duraksama bulunmamaktadır. Nitekim sözü edilen düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten bu yana uygulamanın da bu doğrultuda olduğu bilinen gerçektir. Belirtilen durum karşısında, davacının kanunda öngörülen süre içinde temyiz isteminde bulunduğu sonucuna ulaşıldığından karara katılmıyoruz."

Diğer yandan bu konudaki Daire içtihadı da değişme eğilimindedir. Yine Dergimizin bu sayısının "Kararlar" bölümünde bulabileceğiniz Danıştay 8. Dairesi'nin 21/05/2010 tarih ve E. 2009/3867, K. 2010/2806 sayılı kararındaki** Danıştay Savcısı görüşü dikkat çekicidir:

"(...) buna göre temyiz süresinin son gününün adli tatilin son günü olan 5 Eylül'e denk geldiği, bu günün aynı zamanda hafta sonuna da denk gelmesi sebebiyle sürenin 1 hafta uzadığı göz önüne alındığında 12/09/2008 tarihinde yapılan temyiz başvurusunun süresinde olduğu sonucuna varılmıştır."

Görünen o ki Danıştay'ın yakın bir zamanda içtihadını değiştirmesi ve adli ara vermenin son gününü 5 Eylül ve bir hafta uzayan sürelerde de süre sonunu 12 Eylül olarak kabul etmesi yakın bir ihtimaldir.

Av. Dr. Serkan AĞAR / Av. Oya GÜNENDİ YAĞAN

* Bkz. Kararlar bölümü s. 564.

** Bkz. Kararlar bölümü s. 566.

AB VE DÜNYADAN HABERLER*

• AB Üyesi Ülkelerinden Genel Haberler

Çek Cumhuriyeti'nde yapılan seçim sonucunda koalisyon hükümeti kurulmuştur. Bu *"hiç beklenmeyen bir durum"* olarak yorumlanmaktadır.

Alman Parlamentosu'nun Yunanistan'a acil yardım çerçevesinde 22.4 milyar Euro verilmesini kabul etmesi Angela Merkel'in partisinin bölge seçimlerinde büyük oy kaybına sebep olmuştur.

Slovakya Yunanistan'a mali yardımda bulunmayacağını, sorunlarını kendisinin çözmesi gerektiğini, öncelikle borçlarını tasfiye etmesi gerektiğini açıklamıştır.

Estonya'nın Ocak 2011 tarihinde Euro para birimi bölgesine girecektir.

İngiltere'nin önümüzdeki beş yıl için de Euro para birimine geçmeyeceği açıklanmıştır.

• Hizmetler Direktifi

25 Mayıs tarihinde toplanan Rekabet Konsey toplantısı yapılmıştır. Toplantıya katılan Bakanlar, Hizmetler Direktifi'nin üye ülkelerce ne derece uygulandığını değerlendirmişlerdir. Yapılan değerlendirmeler sonucu 27 üye ülkeden 20 sinin söz konusu Direktifi kendi ulusal mevzuatlarına adapte ettikleri saptanmıştır. Bununla beraber düzenlemeye tam uyum sağlanabilmesi için zamana ihtiyaç olduğu vurgulanmıştır. Diğer taraftan, üye ülkelerin mevcut düzenlemelerinde gerekli değişiklikleri yapmaları da zaman almaktadır. Diğer bir endişe konusu ise *"Tek başvuru/müracaat Noktaları"*nın kurulamamış olmasıdır. Üyelerin düzenlemeyi adapte etme süreleri 28 Aralık 2010 tarihinde sona ermekte olup, Komisyon bu tarihten itibaren bir yıl sonra uygulamaya ilişkin bir rapor düzenleyecektir.

* TBB Uluslararası İlişkiler ve Avrupa Birliği Merkezi Müdürü Av. Derya Yeşiladalı ile yardımcıları Av. Mehmet Gülerman ve Murat Yalkın tarafından hazırlanmıştır.

- **Şeffaflık**

Avrupa Parlamentosu ve Komisyonu iki kurum için ortak bir sicil kayıt sistemi oluşturmak için çalışmalarına başlamışlardır. Konuya ilişkin teknik ve idari çalışmalar sürmekte olup, ortak sicilin 2010 sonu itibariyle faaliyete geçeceği tahmin edilmektedir

- **Kuzey İrlanda'da Trafik Kazaları**

Kuzey İrlanda Barolar Birliği "*Talep Danışma Hizmeti*"ni uygulamaya sokmuş bulunmaktadır. Bu sistem avukatları/hukuk bürolarını desteklemek amacıyla kurulmuştur; nitekim bir avukatın müvekkili trafik kazası yapar yapmaz derhal avukatı ile temasa geçmesi sağlanacaktır. Baro, avukat bürolarının "*Avukatlar Kartı*" (Solicitor's Card) adı ile bir kart yaptırabilmelerine olanak sağlamıştır. Bu kartın bir yüzünde avukatın iletişim bilgileri, diğer yüzünde de trafik kazası halinde yapılması gerekenler konusunda bilgiler yer alacaktır. Ayrıca, Baro web-sitesinde de gerekli açıklamalar yer almaktadır.

- **AB Yansıma Grubu Raporu**

AB genelinde eski başbakanlar, politikacılar ve fikir adamları tarafından 2008 yılında kurulmuş olan Yansıma Grubu (Reflection Group) bir rapor hazırlayarak AB Komisyonuna sunmuştur. Söz konusu Rapor 17 Haziran tarihinde yapılacak olan AB liderleri zirvesinde tartışmaya açılacaktır. Raporda yer alan öneriler şöyledir: beklenmedik mali krizlerle başa çıkabilecek bir araç/enstrüman yaratmak, üye ülke bütçelerinin AB kurumlarınca daha geniş çaplı denetimi, sosyal hakları AB üye ülkeleri arasında naklini/geçişini sağlamak, mesleki diplomalar/yeterliliklerin karşılıklı kabulü, göç konularını daha iyi yönetmek ve yaşlanma faktörleriyle daha iyi başa çıkmak olarak saptanmıştır.

- **ICC**

Finlandiya, Belçika ve Danimarka hükümetleri; Uluslar arası Ceza Mahkemesi (ICC) tarafından haklarında mahkumiyet kararı verilenleri göz altına almayı kabul etmişlerdir. Bu ülkelerin kabul kararı ile ICC tarafından mahkum edilenleri göz altına alma-

yı kabul eden ülke sayısı beşe çıkmış bulunmaktadır. Daha önce İngiltere ve Avusturya ICC'nin kararlarını yerine getirmeyi kabul etmişlerdi.

- **İspanya**

İspanya muhafazakar Halkın Partisi 5 Temmuz tarihinde yürürlüğe girecek olan Kürtaj Kanununda yapılan değişikliklerin Anayasa'nın 15. Maddesine aykırı olduğu iddiası ile iptali için mahkemeye başvurmuştur. Yeni düzenleme doğrultusunda 14 haftalık hamilelikte kürtaj yapılabilecek, diğer taraftan annenin hayati tehlikesi varsa 22 haftalık hamilelikte de kürtaj mümkün olacaktır.

- **Ceza Hukuku**

8 Nisan tarihinde Avrupa Parlamentosu AB Komisyonu tarafından başlatılan; *"ceza yargılamasında adil yargılanma, tercüme ve çeviri"* hakkına ilişkin hareketine destek verdiğini açıklamıştır. Parlamento Vatandaşlık Hakları, Adalet ve İç İşleri Komitesi üye devletler tarafından verilen öneriyi büyük bir çoğunlukla kabul etmiştir. Bu doğrultuda, 14 Haziran tarihinde yapılacak oylama sonucunda konuya ilişkin Direktifin kabul edilmesi beklenmektedir.

- **Aile Hukuku**

24 Mart tarihinde boşanma davalarında uygulanacak hukuk ve yetkili yargı yerini belirlemek üzere, eski düzenlemenin değiştirilmiş şekli olan, yeni bir Yönetmelik sunulmuştur. Öneri 10 üye devlet tarafından yapılmıştır. Yeni öneri doğrultusunda, *"uluslararası çiftler"* boşanma halinde uygulanacak hukuku önceden bileceklerdir. Bu öneriyi destekleyen ülkeler sırasıyla; Avusturya, Bulgaristan, Fransa, İspanya, İtalya, Lüksemburg, Macaristan, Romanya ve Slovenya'dır. BU yeni usul sadece öneriyi veren üye devletleri bağlayacaktır. Öneri Parlamento'ya sunulacak ancak tüm üye ülkeler bakımından bağlayıcı olmayacaktır.

Diğer taraftan, 28 Nisan tarihinde miras ve veraset konularında hazırlanmış olan bir çalışma Avrupa Parlamentosu Hukuk

İşleri Komitesi tarafından incelenmiştir. Konuya ilişkin raporun yaz aylarında Komiteye sunulacağı ve yılsonunda oylama yapılacağı tahmin edilmektedir.

- **AB Kurumları**

Lizbon Antlaşması'nın getirdiği en önemli yeniliklerden bir tanesi de Avrupa Vatandaşları İnisiyatifi (ECI) olarak adlandırılan ve AB sınırları içinde doğrudan demokrasiyi artırmaya yönelik olarak değerlendirilebilecek bir girişimdir. Bu yeni girişim sayesinde Avrupalı vatandaşlar doğrudan Avrupa Komisyonu'na yasal düzenleme önerisinde bulunabileceklerdir. Konuya ilişkin olarak kurulların düzenlendiği Yönetmelik 31 Mart tarihinde Komisyon'a sunulmuştur. Söz konusu düzenleme uyarınca; vatandaşlar tarafından yapılacak teklifin altında en az bir milyon imza (buna elektronik imzalar da dahildir) ve imzaların üye devletlerin en az üçte biri tarafından yapılmış olması gerekir. Konuya ilişkin tereddütler verilerin teyidi, elektronik imza, imza sahiplerinin kimliği gibi konularda yoğunlaşmaktadır. Önerilen Yönetmeliğin Konsey ve Avrupa Parlamentosu tarafından onaylanması gerekmektedir.

- **Çinli Yargıçlar Adliye Binasında Öldürüldüler**

Yerel bir bankanın güvenlik memuru tarafından, 1 Haziran 2010 Salı günü yapılan saldırıda üç yargıç ölmüş, üç kişi de yaralanmıştır. Saldırgan Zhu Jun, Hunan bölgesindeki yerel bir Posta Tasarruf Bankası'nın güvenlik şefi olup, üç yıl önce Lingling Bölge Mahkemesi'nde sonuçlanan boşanma davasında malların paylaşımına duyduğu tepki nedeniyle bu saldırıyı gerçekleştirdiği iddia edilmiştir. Öldürülen yargıçların ise söz konusu boşanma davası ile ilgisi bulunmamaktadır. Zhu, adliye binasına sabah saat on sularında bir otomatik silah ve iki tabanca ile gelerek ateş açmıştır. Çin'de kişilerin silah edinmesi yasadışı olup, Zhu saldırıda kullandığı silahları emrinde çalışan güvenlik görevlilerinden edindiği öğrenilmiştir. Zhu'ya silahlarını veren güvenlik görevlileri hakkında görevi ihmal nedeniyle soruşturma açılmıştır.

- **ABD Yüksek Mahkemesi, Federal Mahkemelerin “Eyalet Vergilerinde Ayrımcılık” İddiası ile Açılan Davalarda Yetkili Olmadıklarına Hükmetmiştir.**

Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1 Haziran 2010 Salı günü, Levin v. Commerce Energy davasında oybirliği ile aldığı kararda, federal mahkemelerin “*eyalet vergilerinde ayrımcılık*” iddiası ile açılan davalarda yetkili olmadıklarına hükmetmiştir. Mahkeme, nezaket doktrini çerçevesinde, bir vergi mükellefinin eyalet vergilerinde ayrımcılık şikayetinin, bir rakibin vergi yükünü artırma amacıyla yapılmış olsa dahi eyalet mahkemesinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir.

Dava konusu olayda, Kaliforniya merkezli doğalgaz şirketi Commerce Energy, Ohio eyaletinde yerel dağıtım şirketlerinin muaf olduğu ek vergilere tabi tutulmuştur. Commerce Energy, bu durumun yerel dağıtım şirketlerine rekabet avantajı sağladığı iddiasında bulunmuştur. Ohio yasalarına göre, Commerce Energy, boru hatlarını kullanabilmek için yerel dağıtım şirketlerine ödeme yapmak zorunda olup ayrıca sağladıkları doğalgaz hizmetleri için üç ayrı vergiye tabi tutulmaktadır.

- **Yüksek Mahkeme, “Konuşmama Hakkı”nın Açık Bir Biçimde Dile Getirilmesi Gerektiğine Hükmetmiştir.**

Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1 Haziran 2010 Salı günü, Berghuis v. Thompkins davasında, *Miranda* uyarılarının usulünce verildiği hallerde, konuşmama hakkını kullanmak isteyen kişinin bunu açık bir biçimde dile getirmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Yüksek Mahkeme bu kararla, Amerikan Temyiz Mahkemesi Altıncı Dairesi'nin, davalının sorgu esnasında yaklaşık üç saat boyunca sessizliğini korumasının, konuşmama hakkından feragat etmeme arzusunu ortaya koyduğu ve devletin, böyle bir feragatin gerçekleştiğine dair ispat yükümlülüğünü yerine getiremediği yönündeki kararını bozmuştur.

Yüksek Mahkeme, 1966 yılında verilen *Miranda v. Arizona* davasında ise “*Eğer birey, sorgu öncesinde veya esnasında, sessiz kalma arzusunu herhangi bir biçimde dile getiriyor ise, sorgu sona erdirilmelidir*” hükmüne varmıştır.

LATİN AMERİKA VE AVRUPA BARO BAŞKANLARI SEMPOZYUMU

Latin Amerika ve Avrupa Baro Başkanları arasında, 21 Mayıs 2010 tarihinde Malaga'da düzenlenen ilk sempozyuma Türkiye Barolar Birliği'ni temsilen Birliğimiz Başkan Yardımcısı Av. Talay Şenol katılmış, toplantıya Av. Derya Yeşiladalı'nın da katılımı sağlamıştır. Toplantı, 21 Mayıs tarihinde Malaga Belediye Binasında gerçekleşmiştir. Toplantıya; Avusturya, Yunanistan, Polonya, Estonya, Almanya, Kıbrıs, İspanya, Brezilya, Bolivya, Meksika, Paraguay, Kosta Rika, Uruguay, Şili, Venezuela Baro Başkanlarının yanı sıra IBA ve UIA Başkanları katılmıştır.

Malaga Belediye Başkanı Sayın Fransisco de la Torre Pralos'un açış konuşmasının ardından; CCBE Başkanı Jose Maria Davo Fernadez, İspanya Barolar Birliği Başkanı Carlos Carnier Diez ve Malaga Baro Başkanları açış konuşmalarını yapmış daha sonra; *"Latin Amerika'da İnsan Hakları ve İnsan Hakları Mahkemesinin Değerlendirilmesi"* konulu tartışmaya geçilmiştir. Yuvarlak masa toplantısı şeklinde yapılan toplantıda oturuma Uluslar arası Ceza Mahkemesi (ICC – International Criminal Court) üyesi Hakim Elizabeth Odia de BENITO başkanlık etmiş ve sunuşta bulunmuştur. Benito sunumunda; Latin Amerika ülkelerinin ordu yönetimi ve korkusundan kurtulduğu, eğitime önemin arttığı ve insan hakları kavramının yerleşmeye ve gelişmeye başladığını vurgulamıştır.

Tartışmalarda özellikle Latin Amerika ülkeleri Baro Başkanları söz alarak ülkelerinde insan hakları bakımından önemli gelişmeler olduğunu, bununla beraber insan hakları konusundaki mücadelelerini sürdürmeye devam edeceklerini ifade etmişlerdir. Diğer taraftan, insan hakları kavramının ve kavrama yaklaşımının Avrupa ve Latin Amerika'da aynı olmadığı, farklı olduğu, bunun sebebinin ise kültürel farklılık ve geleneklerden kaynaklandığı belirtilmiştir.

AVRUPA BAROLAR KONSEYİ

112. GENEL KURUL TOPLANTISI (CCBE)

CCBE Genel Kurul Toplantısı 22 Mayıs 2010 tarihinde yapılmıştır. Sabah 9.30 da başlayan toplantı öğleden sonra 17.00'de

sona ermiştir. Toplantıya üye barolar temsilcileri delegasyonları, konukları ve Latin Amerika barolarının başkan ve temsilcileri katılmıştır.

Toplantının sabah yapılan oturumu Latin ve Avrupa baroları başkanlarına yönelik olmuştur.

Geleneksel olarak her toplantıda yapıldığı gibi CCBE Temsilcileri, konukları ve katılımcıların tanıtımı yapılmıştır. Bu bağlamda, Birliğimiz Başkan Yardımcısı Sayın Av. Talay Şenol takdim edilmiştir.

Gündem maddelerine geçilmeden önce 24 Nisan 2010 tarihinde vefat eden Başkanımız Av. Özdemir Özok'tan övgü ile bahsedilmiş, ardından saygı duruşu yapılmıştır.

Toplantı gündem maddelerinin tartışılması ile devam etmiş, teknik ve karar aşamasına gelen konular tartışılmıştır. İngiltere Delegasyonundan, önceki CCBE Başkanı Colin Tyre'ın Kraliçe tarafından hakimliğe atandığı duyurulmuştur.

Sabah oturumu İspanya Adalet Bakanı Juan Carlos Campo'nun yaptığı konuşma ile devam etmiştir. Bakan konuşmasında adalet ve güvenliğin birbirleri ile sıkı sıkıya bağlı olduğuna vurgu yapmış, yapılan başkanlar toplantısının da kıtalar ve ülkeler arası bilgi alışverişi bakımından çok yararlı olduğunu belirtmiştir.

Öğleden sonraki bölümde CCBE tarafından yürütülecek "*Bir Avukat Bul*" Projesi ve diğer projeler hakkında bilgi verilmiş, teknik konularda tartışmalar yapılmış, CCBE'nin bütçesi ve diğer onaya sunulan konuların ardından toplantıya son verilmiştir.

UMUDUN CESARETİYLE BAŞLARKEN

STARTING WITH THE COURAGE OF HOPE

Vedat Ahsen COŞAR*

başkandan / from the President

Mazbatamı aldıktan sonra Türkiye Barolar Birliği'nin kapısından içeriye, Ankara Barosu Başkanlığı'na ilk seçildiğim gün yaptığım gibi, bir yandan *"Tanrım, girdiğim yere doğrulukla girmemi, çıktığım yerden doğrulukla çıkmamı nasip et. Benden desteğini hiç esirgeme"* (İsra Suresi 80. Ayet) diye dua ederek, diğer yandan *Anwari Soheil'i'nin, Sadı'nın Gülistan'ına yazdığı önsözündeki "Bir dünya malı elinden gittiyse, / Üzülme buna, hiçtir o; / Ve bir dünya malı geçtiyse eline, / Sevinme buna, hiçtir o. / Önünden geçer acılar ve zevkler, / Geç dünyanın önünden, hiçtir o."* dizelerini düşünerek girdim.

Sonra Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'na adaylığımı açıkladığım günü, sonrasındaki günleri, seçildiğim günü düşündüm. Hemen aklıma Homeros'un İlyada'da *"Rüzgarın yerlere saçtığı yapraklar gibidir insan kuşakları"* diye yazması geldi.

Duygu ve düşün dünyamdaki gezimi Homeros'un bıraktığı yerden Romalıların bilge hükümdarı *Marcus Aurelius'u* konuşturarak sürdürdüm: *"Yapraklar gibidir çocukların da; yapraklar gibidir sana coşkuyla övgüler yağdıran, seni eleştiren, ya da seni lanetleyen insanlar; yapraklar gibidir seni itham eden, yargılayan ve mahkum eden insanlar; yapraklar gibidir seni gizliden kınayan, ayıplayan veya alaya alan insanlar da. Onların hepsi ilkbaharda doğarlar, sonra rüzgar gelir, yere savurur onları, sonra orman yenilerini üretir onların yerlerine. Geçmişte olan bütün şeylerin şimdi de olduğunu, gelecekte de olacağını düşün. Geçmişteki dramları, birbirinin aynı sahne-*

* Av., Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

leri gözünün önüne getir. Hadrianus'un ya da Antonius'un yahut Philip'in, İskender'in ya da Croisus'un saraylarını düşün; Sezar'ı düşün, Brutüs'ü düşün. Bunların hepsinde oyunun aynı olduğunu, yalnızca oyuncuların farklı olduğunu düşün."

Buruk bir gülümsemeyle bunları düşündüm.

Sonra kendi kendime *"Hayal kırıklığına uğrama. İnsanları sevmeye, onlarla birlikte hareket etmeye devam et. Ama hiç şaşırma ve unutma: insanlar neyse odurlar. Onun için sen, ara sıra çık gökyüzüne seyret alemi; bazen de in yeryüzüne seyretsin alem seni"* diyerek yaşananları geçmişte bıraktım ve *"umudun cesaretiyle"* geleceğe doğru yürümeye başladım.

Başlangıçlar zordur. Yeni olmanın verdiği zorluklar vardır, yüksek olan beklentilere cevap verememe korkusunun, başarılı olup olmama endişesinin getirdiği zorluklar vardır. Bütün bu zorlukları aşabilmek için, iş ahlakının birinci ilkesi gereği hemen işe koyulmak ve neyin varsa vermek gerekir. Ben de öyle yapmak istedim. Ama yorucu ve zorlu geçen seçim sürecinin hemen ardından yakalandığım sinir ucu iltihabı/zona hastalığı buna izin vermedi. Kutlamalarla, geçmiş olsunlar birbirine karıştı. Hastalık nedeniyle dinlenmeye mecbur edildiğim bu süreçte bir yandan kendimi iyileştirmeye çalışırken, diğer yandan uzunca bir süreden beri ihmal ettiğim kendime zaman ayırdım. Dağılan düşüncelerimi topladım, duygularımı tamir ettim, öncelikli hedeflerimi gözden geçirdim, yapmayı tasarladıklarımı yeniden ayar ettim.

Günümüzde kurumsal yönetimin en başta gelen ilkeleri adil davranmak, sorumluluk duymak, şeffaf olmak, günü geldiğinde önce vicdanına, sonra hesap vermek zorunda olduklarına yaptıklarının veya yapamadıklarının hesabını verebilmektir. Zira ve ancak bu ilkeler yöneticileri ve kurumlarını meşru, demokrat, denetlenebilir, güvenilir ve başarılı kılar. Dürüstlük ise bir meziyet olmayıp, zamandan, mekândan, statüden ve mazeretten bağımsız olarak her insanın özünde bulunması gereken asli bir niteliktir.

Böyle düşündüğüm, bugüne değin yürüttüğüm tüm gönüllü ve kamusal görevlerimde bu ilkelere sadık kaldığım için, Türkiye Barolar Birliğindeki görevime mal bildirimimi kamuya ve siz değerli meslektaşlarıma açıklayarak başladım.

Eskiden bir işin en başında olmak, gücü, yetkiyi, otoriteyi elinde bulundurmak ve bunları kullanmak bir kurumu veya kuruluşu yönetmek için, o kurum veya kuruluşu liderlik yapmak için yeterliydi. Ama artık bugün değil.

Bir yönüyle dünya işlerinin sınır ve denetim dışı kalması, plansız olarak ya da beklenmedik biçimde veya kendiliğinden biçimlenip varlık kazanması anlamına gelen küreselleşme olgusu, bilgi ve iletişim teknolojilerinin şaşılacak bir hızla yaşamımıza soktuğu yenilikler, esnek takım organizasyonlarına sahip olma gereksinimi, insanların geçmişe oranla farklılaşan beklentileri ve benzeri diğer etkenler günümüzde yönetim anlayışını bütünüyle değiştirmiş durumdadır.

Öyle olduğu için günümüzde liderlik yapmanın veya bir kuruluşu yönetmenin yolu, güç göstermekten, içi dışı boş süslü laflar etmekten, hamasetten geçmiyor artık. Bilgiden bilgilere ulaşmaktan, eski olanı, eskimiş olanı, işe yaramaz olanı terk edip yeni olanı uygulayabilmekten, buluşlara ulaşabilmekten, yeni değerler yaratabilmekten, yaşamınızı başka insanların kalplerine dokundurabilmekten, başkalarını etkileyebilmekten, başkalarından etkilenmekten, bizzat eyleme geçmekten, başkalarını eyleme geçirebilmekten geçiyor.

Bu yönetim biçiminde gidilecek yol, sadece yönetim veya lider tarafından değil, kurumun veya kuruluşun her bir üyesiyle, her bir çalışanıyla birlikte yürünmeyi ve keşfedilmeyi bekleyen bir yoldur. Katılımcılığı esas alan bu yönetim sürecinde, yaptıkları işe inancı olan, işine tutkuyla bağlı bulunan, alçak gönüllü, adil, dürüst ve algısı güçlü olan, gerçeği söyleyen, dinlemesini bilen, iyi ve ahlaklı insanlara ihtiyaç vardır.

Türkiye Barolar Birliği'nin kapısı ve olanakları, dün olduğu gibi bugün ve bugünden sonraki her gün bu nitelikteki insanlara ve meslektaşlarımıza açık olacaktır.

On dördüncü yüzyılın sonlarına doğru Batı'da ortaya çıkan "İbret Oyunları"nın içerisinde en çok bilineni "Everyman" dir. İngilizce olan "everyman" sözcüğünün Türkçe karşılığı "sıradan insan" dır. XVI. yüzyıla kadar halkın büyük bir ilgiyle izlediği bu oyunlar, temelde Hıristiyan ahlakını yüceltmeyi amaçlar. Bu oyunlardan birisinde, *everyman* ölüm meleği tarafından ziyaret edilir. Dünyadaki konukluğunun sona

ermekte olduğunu anlayan *everyman*'in, bunun verdiği panikle kendisini götürmemesi, ölümünün ertelenmesi veya biraz geciktirilmesi yönünde yaptığı bütün talepler ölüm meleği tarafından reddedilir. Ölümünden kurtulmasının mümkün olmadığını anlayan *everyman*, ölüm meleğinden son yolculuğu için yanına bir refakatçi almasına izin vermesini rica eder. Ölüm meleği bu isteği "*eğer birisini bulabilirsen olur tabii*" diyerek kabul eder. Bunun üzerine *everyman* kendisine son yolculuğunda refakat edecek birisini aramaya başlar. Ne var ki, bütün arkadaşları, yakınları, akrabaları değişik özürler bildirerek bu talebi kabul etmezler. Sonunda, *everyman*'e son yolculuğunda sadece yaşamı boyunca yaptığı işler eşlik eder.

Bir gün gelecek Türkiye Barolar Birliği'ndeki görevim sona erecek. Zira Buddha'nın şiirsel ifadesiyle "*Her merhaba yeni bir vedanın başlangıcıdır. Hayatta hiçbir şey kalıcı değildir.*" Önemli olan o gün geldiğinde, görevde iken yaptığımız işlerin, iyi işlerin, hizmetlerin arkamızda kalması, yaptığımız iyi işlerle, hizmetlerle anılmamızdır. Yani "*baki kalacak olan bu kubbede hoş bir seda olmaktır.*"

Her gün olduğu gibi bugün akşam da uyumak için yatağımıza gideceğiz. Bunu yaparken yarın sabah yaşamaya devam edeceğimize ilişkin hiçbir güvencemiz yoktur. Ama öyle de olsa ertesi gün yapmayı düşündüklerimizle ilgili planlar yaparız. Esasen gelecek sadece bir plandan ibarettir. Buna da umut diyorlar. Eğer umut var ise ki yaşamda her zaman için umut vardır, o zaman bir şeyler yapmak, bir şeyleri değiştirmek için fırsat da var demektir. Gelecek, kavga etmenin, kamplaşmanın, zıtlaşmanın, kırmanın dökmenin, bozmanın değil, bütünleşmenin günü, yeni kazanımlar elde etmenin, yeni değerler yaratmanın günü olmalıdır. Hepimizin istediği, hepimizin gönlünden geçen bu olmakla, başarılı olmamak, olamamak için hiçbir neden yoktur. O halde ve hep birlikte, daha iyi bir Barolar Birliği, daha iyi bir Türkiye, daha iyi bir dünya yaratmak için yola koyulalım. İnanıyorum ki, başarılı olacağız.

Saygılarımla.

ULUSLARARASI SUÇ OLARAK KADINA KARŞI CİNSEL ŞİDDET EYLEMLERİ

SEXUAL VIOLENCE AGAINST WOMAN
AS AN INTERNATIONAL CRIME

Olgun DEĞİRMENÇİ*

“Silent Enim Leges Inter Armes”¹

Cicero

Özet: Kadın, tarihsel gelişimde erkek tarafından uygulanan şiddetin konusu olmuştur. Özel olarak tecavüz ve genel olarak kadına karşı cinsel şiddet eylemleri tüm ulusal hukuk sistemlerinde yasaklanan eylemler olmuştur. XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ırza geçme eylemlerinin *jus cogens* niteliğine haiz olduklarını görmekteyiz. Özellikle eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kararları ile kadına karşı cinsel şiddet eylemlerine olan ilgi artmıştır. Biz bu çalışmamızda, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nü esas alarak kadına karşı cinsel şiddet eylemlerini incelemeye çalıştık. Çalışmamızın amacı kadına karşı cinsel şiddet eylemlerinin unsurlarını ortaya koymaktır.

Anahtar Sözcükler: Şiddet, cinsel şiddet, ırza geçme, hamileliğe zorlama, uluslararası suç.

Abstract: Women have been subject of violence by men in history. Sexual violence against woman, specially rape, is prohibited in every major domestic legal systems and is universally included as a component of every other *jus cogens* norm. It has long been a violation of customary international law. The interest about sexual vio-

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

¹ “Silahlar arasında hukuk susar”. Hukukun her zaman en güçlü ses olduğu bir dünya dileğimizle...

lence against woman has increased with verdicts of Former Yugoslavia and Rwanda International Criminal Court. In our study, we have examined sexual violence against woman in the light of Rome Statute of International Criminal Court. The purpose of our study is to explain elements of crimes of sexual violence against women.

Keywords: Violence, sexual violence, rape, enforced pregnancy, international crime.

1. Genel Açıklamalar

Kadın, doğası gereği şiddete eğilimli olmadığı halde, sürekli şiddetin konusu olarak tarihte yer almıştır. Toplumların mücadeleleri tarihi aynı zamanda toplumda yer alan kadına karşı uygulanan şiddetin de tarihi olmuştur. Barış veya savaş zamanında, söz konusu şiddet kadına karşı uygulanmaya devam edilmiştir. Silahlı çatışmalarda, doğrudan çatışan taraf olmamasına rağmen, çatışan taraflardan daha fazla zararı yine kadınlar görmüşlerdir.

Kadına karşı şiddet eylemleri, uluslararası insancıl hukukta birçok antlaşma ile yasaklanmıştır. Bunun sonucu olarak kadına karşı şiddet eylemlerine ilişkin yasak, uluslararası örf kuralı haline gelmiştir.² Uluslararası ceza mahkemeleri de, kadına karşı şiddet eylemlerinin bir örf kuralı haline gelmesinden dolayı, söz konusu kuralın ihlalinden dolayı yargılama yapmış ve mahkûmiyet kararları vermiştir.³

Çalışmamızın amacı kadına karşı cinsel şiddet suçlarını, uluslararası suç olarak incelemektir. Bu kapsamda; Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Statüsü'nde yer alan uluslararası suçlar esas alınmış ve her bir suç bakımından kadına karşı işlenen cinsel şiddet eylemleri ele alınarak incelenmeye çalışılmıştır. Kadına karşı cinsel şiddet eylemlerinin düzenlenmesi konusunda uluslararası gelişmeler tarihsel açıdan incelenmiş ve kadına karşı cinsel şiddet eylemlerini başarılı şekil-

² Wolfgang Schomburg - Ines Peterson, "Genuine Consent to Sexual Violence Under International Criminal Law", *The American Journal of International Law*, Vol. 101, 2007, s. 121; Ahmet Hamdi Topal, *Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar*, İstanbul 2009, s. 84; Alison Cole, "Prosecutor v. Gacumbitsi: The New Definition for Prosecuting Rape Under International Law", *International Criminal Law Review* 8, 2008, s. 58.

³ Schomburg / Peterson, s. 121.

de yargılamaya tabi tutmuş Ruanda ve eski Yugoslavya uluslararası ceza mahkemelerinin içtihatlarına yer verilmeye çalışılmıştır.

Çalışmamızda; insanlığa karşı suçlar, soykırım suçu ve savaş suçları, içeriğinde düzenlediği kadına karşı cinsel şiddet suçları açısından ele alınmıştır. Kadına karşı cinsel şiddet eylemlerinin karmaşık doğası, uluslararası suç kategorileri içinde birçok şekilde ele alınmasını gerektirmektedir. Bununla birlikte çalışmamızın kapsamı açısından UCM Statüsü'nde yer verilen suç tipleri ele alınarak, bu suç tipleri kapsamında kadına karşı cinsel şiddet suçları açıklanmaya çalışılmıştır. Geniş boyutuyla bakıldığında kadına karşı cinsel şiddet suçları insanlığa karşı suç kapsamında işkence, zulmetme, diğer insanlık dışı fiiller; savaş suçları kapsamında, işkence, insanlık dışı muamele, büyük ıstıraba neden olma, yaralayarak sakat bırakma, zalimane muamelede bulunma, kişi onuruna karşı saldırı gibi başlıklar altında da ele alınabilecektir. Ancak çalışmanın boyutları itibarıyla kadına karşı cinsel şiddet eylemleri dar bir yaklaşımla ele alınmış, diğer şekillerine zorunlu kaldığı sürece yer verilmeye çalışılmıştır.

2. Uluslararası Suç Kavramı

Hukuk kurallarının amacının düzeni sağlaması olduğu gibi, bir hukuk disiplini olan ceza hukuku da kendi araçlarıyla toplumsal düzeni sağlamaya çalışır. Ceza hukuku, içerdiği emir ve yasaklarla toplumsal yaşamı koruma altına alır.⁴ Devlet, kendi iç hukukunda söz konusu emir ve yasakları belirleyen egemen bir güçtür.

Devlet icrasını yasakladığı veya emrettiği fiiller ile egemenliği altındaki ülkede kamu düzenini sağlamaya çalışmaktadır.⁵ Ancak uluslararası toplum düzeyine çıktığında, devletlerin egemen eşitliğinden dolayı açık bir emir veya yasak normu koyan bir egemenden bahsetmek mümkün olmayacaktır.⁶ Bununla birlikte, uluslararası kamu dü-

⁴ Mahmut Koca / İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2009, s. 29.

⁵ Ahmet Caner Yenidünya, *İnsan Ticareti Suçu* (TCK m. 80), Ankara 2007, s. 38.

⁶ Yenidünya, s. 38, 39; Yücel Acer, "Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu Kavramının Temel Unsurları: Tanım Çalışmaları ve Yansımaları", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C. I, No. 3, 2005, s. 19.

zenini sağlayacak bir ceza normu yapıla geliş, uluslararası anlaşmalar veya hukukun genel prensipleri temelinde oluşturulabilir.⁷

Uluslararası ceza normu ile amaç; uluslararası toplumun temel düzenini etkili bir şekilde korumak, kamu düzenini sağlamaktır. Ege-men devletlerin eşitliği ve devletlerin ancak rızaları ile devletler açısındandır bağlayıcı düzenlemelerin konulabilmesinin mümkün olduğu bir bakış açısında, devletlerarasındaki ilişkileri düzenleyen uluslararası hukukun, başka bir hukuk sistemindeki (iç hukuk) kişilere emir veya yasak niteliğinde normlar koyması mümkün değildir. Bununla birlikte, XIX. yüzyıldan beri, insan hakları ve bazı suçlar bakımından gerçek kişilere, uluslararası hukuk kaynakları ile emir veya yasak niteliğinde normlar koymak ve cezai sorumluluğuna gitmek yolunda bir eğilim vardır.⁸

Uluslararası toplum düzenini etkileyen, uluslararası hukuk kaynaklarından doğan ceza normundan kaynaklanan emir veya yasak niteliğindeki fiiller ve bunlara öngörülen yaptırımlar uluslararası suçları oluşturmaktadır.⁹

⁷ Acer, s. 19.

⁸ Acer, s. 20; Ayşe Nuhoglu, "Uluslararası Ceza Mahkemesi Tarafından Uygulanabilecek Yaptırımlar", *Uluslararası Ceza Davanı* (Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), İstanbul 2007, s. 245.

⁹ "Nasıl ulusal kamu düzenini ceza yaptırımını zorunlu kılacak derecede ihlal eden fiiller ulusal alanda suç sayılmakta ise, uluslararası toplumun huzur ve düzenini bozduğu için uluslararası toplumu bir bütün olarak mağdur ettiği düşünülen fiiller de, uluslararası suç olarak görülmektedir." (Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / R. Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara 2009, s. 40); "Uluslararası suçlar, sadece aleyhine işlendikleri devletin değil, bütün uluslararası topluluğun menfaatlerini zedeler nitelikte olup, suçtan doğrudan etkilenmemiş olsa bile bütün devletlerin güvenliğine yönelik birer tehdit olarak kabul edilir." (Ülkü Halatçı, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisini Kullanılabilmesinin Önkoşulları", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C. I, No. 3, 2005, s. 60, 61); "Uluslararası suç, uluslararası hukuka aykırı olan ve kovuşturulması uluslararası planda öngörülen suç olarak tanımlanmaktadır." (Köksal Bayraktar, "Soykırım Suçu", *Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı*, İstanbul 2007, s. 271); "Uluslararası suçlar kavramı ile uluslararası hukuka aykırı olan ve uluslararası sözleşmelerle kovuşturulması kabul edilen suçlar anlaşılmalıdır" (Faruk Turhan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması", S. 3, Nisan 2005, s. 9); "Âdet veya Sözleşme ile tesis edilen uluslararası norm aracılığıyla suç haline getirilen davranış tiplerine uluslararası suç denir" (Veli Özer Özbek, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, C. 2, *TCK İzmir Şerhi*, Ankara 2008, s. 74); Pompe eski bir çalışmasında uluslararası ceza hukukunun üç bölümden oluştuğunu belirtmektedir. Bunlardan

Uluslararası suçlar, öğretide çeşitli tasniflere tabi tutulmaktadır. Öğretide yapılan ilk tasnifte, uluslararası kamu düzenini ihlal eden ve uluslararası hukuk kaynaklarında yer alan eylemlerin yanı sıra iç hukuklarda düzenlenmiş olmasına rağmen yabancılık unsuru taşıyan ve

ilki, uluslararası hukukun özel bir karşılığı olan, devletlerin iç hukukunu ilgilendiren, cezai yetki sınırlarını kendi belirlediği bölümdür. İkinci bölümde ise bireysel suçlar vardır. Devletler, evrensel yargı ilkesi uyarınca söz konusu suçları bastırma için gerekli gayretleri gösterdiği ve işbirliği yaptığı bir alandır bu. Söz konusu alanda, korsanlık (piracy), esir ticareti (slave trade), uyuşturucu madde kaçakçılığı, insan ticareti ve müstehcen yayınlar bulunmaktadır. Son bölüm ise devletlerarası ceza hukuku (interstate penal law) alanıdır. Bu alanda ise devlet temsilcileri tarafından uluslararası kuralların ihlali söz konusudur (Cornelis Arnold Pompe, *Aggressive War An International Crime*, 's-Gravenhage Martinus Nijhoff 1953, s. 165); Öğretide bir çalışmada Aksar, uluslararası suça ilişkin bir tanım vermemekle beraber, uluslararası suçları ve muhakeme kurallarını esas alan uluslararası ceza hukukunu, savaş hukuku ile aynı anlamda kullanmıştır. Belirtmeliyiz ki, uluslararası suçların genellikle ulusal veya uluslararası silahlı çatışmalar sırasında işlenmesine karşın silahlı çatışma uluslararası suçların bir unsuru değildir. Nitekim UCMY Statüsünden farklı olarak gerek UCMR Statüsü gerek Sierra Leone Mahkemesi Statüsü gerekse de UCM Statüsü, insanlığa karşı suçlar bakımından silahlı çatışma halinin varlığını aramamaktadır. (Yusuf Aksar, *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul Hukuku*, Ankara 2003, s. 18, Aksar, *Uluslararası...*, olarak anılacaktır.); Benzer bir tanım için bkz. Roger S. Clark, "Countering Transnational and International Crime: Defining the Agenda", *Hume Papers on Public Policy*, Vol.6, Issue: 1-2, 1998, s. 20; "Uluslararası suç teşkil eden eylemler doktrinde genel olarak ikili bir ayırım altında incelenmektedir. Devlet ajan ve organlarının suç teşkil eden eylemleri, Uluslararası Ceza Hukuku disiplininin (Droit International Pénal); "Yabancılık Unsuru" taşıyan ve suç oluşturan eylemler ise, Ceza Uluslararası Hukuku (Droit Pénal International) disiplininin konusunu oluşturmaktadır" (M. Fatih Çınar, *Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı*, Çanakkale 2004, s. 1); "Uluslararası Ceza Hukuku Suçları: Uluslararası Hukukta doğrudan doğruya ceza sorumluluğunu gerektiren eylemler olarak nitelendirilmekte ve devletlerin cezai sorumluluğu olarak ortaya çıkmaktadır. (Esat Arslan, "1915 Yılı Olaylarının Soykırım Suçu ve İnsanlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından Değerlendirilmesi, Yeni Türk Ceza Yasası'nda Yapılan Hatalar", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt: 1, No. 4, 2005, s. 20); UCM Statüsü'ne niçin dört adet suçun dahil edildiği ancak uluslararası nitelik gösteren diğer suçların niçin kapsam dışı bırakıldığı konusunda bkz. Lyal S. Sunga, "The Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court (Part II, Articles 5-10)", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 6, No. 4, 1998, s. 61 vd.; Uluslararası suç (international crime) ve sınır aşan suç (transnational crime) şeklinde bir ayırımın da bulunduğu bazı yazarlar tarafından ifade edilmiştir. Buna göre uluslararası suç, uluslararası toplumun uluslararası hukuk tarafından desteklenen bir müeyyide ile karşıladığı eylemleri ifade ederken; sınır aşan suç, uluslararası suçu da içine alacak şekilde bir ülke sınırını aşan uygulamaları ele alan konularla uğraşmaktadır. (Clark, s. 20 vd.)

uluslararası kamu düzenini etkileyen eylemler uluslararası suç olarak tanımlanmıştır. Bu tasnifte biri iç hukuka, diğer de uluslararası hukuka dayanan yabancılık unsuru taşıyan iki çeşit uluslararası suç kavramı ele alınmaktadır.¹⁰ Bu tasnif bağlamında; soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu gibi uluslararası hukukta tanımlanan ve yabancılık unsuru taşıyan suçlar, uluslararası hukuktan doğan yabancılık unsuru taşıyan uluslararası suçları oluştururken; sanığa, mağdura, suçun işlendiği yere göre yabancılık unsuru taşıyan ve iç hukuklarda tanımlanan uyuşturucu madde ticareti, göçmen kaçakçılığı, insan ticareti gibi suçlar ise iç hukuka dayalı yabancılık unsuru taşıyan uluslararası suçlardır.¹¹

Öğretide yapılan diğer bir tasnif uluslararası suçları; “uluslararası hukuk suçları” ve “diğer uluslararası suçlar” olarak ikiye ayırmaktadır.¹² Uluslararası hukuk suçları ile doğrudan uluslararası hukuka göre cezai sorumluluğu gerektiren eylemler ifade edilmektedir. Bu kavram öncelikle “çekirdek suçlar” denilen soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçunu ifade etmektedir. Ancak bu alanın dışında kalan uyuşturucu ticareti veya uluslararası terörizm gibi suçların, uluslararası hukuka göre doğrudan cezai sorumluluğu doğurup doğurmadığı tartışmalıdır. “Diğer uluslararası suçlar” kavramı ile doğrudan uluslararası hukuka göre cezai sorumluluk öngörülme-yen, uluslararası sözleşmelerle devletlere söz konusu fiillerin cezalandırılması yükümlülüğü getirilen fiiller kastedilmektedir.¹³

¹⁰ Yenidünya, s. 39; Durmuş Tezcan, “Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı*, 12-16 Ocak 2000, s. 271.

¹¹ Yenidünya, s. 39, 40; Tezcan, s. 272.

¹² Bayraktar, s. 271; Turhan, s. 9; Yenidünya, s. 40.

¹³ Tezcan / Erdem / Önok, s. 40 vd.; Turhan, s. 9; Yenidünya, s. 40; Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2008, s. 58, 59 (Tezcan / Erdem / Önok, Özel olarak anılacaktır); Yusuf Aksar, “Uluslararası Suçlar, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C. 1, S. 1, 2005, s. 43; Terör ve uyuşturucu madde suçlarının uluslararası suç olarak kabul edilmesi konusunda, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nün oluşturulması aşamasında çalışmalar yapılmış ancak Statü’ye söz konusu suçlar dahil edilmemiştir. Bu konuda bkz. Canan Ateş Ekşi, *Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi*, Ankara 2004, s. 42, 43.

Yapılan başka bir tasnifte ise uluslararası suçlar; gerçek anlamda uluslararası suçlar ve diğer uluslararası suçlar olarak ele alınmaktadır. Uluslararası anlaşmalarla müeyyide altına alınan ve tarih boyunca oluşturulan uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde uluslararası suç olarak düzenlenen eylemler gerçek anlamda uluslararası suçlardır. Buna karşılık göçmen kaçakçılığı, insan ticareti gibi sınır aşan özelliğe sahip ve uluslararası suç örgütleri tarafından işlenmelerinden dolayı birden fazla devletin menfaatini ihlal eden eylemler ise diğer uluslararası suçlardır.¹⁴

5237 sayılı TCK'nın İkinci Kitap Birinci Kısmı "*Uluslararası Suçlar*" başlığını taşımaktadır. Birinci Kısımda iki bölüm halinde; soykırım suçu (m. 76), insanlığa karşı suçlar (m. 77), soykırım ve insanlığa karşı suçları işlemek için örgüt kurma suçu (m. 78), göçmen kaçakçılığı suçu (m. 79) ve insan ticareti suçu (m. 80) düzenlenmiştir. Öğretide yapılan tasnifte uluslararası hukuk suçlarından çekirdek alana ait olan soykırım ve insanlığa karşı suçların TCK'da düzenlenmiş olmasına karşın; aynı alana ait olan savaş suçları¹⁵ ve saldırı suçunun düzenlenmediğini görmekteyiz. Ayrıca diğer uluslararası suçlardan olan göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçu da, uluslararası suç olarak TCK'da bulunmaktadır. Bu durumdan hareketle TCK'nın karma bir yöntem uyguladığı ve Birinci Kısımda "*uluslararası hukuk suçları*" ve "*diğer uluslararası suçlar*"ın bir kısmını düzenlediğini söyleyebiliriz.

Herhangi bir fiilin, uluslararası suç olarak nitelendirilmesinde belirleyici unsur, eylemin ağırlığı veya devletlerin fiili uygulaması değildir. Devletlerin, uzlaşma yolu ile fiili, uluslararası hukuk kaynakların-

¹⁴ Yenidünya, s. 40, 41; Turhan, s. 9; Murat Önok, *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Ankara 2003, s. 149, 150

¹⁵ Belirmeliyiz ki, savaş suçlarını oluşturan fiillerden bazıları Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak 2002 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde bulunan savaş suçları, topluca mevzuatımızda düzenlenmiş değildir. Aynı doğrultuda bkz. Turhan, s. 9; Türk ceza mevzuatında, Askeri Ceza Kanunu'nun 123 ila 127. maddelerindeki yağma suçuna ilişkin düzenleme ayrı tutulacak olursa savaş suçlarına ilişkin UCM Statüsü'nde yer alan düzenlemeye benzer bir düzenleme bulunmamaktadır (Fahrettin Demirağ, "*Uluslararası Ceza Divanı Savaş Suçları - Saldırı Suçu Mevzuatımıza Göre Savaş Hali*", *Uluslararası Ceza Divanı* (Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), İstanbul 2007, s. 110); ayrıntılı bilgi için bkz. Muzaffer Yaşın Aslan, *Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları*, Ankara 2006, s. 273 vd.

da suç olarak nitelemiş olmalarıdır.¹⁶ Uluslararası suçların özelliklerine bakıldığında, şu hususları bünyesinde barındırması gerektiği çoğunlukla ifade edilmektedir;¹⁷

- Uluslararası anlaşma veya örf kurallarını (*customary rules*) ihlal etmektedir,

- Söz konusu fiilleri suç haline getiren normların amacı tümel olarak uluslararası toplum tarafından önemli kabul edilen hukuki değerleri korumaktır. Söz konusu fiiller, uluslararası hukuk araçlarında vücut bulmaktadır.

- Söz konusu fiilerin, fail veya mağdurun tabiiyeti veya suçun işlendiği ülke ile bağlı kalmaksızın cezalandırılmasında ortak bir menfaat bulunmaktadır.

- Fail, *de jure* veya *de facto* olarak resmi sıfat ile hareket eden bir kimse ise, fiilin adına gerçekleştirildiği devlet, yabancı devletin yargı yetkisinin bulunmadığını ileri süremez.

Çalışmamızda 2002 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde yer alan ve öğretilerde çekirdek suçlar olarak ifade edilen saldırı suçu, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarını "*uluslararası suç*" olarak kabul edeceğiz. Bu suçlardan "*saldırı suçu*"nun niteliği itibarıyla çalışmamızla doğrudan bağlantısı olmadığından dolayı diğer üç suç bakımından kadına karşı şiddet eylemlerini inceleyeceğiz.

3. Tarihsel Açıdan Kadına Karşı Şiddet Eylemleri

Antik çağlarda Yunanlılar, ırza geçmeyi de içeren kadına karşı cinsel şiddet eylemlerini, savaş kuralları içerisinde kabul edilebilir davranışlar olarak görmüşlerdir. Kadın, hemen hemen hepsini erkeklerin oluşturduğu savaşçılar için yasal bir ganimet olmuştur.¹⁸

¹⁶ Tezcan / Erdem / Önok, s. 42.

¹⁷ Tezcan / Erdem / Önok, s. 42; Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press 2003, s. 23.

¹⁸ Mary Deutsch Schneider, "About Women, War and Darfur: The Continuing Quest for Gender Violence Justice", *North Dakota Law Review*, Vol. 83, 2007, s. 921, 922; Melike Batur Yamaner, *Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması*, İstanbul 2007, s. 158; Roma döneminde kadına karşı cinsel şiddet suçları için bkz. Diler Tamer, *Au-*

Kadının, erkeğin malvarlığına dâhil olduğu düşünülüşünden dolayı, kadının üzerinde uygulanan cinsel şiddet eylemlerinin, eril gücün başarısını ve zaferi ölçmenin bir yolu, savaş esnasında verilen hizmetin somut bir karşılığı ve savaşın ödülü olması yadırganamayacaktır.¹⁹ Ortaçağ boyunca Avrupa'da, teslim olmayı kabul etmeyen şehirlerin ele geçirilmesi durumunda kadınlara karşı ırza geçme eyleminin icrası bir savaş kuralı haline gelmiştir.²⁰ Silahlı çatışma halinde ırza geçme eylemlerinde bulunan erkekler, düşmanlarının eşlerine ve kızlarına ırza geçmeyi sistematik uygulamak suretiyle, kendilerini ve temsil ettiği düşünceyi savaşın mutlak galibi haline getirdiklerini düşünmektedirler. Savaş koşullarında askerlerin hayatta kalıp kalmayacaklarının belirli olmaması, içgüdüsel olarak üremeye ve ırza geçmeye yönelttiği fikri ileri sürülmektedir. Bunun sonucu olarak savaş sırasında ırza geçme, aslında erkeklerin izlediği içgüdüsel bir üreme stratejisi; ama aynı zamanda ırza geçme yalnızca seks aracı değil; güç aracı olarak uygulanmaktadır.²¹ Dolayısıyla silahlı çatışmalarda uygulanan ırza geçme eylemleri sadece birer cinsel suç olarak değil aynı zamanda şiddet suçu olarak da görülmelidir.

Kadına karşı cinsel şiddet eylemlerinin savaş hukuku kurallarına aykırı olduğu kabul edildikten sonra bile söz konusu suçların soruşturulması veya kovuşturulması savaş alanındaki üstler tarafından ihmal edilmiş veya öncelikli bir husus olarak görülmemiştir.²²

Uluslararası insancıl hukuk kurallarının oluşturulmasından önce silahlı çatışmalardaki ırza geçme eylemleri örf ve adet hukuku tarafından yasaklanmıştır. XIV. yüzyıldan itibaren çeşitli düşünürler tarafından savaş zamanında işlenen kadına karşı şiddet ve özellikle ırza geçme eylemlerinin meşruiyetinin söz konusu olmadığı, bu eylemle-

gustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteris Coercendis, İstanbul 2007.

¹⁹ Lene Hansen, "Gender, Nation, Rape: Bosnia and The Construction of Security", *International Feminist Journal of Politics*, Vol. 3, No. 1, April 2001, s. 61; Schneider, s. 922; Kelly D. Askin, "Prosecuting Wartime Rape and Other Gender-Related Crimes under International Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 21, 2003, s. 296.

²⁰ Schneider, s. 922.

²¹ Michael Ghilieri, *Erkeğin Karanlık Yüzü*, İstanbul 2002, s. 138-139 (aktaran Çetin Veysel, *Savaşın Felsefesi*, İstanbul 2006, s. 172).

²² Schneider, s. 922, 923.

rin de barış zamanında işlenmiş gibi hukuka aykırı ve cezalandırılabilir olduğu ileri sürülmeye başlanmıştır. 1300'lü yıllarda İtalyan hukukçu *Lucas de Pena*, savaşta ırza geçme eylemlerinin barış zamanındaki ırza geçme eylemleri gibi cezalandırılabilir olduğunu ifade etmiştir. 1550'li yıllarda bir çalışmasında *Alberico Gentili*, savaş zamanında savaşanlar tarafından icra edilen ırza geçme eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. *Hugo Groitius* ise 1600'lü yıllarda, savaş zamanında işlenen ırza geçme fiillerinin de, barış zamanında işlenen ırza geçme fiilleri gibi cezalandırılabilir eylemler olduğu savunmuştur.²³ Günümüzde farklı olmasını aklımızdan bile geçiremediğimiz yukarıda yer alan düşünceler, kadının savaş ganimeti sayıldığı bir dönemde çağını aşan düşünceler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Amerika'nın savaş hukuku kurallarını yazılı hale getiren 1863 tarihli *Lieber Kodu*'nun²⁴ 44. maddesi uyarınca ırza geçme eylemleri ölüm cezası ile cezalandırılan eylemler olarak kabul edilmiş ve 47. maddesi ile sadece ülke içinde değil, ülke dışındaki eylemlerde de cezanın uygulanabilir olduğu ifade edilmiştir.²⁵ Bu düzenleme şekli ile *Lieber Kodu*, yargı yetkisini belirlerken faile göre şahsılık sistemini tercih etmiştir.

Uluslararası insancıl hukukun temelini oluşturan uluslararası sözleşmeler ve buna bağlı diğer metinler, kadına karşı cinsel şiddet suçuna karşı ilgisiz kalmışlardır. 1907 La Haye Sözleşmeleri'nde²⁶ kadına

²³ Schneider, s. 923; Askin, s. 299.

²⁴ Lieber Kodu, 1861-1865 yılları arasında Amerikan iç savaşı esnasında Başkan Lincoln tarafından 100 numaralı Ordu Emri olarak yayımlanmıştır. Orijinal ismi "Sahrada Birleşik Devletler Hükümetinin Talimatları" (Instructions for the Government of the United States in the Field)'dir. (Cassese, s. 38); Lieber Kodu'nda kadına karşı cinsel şiddet eylemleri ve özellikle ırza geçme birlik disiplinine (troop discipline) aykırı bir suç olarak nitelendirilmiştir (Mark Ellis, "Breaking The Silence: Rape as an International Crime", CASE W.RES. J.INT'L L., Vol. 38, 2006-2007, s. 226); Askin, s. 299.

²⁵ Schneider, s. 923; Prosecutor v. Furundzija, Case No. IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998, Judgement, parag.168; Askin, s. 299.

²⁶ 1907 yılında La Haye'de imzalanan ve silahlı çatışma hukukunu düzenleyen La Haye Sözleşmeleri ondört sözleşme ve bir düzenlemeden oluşmaktadır. Bunlar 1899 La Haye Sözleşmeleri'nin gözden geçirilmiş halleridir. Gerek yedi sözleşme gerekse de IV Numaralı Sözleşme eki olan Düzenleme 18 Ekim 1907'de imzalanmış ve 26 Ocak 2010'da yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeler ve Düzenleme imzaya açıldığı tarihte Osmanlı Devleti tarafından imzalanmış ancak onaylanmamıştır.

karşı cinsel şiddet eylemlerini yasaklayan açık bir hüküm bulunmasına karşın, IV Numaralı Sözleşme'ye ek düzenleme metninde geçen "aile onuru ve haklarına saygı gösterilmeli" (m. 46) ifadesi yaygın olarak cinsel şiddeti yasaklayan ifade olarak kabul görmüştür.²⁷

Konumuzla ilgili yedi sözleşme şunlardır; ilk Sözleşme Kara Savaşı Örf ve Hukuk Kurallarına İlişkin IV Numaralı Sözleşme'dir (1907 Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land) . Söz konusu Sözleşme 9 maddeden oluşmakta ve Sözleşmeye ek bir Düzenleme de bulunmaktadır. (Sözleşme metni, eki ve imzacı taraflar için bakınız Adam Roberts / Richard Guelff, *Documents on the Laws of War, Third Edition*, Oxford University Press, 2002, s. 67 vd.) İkinci sözleşme, Kara Savaşında Tarafsız Kişilerin ve Kuvvetlerin Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin V Numaralı Sözleşme'dir (1907 Hague Convention V Respecting the Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land). (Sözleşme metni için bkz. Roberts / Guelff, s. 85 vd.). Üçüncü sözleşme, Ticari Gemilerin Savaş Gemilerine Dönüştürülmesine İlişkin VII numaralı Sözleşme'dir (1907 Hague Convention of Merchant Ships into Warships). (Sözleşme metni için bkz. Roberts / Guelff, s. 95 vd.). Dördüncü sözleşme 13 maddeden oluşan, Otomatik Denizaltı Temas Mayınlarının Döşenmesine İlişkin VIII numaralı Sözleşme'dir (1907 Hague Convention VIII Relative to the Laying of Automatic Submarine Contact Mines). (Sözleşme metni için bkz. Roberts / Guelff, s. 103 vd.). Beşinci sözleşme, 13 maddeden oluşan Savaş Zamanında Deniz Kuvvetlerince Yapılan Bombardmana İlişkin IX Numaralı Sözleşme'dir (1907 Hague Convention IX Concerning Bombardment by Naval Forces in Time of War) (Sözleşme metni için bkz. Roberts / Guelff, s. 111 vd.). Altıncı sözleşme, 14 maddeden oluşan Deniz Savaşında Elkoyma Hakkının Uygulanmasına İlişkin Belli Kısıtlamalara İlişkin XI Numaralı Sözleşme'dir (1907 Hague Convention XI Relative to Certain Restrictions with Regard to the Exercise of the Right of Capture in Naval War) (Sözleşme metni için bkz. Roberts / Guelff, s. 119 vd.). Yedinci sözleşme ise 33 maddeden oluşan Deniz Savaşında Tarafsız Kuvvetlerin Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin XIII Numaralı Sözleşme'dir (1907 Hague Convention XIII Concerning the Rights and Duties of Neutral Powers in Naval War). Osmanlı Devleti'nin hazırlık aşamalarına katıldığı ve imzaladığı 1907 La Haye Sözleşmeleri'ni onaylamamasının sebebi 1911 yılında çıkan Trablusgarp Savaşıdır. Söz konusu sözleşmelere Türkiye Cumhuriyeti taraf değildir (Zeki Mesud Alsan, Yeni Devletler Hukuku, Milletlerarası Camiinin Düzenlenmesi, C. II, Ankara 1951, s. 416; M. Yasin Aslan, "Savaş Hukukunun Temel Prensipleri", *TBB*, S. 79, 2008, s. 238; Aslan, Savaş..., olarak anılacaktır.); Silahlı çatışma hukuku kapsamında değinmediğimiz diğer 1907 La Haye Sözleşmeleri ise şunlardır; III Numaralı Çatışmaların Başlamasına Dair Sözleşme, VI Numaralı Çatışmaların Başlangıcında Ticaret Gemilerine Uygulanacak İşlemlere Dair Sözleşme, X Numaralı Deniz Savaşı Kuralları Sözleşmesi, XII Numaralı Uluslararası Zoralmı Mahkemesi Kurulmasına Dair Sözleşme, XIV Numaralı Balonlardan Patlayıcı Madde Atılmasının Yasaklanmasına Dair Sözleşme (bkz. Aslan, Savaş..., s. 239, 240).

²⁷ Schneider, s. 923, 924; Ellis, s. 206.

1949 yılında Cenevre’de dört adet Sözleşme²⁸ ve ekleri imzalanmış²⁹ ve 1977 yılında ise iki ek protokol oluşturulmuştur³⁰. La Haye ve Cenevre Sözleşmeleri’nin tamamında, kadına karşı şiddet eylemleri muğlâk ve dolaylı bir şekilde sadece bir maddede “*aile şerefi*”nin ihlali olarak, bir başka maddede (m. 27) ise korunan şahıslar bakımından yasaklanmıştır. Çok farklı konuları düzenleme altına alan Cenevre Sözleşmeleri’nde; savaş esirlerine yapmasına izin verilen spor dalları ve oyunları, almalarına müsaade edilen kart ve mektuplar bile düzenlenirken, kadına karşı şiddet eylemlerinin doğrudan düzenleme altına alınmamış olması eleştirilmiştir.³¹

²⁸ 1864 yılında Cenevre’de imzalanan Sözleşme 1906 ve 1929 yıllarında gözden geçirilmiş ve genişletilmiştir. 1949 Cenevre Sözleşmeleri, 1864 Sözleşmesi’nin yerine geçmiştir (Askin, s. 200, dn. 59).

²⁹ Schneider, s. 925; I Numaralı Cenevre Sözleşmesi Savaş Alanında Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Durumlarının Islahına İlişkin Sözleşme’dir (1949 Geneva Convention I for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field) (Sözleşme metni için bkz. Roberts / Guelff, s. 195 vd.). II Numaralı Cenevre Sözleşmesi Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Durumlarının Islahına İlişkin Sözleşme’dir (1949 Geneva Convention II for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea) (Sözleşme metni için bkz. Roberts / Guelff, s. 221 vd.). III Numaralı Cenevre Sözleşmesi Harp Esirlerine Yapılacak Muameleye İlişkin Sözleşme’dir (1949 Geneva Convention III to the Treatment of Prisoners of War) (Sözleşme metni için bkz. Roberts / Guelff, s. 243 vd.). IV Numaralı Cenevre Sözleşmesi Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’dir (1949 Geneva Convention IV to the Protection of Civilian Persons in Time of War) (Sözleşme metni için bkz. Roberts / Guelff, s. 299 vd.). Cenevre Sözleşmeleri 12 Ağustos 1949’da imzalanmış ve 21 Ekim 1950’de yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşmeleri 12 Ağustos 1949’da imzalamış ve 10 Şubat 1954’de iç hukukuna aktarmıştır.

³⁰ Schneider, s. 925; 1977 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek I Numaralı Protokol Uluslararası Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolüdür (1977 Geneva Protocol I Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts) (Protokol metni için bkz. Roberts / Guelff, s. 419 vd.). 1977 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek II Numaralı Protokol Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü’dür (1977 Geneva Protocol II Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts) (Protokol metni için bkz. Roberts / Guelff, s. 481 vd.). Türkiye Cumhuriyeti her iki protokolü de imzalamamıştır.

³¹ Schneider, s. 925.

IV Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin 27. maddesinde genel olarak savaş alanında sivillere muameleye ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Maddenin ikinci fıkrası ise özel olarak silahlı çatışmalarda kadının korunmasına yöneliktir. Fıkra göre; "kadınlar özellikle ırza geçme, zorla fuhuş ve her türlü ahlaksız saldırı olmak üzere şereflerine karşı yapılacak her türlü saldırıdan korunurlar." Irza geçmenin şeref ve haysiyete karşı bir suç olarak düzenlenmesi ve bedensel ceza ve işkenceyi yasaklayan maddede açıkça yer almaması doktrinde eleştirilmiştir. Böylece zarar toplumun bakış açısından tanımlanmıştır ve ırzına geçilen kadının kirlendiğine ilişkin görüş yeniden canlandırılmaktadır eleştirisi yapılmıştır.³²

1974 tarihli Silahlı Çatışmalarda ve Acil Durumlarda Kadın ve Çocukların Korunması Deklarasyonu (*Declaration on the Protection of Women and Children in Emergency and Armed Conflict*) da kadına karşı şiddet eylemlerini açıkça düzenlemeyi ihmal etmiştir.³³ Bağlayıcılığı bulunmayan Deklarasyon'un 5. maddesinde savaşan taraflarca gerek askeri operasyon esnasında gerekse de işgal edilmiş bölgelerdeki kadınlara ve çocuklara karşı yapılan her türlü baskı, zalimce ve insanlık dışı muamele suç olarak kabul edilmiştir. Ancak ilginçtir ki, işgal edilmiş bölgelerde ve askeri operasyonlarda, kadınlara karşı gerçekleştirilen insanlık dışı muamelelerin en sık rastlanana ırza geçme ve diğer cinsel şiddet eylemleri olmasına rağmen madde metninde konutun tahribi, ikametgâhın zorla boşaltılması yer aldığı halde ırza geçme ve diğer cinsel şiddet eylemleri açıkça yer almamıştır.

Uluslararası silahlı çatışmalarda mağdurların korunmasını düzenleyen I Numaralı Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol'ün 76. maddesinde kadına karşı cinsel şiddet eylemlerinin açıkça düzenlendiğini görmekteyiz.³⁴ Maddeye göre kadınlar, özellikle, zorla fuhuş ve diğer şekillerdeki ahlaksız saldırılara karşı korunmalıdırlar. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda mağdurların korunmasını düzenleyen II Numaralı Cenevre Sözleşmelerinin Ek Protokol'ün 4 (2) (e) bendinde de aynı düzenlemeye rastlamaktayız.³⁵ Her iki düzenleme incelen-

³² Yamaner, s. 159.

³³ Schneider, s. 926.

³⁴ Schneider, s. 927; madde metni için bkz. Roberts / Guelff, s. 466.

³⁵ Schneider, s. 927; I Numaralı Protokol'ün 75 (2) (b)'sinde, "Kişi onuru üzerinde

diğinde cinsel şiddetin uluslararası insancıl hukuk metinlerinde kadına karşı şiddetin içinde değil,³⁶ kişinin onur ve şerefine karşı eylemler içinde düzenlendiği dikkati çekmektedir. Bu durumun sebebi olarak da, cinsel şiddet eylemlerinin tarihsel gelişiminin yanı sıra iç hukuklardaki düzenlemelerin yansımaları olduğu kabul edilmektedir.³⁷

I. Dünya Savaşı'nın ardından, savaş suçlularını yargılamak amacıyla 1919 yılında Savaş Suçları Komisyonu kurulmuştur. Savaş Suçları Komisyonu raporunda, savaş suçlularının işlemiş olduğu savaş örf ve âdetlerinin ihlali olan ve sınırlayıcı olmayan otuz iki eylem listelenmiştir. Irza geçme ve kadın ve kızların fuhşa zorlama amacıyla kaçırılması eylemleri, söz konusu otuz iki maddelik listede yer alan cinsel şiddet eylemleridir.³⁸

II. Dünya Savaşı boyunca, milyonlarca masum sivile karşı zalimce ve insanlık dışı muamelelerde bulunulmuştur. Bu kapsamda kadınlar irza geçme fiiline maruz kalmış, cinsel köleliğe zorlanmış ve cinsel şiddetin tüm şekilleri tatbik edilmiştir. II. Dünya Savaşı'ndan sonra 1945 ve 1946 yıllarında, savaşı kazanan devletler tarafından Alman ve Japon savaş suçlularını yargılamak için Nuremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi (Nuremberg Mahkemesi olarak anılacaktır)³⁹ ve Tok-

özellikle aşağılayıcı ve küçük düşürücü muamele, fuhşa zorlama ve her türlü uygunsuz saldırı" yasaklanan eylemler arasında yer almıştır. Aynı hüküm uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için II Numaralı Protokol'ün 4 (2) (e) maddesinde de yer almaktadır. Madde metinleri için bkz. Roberts / Guelff, s. 485.

³⁶ "Irza tecavüz, şeref ve onura yönelik bir suç olarak kabul edildiği takdirde, kadının namusu bir sorun haline gelecek, bekâret ve iffet kadının namusunun bir şartı olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla tecavüze uğramış kadın artık onurunu kaybetmiş bir kadın olarak görülecektir. Bu bakış açısı, silahlı çatışmalarda uygulanan cinsel şiddetin kişisel bir konu olduğu ve insan haklarına yönelik bir sorun oluşturmadığı anlayışının doğmasına neden olmaktadır. Nitekim Copelon, yakın zamana kadar irza tecavüzün bir savaş suçu olarak kabul edilmemesinin temel sebebinin, söz konusu fiilin bir insan hakkı sorunu olarak değil kişisel bir sorun olarak görülmesi olduğunu belirtmiştir." (Topal, s. 84).

³⁷ Schneider, s. 927; aynı yönde bkz. Topal, s. 83.

³⁸ Askin, s. 300.

³⁹ Nuremberg Mahkemesinin görev ve yetkileri, Londra Antlaşması ile belirlenmiştir. Söz konusu Mahkeme'yi kuran antlaşma Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis. (Aksar, Uluslararası..., s. 18); Nuremberg Mahkemesi hakkında bkz. Aaron Fichtelberg, "Fair Trials and International Courts: A Critical Evaluation of the Nuremberg Legacy", *Criminal Justice Ethics*, Vol. 28, No. 1, May 2009, s. 5 vd.

yo Uzakdoğu Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi (Tokyo Mahkemesi olarak anılacaktır)⁴⁰ kurulmuştur. Gerek Nuremberg Mahkemesi gerekse de Tokyo Mahkemesi statülerinde, saldırı savaşı suçu üzerine yoğunlaşmış, kadına karşı cinsel şiddet ihmal edilmiştir. Nuremberg Statüsü'nde kadına karşı şiddete yer verilmemiş ve Mahkeme, sanıkları kadına karşı şiddetten dolayı yargılamamıştır. Bununla birlikte cinsel şiddet suçları, yargılamaya tabi vahşetin kanıtı olarak sunulduğundan dolayı, Nuremberg Mahkemesi'nin kararının cinsel şiddet suçlarını kapsadığı ifade edilmektedir.⁴¹ Nuremberg Mahkemesi'nin kararlarında, kadına karşı cinsel şiddet eylemleri işkence kapsamında yer almıştır.⁴²

Nuremberg Mahkemesi'nin yargı yetkisine giren kişiler haricindeki Alman savaş suçlularının yargılamaları 10 Numaralı Kontrol Konseyi Kanunu⁴³ ile gerçekleştirilmiştir.⁴⁴ Söz konusu Kanun'un II (1) (c) bendi uyarınca ırza geçme fiilleri insanlığa karşı suç olarak kabul edilmesine karşın, kısırlaştırma (sterilizasyon), zorla çocuk düşürme ve

⁴⁰ Tokyo Mahkemesi, bir antlaşma sonucu kurulmamıştır. Bu konuda bkz. Special Proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers, Establishment of an International Tribunal for the Far East, 19 Ocak 1946 (Aksar, Uluslararası..., s. 18); Tokyo Mahkemesinin kuruluşuna yönelik eleştiriler ve yargılamalarla ilgili geniş bilgi için bkz. Yoki Takatori, "America's War Crimes Trial? Commonwealth Leadership at the International Military Tribunal for the Far East, 1946-48", *The Journal of Imperial and Commonwealth History*, Vol. 35, No. 4, December 2007, ss. 549-568.

⁴¹ Schneider, s. 929.

⁴² Schneider, s. 929; işkence suçu hakkında detaylı bilgi için bkz. R. Murat Önok, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Ankara 2006 (Önok, İşkence olarak anılacaktır); Önok, 101 vd.; William A. Schabas, "The Crime of Torture and The International Criminal Tribunals", *Case W. Res. J. Int'l L.*, Vol. 37, 2006, s. 349 vd.

⁴³ Metin için bkz. <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp> (Erişim Tarihi: 22 Nisan 2010).

⁴⁴ Almanya'nın tümü üzerinde yetkili kılınan Kontrol Konseyi (Control Council) tarafından, Moskova Bildirisi ve Londra Antlaşmasına işlerlik kazandırabilmek için 20 Aralık 1945 tarihinde 'Almanya için Savaş Suçlarıyla Barışa ve İnsanlığa Karşı İşlenen Suçlardan Sorumlu Olanların Cezalandırılmasına ilişkin 10 sayılı Kontrol Konseyi Kanunu'nu kabul etmiştir. Bu Kanun ile Nuremberg ve Tokyo yargılamalarına ek olarak daha az öneme sahip suçlar nedeniyle Alman ülkesi ile sınırlı olarak düşük rütbeli Nazi subaylarının yargılanması hedeflenmiştir.

cinsel aşığılanma gibi kadına karşı şiddet eylemlerinin birçoğu söz konusu metinde bulunmamaktadır.⁴⁵

Tokyo Mahkemesi'ni kuran statüde herhangi bir cinsel suç yer almamaktadır. Bununla birlikte iddianamede sivillere yönelik ırza geçme eylemleri insanlık dışı muamele (*inhumane treatment*), kötü davranma (*mistreatment*), acı verici davranma (*ill-treatment*) ve aile onur ve haklarına saygısızlık (*failure to respect family honour and rights*) olarak yer almıştır. Bundan ötürü ırza geçme eylemlerinden dolayı failer, Tokyo Mahkemesi'nce yargılanmıştır. General Iwane Matsui, Komutan Shunroku Hata ve Dışişleri Bakanı Hirota, ırza geçme dâhil olmak üzere astları tarafından işlenen bir dizi suçtan dolayı sorumlu bulunmuşlardır. Jakarta'da yapılan yargılamalarda, bazı Japon sanıklar Hollandalı kadınları Japon askerlerin cinsel hizmetçiliğine sunmak suretiyle zorla fuhuştan hüküm giymişlerdir.⁴⁶ General Yamashita, Manila'da yaşanan ırza geçme eylemlerinden dolayı komuta sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulmuştur.⁴⁷

II. Dünya Savaşı öncesi ve sonrasında akdedilen uluslararası insancıl hukuk metinleri ile mahkemeleri kuran statüler incelendiğinde, kadına karşı cinsel şiddet eylemlerine ilişkin düzenlemelerin tatmin edici olmadığı, sıklıkla rastlanılan birçok eylemin ihmal edildiği açıkça görülebilir. Öğretide bu durumun sebebi olarak; uluslararası insancıl hukuk metinlerinin çoğunlukla erkek egemen gruplar tarafından oluşturulduğu, kadın haklarını temsil eden grupların karar yapım süreçlerinde yeterince etkin olmadığı gösterilmektedir.⁴⁸

Eski Yugoslavya'da⁴⁹ meydana gelen yaygın ve sistematik ırza geçmeler ve soykırıma ilişkin belirtiler, Birleşmiş Milletler Güvenlik Kon-

⁴⁵ Schneider, s. 929; Irza geçme eylemleri ilk kez 10 Numaralı Kontrol Konseyi Kanunu'nda insanlığa karşı suçlar arasında düzenlenmiştir (Schomburg / Peterson, s. 122).

⁴⁶ Schneider, s. 929; Schomburg / Peterson, dn.4, s. 122; Askin, s. 302.

⁴⁷ Komuta sorumluluğu konusunda geniş bilgi için bkz. Olgun Değirmenci, "Uluslararası Ceza Hukukunda Komuta Sorumluluğu, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 3, S. 8, Aralık 2008, s. 57 vd.

⁴⁸ Schneider, s. 931; Askin, s. 295.

⁴⁹ Eski Yugoslavya'da yaşanan olaylardaki mağdurlara ilişkin detaylı bir çalışma için bkz. Jelena Jauković, "The Forms of Victimization in the Territory of the Former Yugoslavia", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 10,

seyi tarafından söz konusu fiilleri yargılamak için harekete geçilmesini gerektirmiştir. 1991 yılından itibaren eski Yugoslavya'da işlenen uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerini içeren suçlardan sorumlu kişileri yargılamak için eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCMY) oluşturulmuştur.⁵⁰ Statü'nün insanlığa karşı suçları düzenleyen 5. maddesinde ırza geçme eylemi, açıkça insanlığa karşı suç olarak düzenlenmiştir.⁵¹

UCMY'nin kurulmasından bir yıl sonra 6 Nisan 1994'te Ruanda ve komşusu Burundi devlet başkanlarının şüpheli bir kazada ölümü, Tutusilere yönelik şiddet eylemlerini tetiklemiştir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından, söz konusu fiilleri yargılamak için Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCMR) oluşturulmuştur.⁵² Statü'nün

No. 2-3, 2002, s. 109 vd.

⁵⁰ Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 25 Mayıs 1993'teki 827 numaralı kararına istinaden kurulmuştur. Mahkemenin tam ismi "1991'den İtibaren Eski Yugoslavya'da İşlenen Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinden Sorumlu Kişilerin Kovuşturulmasına İlişkin Uluslararası Ceza Mahkemesi"dir (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991) (UCMY'nin kurulmasına ilişkin tarihsel gelişim ve Mahkemenin statüsüne ilişkin metin için bkz. Roberts / Guelff, s. 565 vd.); ayrıca bkz. Tevfik Odman, "Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı", *AÜHFD*, C. 45, S. 1-4, 1996, s. 132 vd.; Yusuf Aksar, "The Transfer of Slobodan Milosevic to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (the ICTY) and the Turning Point in International Humanitarian Law", *AÜHFD*, C. 51, S. 2, 2001, s. 19 vd.; William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Oxford University Press, 2002, s. 10; Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararı ile kurulmayan karma uluslararası ceza mahkemeleri örnekleri için bkz. Richard J. Wilson, "Assigned Defense Counsel in Domestic and International War Crimes Tribunals: The Need for a Structural Approach", *International Criminal Law Review*, Vol. 2, 2002, s. 145 vd.; Hans Köchler, "Küresel Adalet mi? Küresel İntikam mı?", İstanbul 2005, 286 vd.; Janine Natalya Clark, "International War Crimes Tribunals and the Challenge of Outreach", *International Criminal Law Review* 9, 2009, s. 99 vd.

⁵¹ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 5. maddesi ile ilk kez, silahlı bir çatışma kapsamında gerçekleştirilen ırza tecavüz fiili, bireysel ceza sorumluluğunu gerektiren bir suç olarak düzenlenmiştir. (Topal, s. 92).

⁵² Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 08 Kasım 1994'teki 955 numaralı kararına istinaden kurulmuştur. Mahkemenin tam ismi "1 Ocak - 31 Aralık 1994 Tarihleri Arasında Ruanda'da İşlenen Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinden Sorumlu Kişilerin ve Komşu Ülkelerde İşlenen Soykırım ve Benzer İhlallerden Sorumlu Ruanda Vatandaşlarının Kovuşturulmasına İlişkin Uluslararası Ceza Mahkemesi"dir (International Tribunal for

insanlığa karşı suçları düzenleyen 3. maddesinde ırza geçme eylemi, açıkça insanlığa karşı suç olarak düzenlenmiştir. UCMR Statüsü, UCMY Statüsünden farklı olarak kadına karşı cinsel şiddet eylemlerini sadece insanlığa karşı suç olarak düzenlememiş, Statü'nün 4. maddesinde ırza geçme, kişinin onuruna karşı işlenmiş hukuka aykırı bir eylem olarak Cenevre Sözleşmelerinin ve Ek Protokolleri'nin ihlali olarak kabul edilmiştir.⁵³

UCMY ve UCMR'nin oluşturulmasının cinsel şiddet suçlarının cezalandırılabilir eylemler haline getirilmesi açısından önemi tartışılmazdır. Söz konusu düzenlemelerle birlikte, silahlı çatışma halinde çatışmanın doğasından kaynaklanan ve anlayışla karşılanabilir eylemler veya birlik disiplinine ilişkin eylemler olarak nitelendirilen cinsel şiddet eylemleri, özel bir savaş aracı olarak algılanmaya başlanmıştır. UCMY ve UCMR Statülerinde ırza geçme ve fuhşa zorlama hariç olmak üzere cinsel şiddetin diğer biçimleri açıkça düzenlenmemişlerdir. Bununla birlikte yargılamalar esnasında Mahkemeler, cinsel şiddetin tüm şekillerini; insanlığa karşı suç, soykırım suçu ve savaş suçları kapsamındaki eylemler içinde mütalaa etmişlerdir.⁵⁴

Roma'da 17 Temmuz 1998 tarihinde gerçekleştirilen Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurulmasına Dair Birleşmiş Milletler Roma Diplomatik Konferansı ve bunun sonunda Uluslararası Ceza Mahkemesi

the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 January and 31 December 1994) (UCMR'nin kurulmasına ilişkin tarihsel gelişim ve Mahkemenin statüsüne ilişkin metin için bkz. Roberts / Guelff, s. 615 vd.); Schabas, s. 11.

⁵³ Metin için bkz. Roberts / Guelff, s. 619; Schomburg / Peterson, s. 122.

⁵⁴ "...cinsel şiddet fiilleri kölelik, işkence, zulmetme ve insanlık dışı diğer fiiller başlığı altında insanlığa karşı işlenen suç (EYUCM, RUCM); grup üyelerinin maddi ve manevi bütünlüklerine ağır surette zarar verilmesi başlığı altında soykırım suçu (EYUCM, RUCM); işkence, insanlık dışı muamele, beden ve sağlık üzerinde kasten ağır acı ve ıstırap verme başlıkları altında 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlalleri (EYUCM); zalimname muamele, işkence, aşağılayıcı ve küçük düşürücü davranış başta olmak üzere kişi haysiyeti üzerinde aşağılayıcı ve alçaltıcı davranışta bulunma ve ırza tecavüz başlıkları altında savaş kanun ve adetlerinin ihlali (EYUCM); özellikle zalimane muamele, işkence, yaralayarak sakat bırakma ve tür cismani ceza başlıkları altında 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi ile II Numaralık Ek Protokol'ün ihlali (RUCM) kapsamında ele alınarak yargılanmış ve suçlu bulunan sanıklar çeşitli cezalara çarptırılmışlardır. (Topal, s. 98).

(UCM) Statüsü'nün kabul edilmesi, UCMY ve UCMR'den sonraki gelişmeler olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁵ UCM Statüsü'nde, mahkemenin yargı yetkisine giren suçlar dört grup halinde belirtilmiştir. Bunlar; soykırım suçu (m. 6), insanlığa karşı suçlar (m. 7), savaş suçları (m. 8) ve saldırı savaşı suçudur. UCM Statüsünde kadına karşı cinsel şiddet suçları aynı içerikte olmak üzere insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının altında düzenlenmiştir. Bununla birlikte, açıkça düzenlenmemekle beraber kadına karşı cinsel şiddet eylemlerinin soykırım suçunu oluşturabileceği de UCMR ve UCMY içtihatlarında yer almaktadır.

2001 yılında özellikle Bangladeş, Jamaika, Namibya ve Kanada delegelerinin etkin lobi faaliyetleri sonucunda Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1325 numaralı Kararı almıştır. Söz konusu karar ile silahlı çatışma taraflarına cinsiyete dayalı şiddete karşı kadın ve kızları korumak için gerekli tedbirleri alma tavsiyelerinde bulunulmuştur. Söz konusu Kararda özellikle dört alan üzerine yoğunlaşmıştır. Bunlar; barış süreçleri ve tüm karar yapım süreçlerine kadınların katılımının sağlanmasının, barışı koruma operasyonlarına cinsiyet bazlı eğitimlerin dâhil edilmesi, kadın ve kızların haklarının korunması ve BM raporlama ve uygulama sistemlerinin cinsiyet bazlı yapılandırılmasıdır.⁵⁶

Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin on yıllık bir çalışma sonucu hazırladığı ve 2005 yılında yayımladığı "*Uluslararası Örfi İnsancıl Hukuk*"

⁵⁵ Aksar, *Uluslararası...*, s. 20; UCM ile ilgili tarihsel gelişim için bkz. Ali Şahin Kılıç, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme", *AÜHFD*, C. 58, S. 3, s. 624 vd.; Hakan Karakehya, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk", *AÜHFD*, C. 57, S. 2, 2008, s. 135 vd.; Devrim Aydın, "Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi", *AÜHFD*, C. 51, S. 4, 2002, s. 132 vd.; Uğur Bayılloğlu, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye", *AÜHFD*, C. 56, S. 1, 2007, s. 53 vd.; M.Yasin Aslan, "Uluslararası Ceza Divanı ve Türkiye'ye Etkileri", *AÜHFD*, C. 56, S. 4, 2007, s. 57 vd. ; Arzu Alibaba, "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu", *AÜHFD*, C. 49, S. 1, 2000, s. 181 vd; Zeki Mesut Alsan, "Bir 'Milletlerarası Ceza Divanı' Kurulması ile İlgili Fikirler ve Teşebbüsler", *AÜHFD*, C. 8, S. 3, 1951, s. 1 vd.; M. Yasin Aslan, "Uluslararası Ceza Divanı ve Kişisel Ceza Sorumluluğu", *TBB*, S. 73, 2007, s. 239 vd.; Mahnoush H. Arsanjani, "The Rome Statute of the International Criminal Court", *The American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 1, Jan. 99, s. 22 vd.

⁵⁶ Söz konusu Kararla ilgili detaylı bilgi için bkz. Jackie Kirk / Suzanne Taylor, "Ending Violence Against Women and Girls in Conflict Contexts, Canadian Efforts and Experiences", *Canadian Woman Studies/Les Cahiers De La Femme*, Vol. 25, Numbers 1,2, s. 139 vd.

raporunda, silahlı çatışmalarda uygulanacak insancıl hukuk kuralları yer almıştır. Söz konusu çalışmanın 93'üncü kuralı uyarınca ırza geçme ve diğer cinsel şiddet eylemleri yasaklanan eylemler arasında sayılmaktadır.⁵⁷

4. Kadına Karşı Şiddet Eylemlerinin Boyutları (İstatistikî Bilgiler)

II. Dünya Savaşı'ndan günümüze, ulusal veya uluslararası nitelikte 250 silahlı çatışma yaşanmış ve yaklaşık olarak 170 milyon kişi mağdur olmuştur. Bu miktarın yaklaşık yüzde doksanını kadın ve çocuklar oluşturmaktadır. Söz konusu oran, bir önceki yüzyıl ile karşılaştırıldığında büyük farklılıklar gösterdiği açıkça görülebilir. Bir önceki yüzyılda, silahlı çatışmalarda zarar gören kişilerin yüzde doksanını askeri personel oluşturmaktaydı.⁵⁸

Silahlı çatışma esnasında erkekler çoğunlukla öldürülmekte⁵⁹ ancak kadınların önce ırzına geçilmekte, sonra öldürülmektedir.⁶⁰ Özellikle savaşta veya silahlı çatışmalarda, kadına karşı cinsel şiddet bir-biri ile ilgili olmayan, bireysel eylemlerden oluşabileceği gibi, Bosna-Hersek'te görüldüğü gibi kitlesel ölçekte de yaşanabilir.⁶¹ Barstow, üç farklı çeşit cinsel şiddete işaret etmektedir. Öncelikle, Mahmudiyah'ta görüldüğü gibi bireysel ırza geçmeler, ikinci olarak savaşan askerlerin cinsel isteklerini karşılamak amacıyla askerler ile fuhşa zorlama suretiyle cinsel kölelik ve son olarak çoğunlukla etnik, ırki veya dini grup-

⁵⁷ Jean-Marie Henckaerts, "Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict", *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857, March 2005, s. 206; ayrıca bkz. Tezcan / Erdem / Önok, *Uluslararası...*, s. 562 vd.

⁵⁸ Schneider, s. 914.

⁵⁹ Belirtmeliyiz ki silahlı çatışma esnasında erkeğe karşı cinsel şiddet eylemleri de düşünüldüğünden fazla şekilde işlenmektedir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Sandesh Sivakumaran, "Sexual Violence Against Men in Armed Conflict", *The European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 2, 2007, s. 253 vd.

⁶⁰ Schneider, s. 914.

⁶¹ Ekim 2006, Irak Mahmudiye'de 5 Amerikan askeri, yerli halka cinsel şiddet eylemi uyguladığından dolayı askeri mahkemeye sevk edilmiştir. (Bkz. Eugenia Trabucchi, "Rape Warfare and International Humanitarian Law", *Human Architecture: Journal of the Sociology of Self-Knowledge*, Vol. 4, Fall 2008, s. 40.)

lar arasındaki dengeyi bozmayı amaçlayan, planlı olarak icra edilen kitlesel ırza geçmelerdir.⁶²

Küresel ölçekte silahlı çatışmalarda kadına karşı şiddet, bir savaş aracı olarak kullanılmaktadır.⁶³ Bu durum tek başına kadına karşı şiddeti amaçlamamakta, öte yandan savaşın diğer tarafı olan erkeği aşağılamayı amaçlamakta, toplumun sosyal ve ahlaki dokusunu tahrip etmektedir.⁶⁴

Uluslararası suç olarak kadına karşı cinsel şiddet eylemleri çeşitli şekillerde gerçekleştirilmektedir. Bunlar; ırza geçme, aile üyeleri ile cinsel ilişkiye veya diğer cinsel eylemlere zorlama, zorla hamile bırakma, cinsel açıdan kötürüm bırakma, cinsel açıdan aşağılama, kadının üreme organları veya cinsel organlarında tıbbi deneyler yapma, çocuk düşürmeye zorlama, rahmin sterilizasyonuna zorlama, fahişeliğe zorlama, gerekli malzeme veya hizmetler için cinsel hizmet sunmaya zorlama, çocuğun geri verilmesi için cinsel açıdan hizmet sunmaya zorlama, insan ticaretine zorlama, cinsel köleliğe zorlama, pornografik malzemeleri için obje olmaya zorlama ve evliliğe zorlama olarak sayılabilir.⁶⁵

Kadına karşı cinsel şiddet eylemleri uluslararası silahlı çatışmalarda görüldüğü gibi ulusal silahlı çatışmalarda sıklıkla uygulanan yöntemlerden biridir. Örneğin Kongo'da beş yıl boyunca süren silahlı çatışmalarda, yaşayan her üç kadın savaş mağdurundan birinin ırza geç-

⁶² A. L. Barstow, *War's Dirty Secret: Rape, Prostitution, and Other Crimes Against Women*, Cleveland 2000, s. 11, 45; ayrıca bkz. Trabucchi, s. 42.

⁶³ Trabucchi, s. 41; Schomburg / Peterson, s. 121.

⁶⁴ Trabucchi, s. 41.

⁶⁵ Schneider, s. 917, 918; Bennoune, silahlı çatışmalarda gerçekleştirilen kadına karşı cinsel şiddet eylemlerini şu başlıklar altında listelemektedir; tecavüz, cinsel açıdan kötüye kullanma ve cinsel saldırı, kasten HIV/AIDS bulaştırılması, pornografi veya cinsel şiddetin kaydedilmesi, cinsel aşağılama, cinsel organları ve biyolojik üreme organlarında tıbbi deneyler, kölelik ve cinsel kölelik, beraber yaşamaya veya evlenmeye zorlama, hamileliği engelleme, doğum bozuklukları ve zehirli ve yasak silahlara maruz kaldıktan sonra sterilizasyon, cinsiyet esasına dayalı keyfi gözaltına alma veya de facto keyfi gözaltına alma, zorla hamile bırakma, hamileliğe veya düşük yapmaya zorlama, alenen soyunmaya ve çıplak kalmaya zorlama, örtünmeye veya örtünmemeye zorlama, kadın ve kızlara yönelik insan ticareti, fuhuşa zorlama (Karina Bennoune, "Do We Need International Law to Protect Women in Armed Conflict?", Case W. Res. J.Int'l L., Vol. 38, 2006-2007, s. 366).

me fiiline uğradığı bildirilmiştir.⁶⁶ Aynı şekilde Sierra Leone’da kadına karşı rapor edilen cinsel şiddet eylemleri, on yıl boyunca 64.000 olarak bildirilmiştir.⁶⁷

Uganda’da 1980-86 yılları arasında, Luwero bölgesindeki kadınların % 70’ine askerler tarafından tecavüz ettiği bildirilmiştir. Söz konusu bölgede, tecavüze uğrayan kadınların büyük bir kısmı, en az on farklı kişinin tecavüzüne uğramıştır.⁶⁸

Benzer şekilde Liberya’da, 1989-1994 yılları arasında, görüşmelerde bulunulan kadınlardan % 15’inin tecavüz, tecavüze teşebbüs veya cinsel baskıya maruz kaldığı bildirilmiştir. Dünya Sağlık Örgütü’nün çalışmalarında kadınların % 33’üne tecavüz edildiği sonucuna varılmıştır.⁶⁹

Ruanda’da yaşanan olaylardan sonra Birleşmiş Milletler raportörlerinin bildirdiğine göre; “...ırza geçme kural ve yokluğu ise istisna...” idi. Ruanda’da yaşanan kadına karşı cinsel şiddet ve özellikle ırza geçme vakalarının sayısının hesaplanmasında, yüz ırza geçme eyleminin bir hamileliğe neden olduğuna ilişkin istatistik kullanılmış ve 250.000 ila 500.000 arasında ırza geçme vakasının gerçekleştiği tahmin edilmiştir.⁷⁰

⁶⁶ Kongo’da yaşanan kadına karşı şiddet eylemleri uluslararası insan hakları örgütlerinin raporlarına da yansımıştır. Bkz. *Human Rights Watch*, Seeking Justice: The Prosecution of Sexual Violence in the Congo War, March 2005, Vol.17, No.1(A), s. 7. Rapora <http://www.hrw.org/en/reports/2005/03/06/seeking-justice-0> adresinden ulaşılabilir (Erişim Tarihi: 22 Nisan 2010).

⁶⁷ Ellis, s. 226; Sierra Leone’da kadına karşı cinsel şiddet suçları ve Sierra Leone Özel Mahkemesi hakkında geniş bilgi için bkz. Valerie Oosterveld, “The Special Court for Sierra Leone’s Consideration of Gender-Based Violence: Contributing to Transitional Justice?”, *Human Rights Rev.*, Vol. 10, 2009, s. 73 vd.

⁶⁸ Tara Gingerich / Jennifer Leaning, *The Use of Rape as a Weapon of War in the Conflict in Darfur, Sudan*, Harvard School of Public Health, October 2004, s. 7.

⁶⁹ Gingerich / Leaning, s. 7.

⁷⁰ Report on the Situation of Human Rights in Rwanda submitted by Mr. René Dengi-Segui, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, paragraph 20 of the resolution S-3/1 of 25 May 1994, E/CN.4/1999/68, January 29, 1996, s. 7; aynı şekilde bkz. Schneider, s. 932; www.hrw.org/reports/Rwanda.htm (Erişim Tarihi : 19 Nisan 2010); Tahminleri 500.000 ila 1.000.000 arasında yapan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Rebecca L. Haffajee, “Prosecuting Crimes of Rape and Sexual Violence at the ICTR: The Application of Joint Criminal Enterprise Theory”, *Harvard Journal of Law & Gender*, Vol.29, 202, s. 201; Schomburg / Peterson, s. 121.

Darfur'da gerek hükümet güçleri gerekse de para militer gruplar tarafından cinsel şiddet eylemlerinin yoğun şekilde gerçekleştirildiği, kadınların ırza geçme fiiline maruz kaldığı, işkence gördüğü, kaçırıldığı, cinsel açıdan kötüye kullanıldığı yapılan çalışmalar ve raporlarda belirtilmektedir.⁷¹

Bosna-Hersek'te, Avrupa Birliği Komisyonu'nun tahminlerine göre 20.000 kadın ırza geçme fiiline uğramıştır. Bu sayı, yerel yöneticiler tarafından 50.000 olarak açıklanmaktadır.⁷²

Kosova'da 1999 yılında Sırp kuvvetleri tarafından bazı bölgelerde çocuk doğurma çağından olan kadınların % 30 ila 50'sinin ırzına geçildiği belirtilmektedir.⁷³

Yukarıda verilen istatistikî bilgiler, II. Dünya Savaşı esnasında yaşanan cinsel şiddet eylemleri de göz önünde bulundurulduğunda kadına karşı cinsel şiddet eylemlerinin ve özellikle ırza geçme fiillerinin boyutunu sergilemektedir. Birçok silahlı çatışma bölgesinde benzer fiiller yaşanmakta, kadına ve çocuklara karşı cinsel şiddet fiilleri icra edilmektedir.

5. İnsanlığa Karşı Suç Olarak Kadına Karşı Şiddet Eylemleri

a. Genel Olarak

Teknik olarak "*insanlığa karşı suç*"⁷⁴ terimi ilk kez Nuremberg Mahkemesi'ni oluşturan statüde kullanılmıştır.⁷⁵ Terim, özellikle kas-

⁷¹ Schneider, s. 964; *Human Rights Watch*, *Sexual Violence and Its Consequences Among Displaced Persons in Darfur and Chad*, 2005.

⁷² Trabucchi, s. 40.

⁷³ Gingerich / Leaning, s. 7.

⁷⁴ İnsanlığa karşı suç (crimes against humanity) kavramı hakkında detaylı bir değerlendirme için bkz. Kai Ambos / Steffen Wirth, "The Current Law of Crimes Against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000", *Criminal Law Forum*, Vol. 13, No. 1, 2002, s. 1 vd.

⁷⁵ Askin, s. 313; Katie C. Richey, "Several Steps Sideways: International Legal Developments Concerning War Rape and the Human Rights of Women", *Texas Journal of Women and the Law*, Vol. 17, No. 1, Fall 2007, s. 110; benzer şekilde bkz. Tezcan / Erdem / Önok, *Uluslararası...*, s. 542; Darryl Robinson, "Defining 'Crimes Against Humanity' at the Rome Conference", *The American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 1, Jan 1999, s. 44; tarihsel gelişimi için bkz. Topal, s. 152.

ten öldürme, ırza geçme ve işkence gibi insanlık dışı eylemleri ifade etmek için kullanılmıştır. İnsanlığa karşı suç “*sivil nüfusa karşı yöneltilen, yaygın ve sistematik olarak işlenen insanlık dışı hareketlerin bütünü*” olarak ifade edilmektedir.⁷⁶

İnsanlığa karşı suçların bazı ortak özellikleri söz konusudur.⁷⁷ Bunlardan ilki; eylemin çoğunlukla silahlı bir çatışma sırasında meydana gelmesidir. UCMY Statüsünde ve Nuremberg Mahkemesi Statüsü’nde insanlığa karşı suçun söz konusu olabilmesi için silahlı bir çatışma esnasında işlenmesi aranmaktaydı. Ancak söz konusu açık bağlantıyı UCMR Statüsü ve UCM Statüsü’nde görememekteyiz. Özellikle UCM Statüsü, eylemin sivil nüfusa yönelik olmasını düzenlemekte ancak silahlı çatışma esnasında olmasını aramamaktadır.⁷⁸ Eylemin, silahlı çatışma esnasında icrası, insanlığa karşı suç için vazgeçilmez bir koşul değildir. Bununla birlikte, doğası gereği insanlığa karşı suçlar, hukuk sisteminin etkin şekilde tesis edilip işletilemediği, devletin kamu düzenini sağlayamadığı ortamlarda işlenmektedir.⁷⁹

İnsanlığa karşı suçların ikinci ortak özelliği yaygın ve sistematik bir saldırının parçası olmasıdır. “*Yaygın*” terimi, mağdurların sayısını ifade ederken, “*sistematik*” terimi, bir politika veya metodik planın varlığı

⁷⁶ Askin, s. 313; Richey, s. 110; benzer şekilde bkz. Tezcan / Erdem / Önok, Uluslararası..., s. 542; Robinson, s. 44; ayrıca bkz. Kai Ambos – Steffen Wirth, “The Current Law of Crimes Against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000”, *Criminal Law Forum*, Vol. 13, No. 1, 2002, ss. 1-90.

⁷⁷ UCMY, Kunarac kararında, “sivil nüfusa karşı yöneltilen saldırı” kavramını açıklamıştır. Buna göre ilgili kavram beş unsurdan meydana gelmektedir; 1) bir saldırı olmalıdır, 2) failin eylemi, saldırının bir parçası olmalıdır, 3) saldırı, herhangi bir sivil nüfusa karşı yapılmalıdır, 4) saldırı yaygın ve sistematik olmalıdır, 5) fail, yaygın yapıyı ve hareketlerinin bu yaygın yapının bir parçası olduğunu bilmelidir. *Prosecutor v. Kunarac, et.al, Case No. IT-96-23/1-A, 12 Haziran 2002, Judgment, parag.410; Ellis, s. 235; ayrıca bkz. Darryl Robinson, “Defining ‘Crimes Against Humanity’ at the Rome Conference”, The American Journal of International Law, Vol. 93, No. 1, Jan 1993, s. 43 vd; Liz Philipose, “The Laws of War and Women’s Human Rights”, Hyapatia, Vol. 11, No. 4, Fall 1996, s. 53.*

⁷⁸ Ezeli Azarkan, “Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar”, *AÜHFD*, C. 52, S. 3, 2003, s. 285 (Azarkan, İnsanlığa..., olarak anılacaktır).

⁷⁹ İnsanlığa karşı suçlar ile savaş suçları arasındaki karşılaştırma hakkında detaylı bir çalışma için bkz. Micaela Frulli, “Are Crimes Against Humanity More Serious than War Crimes?”, *European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 1, 2001, s. 329 vd.

ğını, üst düzey bir koordinasyonun mevcudiyetini belirtmektedir.⁸⁰ İnsanlığa karşı suçlar bu özelliği ile bireysel suçlardan ayrılmaktadırlar.⁸¹ Akayesu kararında UCMR, önemli ölçüde organize olmuş ve düzenli bir şekilde gerçekleştirilen saldırıyı sistematik saldırı olarak tanımlamıştır. Yaygın saldırı bakımından ise toplu olarak icra edilip, önemli ölçüde ciddiyet taşıması ve birden çok mağdura yöneltilmiş ağır, sıklıkla meydana gelen geniş ölçekli eylemleri aramaktadır.⁸²

İnsanlığa karşı suçların diğer bir özelliği, sivil nüfusa karşı yöneltilmiş olmasıdır. Sivil nüfus kavramı, UCMR tarafından kamu düzenini koruma görevini yürüten silahlı kuvvetler dışındaki tüm kişiler olarak belirlenmiştir.⁸³ Sivil nüfus, ister ülkesinde bulunan devletin vatandaşı olsun, isterse başka bir devletin vatandaşı olsun “*savaşan statüsü*”⁸⁴ tanınmayan herkesi kapsayacak şekilde yorumlanacaktır.⁸⁵ Bununla birlikte kendisine savaşan statüsü tanınmış olan ancak çatışma dışı kalmış kişilere karşı da insanlığa karşı suç işlenebilecektir. Çatışma dışı kalmış kişiler IV Numaralı Cenevre Sözleşmesi’nin 3. maddesinde değinildiği gibi silahını bırakanlar ile hastalık, yaralanma, tutuklanma veya diğer sebeplerle çatışma dışı kalmış kişilerdir (*dors de combat*). “*Nüfus*” kavramının, mağdur kitesinin geniş olmasını ifade ettiği yerinde bir görüş olarak ileri sürülmektedir.⁸⁶ Dolayısıyla ferdi ve tekil eylemler, insanlığa karşı suç kapsamı dışında değerlendirilmiştir.⁸⁷

⁸⁰ Azarkan, İnsanlığa..., s. 286; Schomburg / Peterson, s. 128; Robinson, s. 45; R. Murat Önok, “UCD’nin Görev Alanı ve Uygulanan Hukuk”, *Uluslararası Ceza Davası* (Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), İstanbul 2007, s. 187 (Önok, UCD olarak anılacaktır).

⁸¹ Azarkan, İnsanlığa..., s. 286; Schomburg / Peterson, s. 128; Robinson, s. 45.

⁸² Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, Trial Chamber, 2 September 1998, parağ. 580; aynı yönde bkz. Topal, s. 161.

⁸³ Azarkan, İnsanlığa..., s. 288.

⁸⁴ Savaşan statüsü şunlara tanınır; çatışan devletlerin silahlı çatışmalara doğrudan katılan düzenli silahlı kuvvetleri, bazı koşulları sağlamak kaydıyla bir devletin ordusunda yer alan milis kuvvetleri ve gönüllü birlikleri, kitlesel ayaklanmaya kalkışan kişiler, bir kısım gerilla savaşçıları (Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, IV.Kitap, Ankara 2000, s. 201vd.; Tezcan / Erdem / Önok, s. 545).

⁸⁵ Tezcan / Erdem / Önok, s. 545.

⁸⁶ Tezcan / Erdem / Önok, s. 546.

⁸⁷ Robinson, s. 45.

UCMR Statüsü'nün 7 (2) (a) maddesinde, insanlığa karşı suçların bir devlet veya örgüt politikasının icrası kapsamında veya devamlılığı kapsamında birden çok işlenmesinden bahsetmektedir. Böylece devlet veya örgüt politikasının varlığı, yaygın ve sistematik saldırı için zorunlu olmaktadır.⁸⁸

UCMY ve UCMR Statülerinde, insanlığa karşı suç ile ilgili yapılan tanımlar arasında farklılıklar bulunmaktadır. UCMY, insanlığa karşı suç olarak nitelediği eylemler ile silahlı çatışma arasında bir nedensellik bağı aramaktadır. Ancak söz konusu bağ UCMR Statüsünde yer almamaktadır.⁸⁹ UCM Statüsü'nün oluşturulması aşamasında, Roma Konferansına katılan delegelerin çoğunluğu insanlığa karşı suçların, silahlı çatışma anında işlenen eylemlerden oluşması yönünde bir sınırlama getirmemişlerdir.⁹⁰ Ayrıca, insanlığa karşı suçların ayrımcı bir saikle işlenmesine de gerek yoktur. Başka bir anlatımla, insanlığa karşı suçların etnik, dini, ırki veya ulusal bir topluluğa karşı işlenmiş olması şart değildir.⁹¹

b. Irza Geçme Eylemi (Rape)

Irza geçme,⁹² uluslararası suç olarak nispeten yeni bir kavramdır. Bununla birlikte ırza geçme eylemlerinin, tarihsel açıdan silahlı çatışmalarda yasaklanan bir eylem olmadığı sonucuna varılamaz.⁹³ Örneğin 1863 tarihli Lieber Kodu'nda ırza geçme, cezalandırılması gereken eylemler arasında yer almıştır.

"İnsanlığa karşı suç" kavramının ilk kez yer aldığı Nuremberg Mahkemesi Statüsü'nde, söz konusu kavramı oluşturan eylemler arasında ırza geçme bulunmamaktadır. Aynı şekilde Nuremberg Mahkemesi,

⁸⁸ Topal, s. 165; Önok, UCD, s. 187.

⁸⁹ Robinson, s. 45.

⁹⁰ Robinson, s. 45.

⁹¹ Robinson, s. 45; David Luban, "Response to Crimes Against Humanity Beyond Moral Minimalism", *Ethics & International Affairs*, Vol. 20, No. 3, 2006, s. 360

⁹² Irza geçme kavramı, cinsiyet ve kültür açısından detaylı bir sosyolojik ve hukuki değerlendirme için bkz. Owen D. Jones, "Sex, Culture, and the Biology of Rape: Toward Explanation and Prevention", *California Law Review*, Vol.87, 1999, s. 827 vd.

⁹³ Ellis, s. 227.

kararlarında herhangi bir şekilde ırza geçme eylemlerine değinmemiş ve ırza geçme eylemlerinden dolayı sanıkları yargılamamıştır. Bununla birlikte II. Dünya Savaşı'nın ardından Müttefikler, özellikle Fransız ve Belçikalı kadınlara karşı kitlesel ırza geçme eylemlerini soruşturmak için bir komisyon kurmuşlarsa da, ciddi bir girişim olarak tarihte yer almamıştır.⁹⁴

Yukarıda da değinildiği gibi Tokyo Mahkemesi'nde ırza geçmeyi de içeren suçlardan dolayı yargılamalar yapılmış ve mahkûmiyet kararları verilmiştir. 10 Numaralı Kontrol Konseyi Kanunu, ırza geçmeyi açık bir şekilde insanlığa karşı suç olarak niteleyen bir metindir.⁹⁵ Bununla birlikte, her ne kadar da II. Dünya Savaşı sonrası savaş suçlularını yargılayacak mahkemeleri kuran statülerin çoğunda ırza geçme ve diğer cinsel şiddet eylemleri açık bir şekilde düzenlenmemiş ise de Bosna ve Hersek'te kadınlara karşı gerçekleştirilen cinsel şiddet eylemleri kapsamında birçok devlet ve hükümetler arası kuruluşlar, Cenevre Sözleşmelerinin ve uluslararası örf hukukunun, ırza geçme fiillerini cezalandırmak için gerekli olan yasal düzenlemeleri bünyesinde barındırdığı konusunu dile getirmişlerdir.⁹⁶

Buna karşılık; UCMR'nin Akayesu⁹⁷ kararı, ırza geçmenin insanlığa karşı suç olarak tanındığı ilk karardır. Benzer şekilde Kunarac ve diğerleri⁹⁸ kararında UCMY, ırza geçme ve işkenceyi insanlığa karşı suç altında cinsel kölelik olarak sınıflandırmıştır.⁹⁹ Bununla birlikte uluslararası ceza mahkemeleri, ırza geçme fiiline ilişkin yargılamalarını yaparken, ırza geçme fiilinin uluslararası hukukta tanımlanmamasından dolayı güçlüklerle karşılaşmışlardır.

⁹⁴ Ellis, s. 228.

⁹⁵ Aynı doğrultuda bkz. Schomburg / Peterson, s. 122.

⁹⁶ Karen Engle, "Feminism and its (Dis) Contents: Criminalizing Wartime Rape in Bosnia and Herzegovina", *The American Journal of International Law*, Vol. 98, Oct 2005, s. 778.

⁹⁷ Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, 2 Ekim 1998, Judgment, parag. 685.

⁹⁸ Prosecutor v. Kunarac, et.al, Case No. IT-96-23-T, 22 Şubat 2001, Judgment, parag.542; Ellis, s. 229.

⁹⁹ Rosalind Dixon, "Rape as a Crime in International Humanitarian Law: Where to from Here?", *EJIL*, Vol. 13, No. 3, 2002, s. 699.

ırza geçmenin tanımı ile ilgili uluslararası ceza mahkemelerinin kararlarına bakıldığında temelde üç yaklaşımın sergilendiği görülmektedir. İlk olarak Akayesu kararında ırza geçme geniş şekilde tanımlanmış ve cinsel birleşme olmaksızın gerçekleştirilen cinsel saldırıların da ırza geçme olduğu belirtilmiştir. Furundzija kararında ise mahkeme sınırlayıcı bir şekilde mekanik yaklaşımı tercih etmiştir. Son olarak Kunarac kararında, ırza geçme konusunda Furundzija kararı benimsenmiş ise de ırza konusunda farklı bir yaklaşım sergilenmiştir.¹⁰⁰

Akayesu kararında UCMR, ırza geçme eyleminin oluşabilmesi için kişinin vücudunun fiziksel ihlalini (ele geçirilmesini - invasion) gerekli bulmakla beraber, her zaman fiziksel ihlal ile sınırlı olmadığını, bazı durumlarda fiziksel giriş veya fiziksel temas olmaksızın dahi ırza geçme suçunun oluşabileceğini belirtmiştir.¹⁰¹ Mahkeme'ye göre ırza geçme, bir saldırı suçudur ve suçun maddi unsuru vücut parçalarının veya nesnelere mekanik tanımlanması ile ortaya konulamaz. Mahkeme ırza geçme eylemini, ulusal hukuklardan daha geniş yorumlamaktadır ve cinsel organ olarak düşünülmemeyen vücut deliklerinin kullanımını ve/veya herhangi bir nesnenin sokulması da dâhil olmak üzere ırza geçme eylemi olarak düşünülmektedir. Mahkeme'ye göre, cansız şekilde yatmakta olan bir kadının cinsel organlarından içeriye tahta parçası saplanması bile ırza geçme eylemini oluşturacaktır.¹⁰²

Mahkeme'ye göre cinsel şiddet, ırza geçmeden daha geniş bir kavramdır. Cebir altında bir şahsa karşı işlenen cinsel nitelikli eylemler, cinsel şiddeti oluşturmaktadır. Cinsel şiddet, mağdurun vücuduna herhangi bir nesnenin ithali ile sınırlı değildir. İthal hatta fiziksel temas dahi söz konusu olmadan cinsel şiddet eylemi oluşabilir.¹⁰³

Akayesu kararı, ırza geçme ve cinsel şiddet fiillerinin çok geniş yorumlandığı, cinsel birleşme dışında kalan diğer durumları ayrıntılı bir

¹⁰⁰ Topal, s. 171, 172.

¹⁰¹ Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, 2 Ekim 1998, Judgment, parag. 688; Ellis, s. 231.

¹⁰² Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, 2 Ekim 1998, Judgment, parag. 686; Schneider, s. 935.

¹⁰³ Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, 2 Ekim 1998, Judgment, parag. 688; Schneider, s. 935.

şekilde belirtmediğinden dolayı suçta kanunilik ilkesini ihlal ettiği yönünde öğretide eleştirilere uğramıştır.¹⁰⁴

Furundzija kararında UCMY, suçu daha belirli hale getirmeye çalışmıştır. Bu kapsamda ilk olarak uluslararası hukukun genel ilkelere hareketle bir tanım elde etme yoluna başvurmuştur. Uluslararası hukukun genel ilkelerinden hareketle bir sonuca ulaşılamayınca dünyada uygulanan mevcut hukuk sistemlerinden faydalanılmaya çalışılmıştır. Mahkeme'ye göre ırza geçme, Akayesu kararındaki gibi değil, şiddeti cezalandıran ülkelerin kavramsal (conceptual) çerçevesine odaklanarak tanımlanmalıdır.¹⁰⁵ Uluslararası ceza hukuku normlarının, ırza geçme suçunu tanımlamadığı durumlarda ulusal düzenlemeler esas alınabilir. Ancak bu durumda ulusal düzenlemelerdeki farklılıklar göz önüne alınmalı ve kavram tanımlanırken, dünyadaki belli başlı hukuk sistemlerinin genel kuralları ve hukuki kurumları göz önünde tutulmalıdır. Bununla birlikte uluslararası ceza yargılamasının kendine özgü kurumları da dikkate alınmalıdır.¹⁰⁶

Ulusal hukuklarda ırza geçme eylemine ilişkin düzenlemelere göz atıldığında; bazı ülkelerin ırza geçme eylemini kadına karşı işlenmiş bir suç olarak düzenlemelerine karşın (Şili Ceza Kanunu madde 361 (2); 1997 Çin Ceza Kanunu madde 236; Alman Ceza Kanunu madde 177; Japon Ceza Kanunu madde 177; Zambiya Ceza Kanunu madde 132); bazı ülkeler kadın veya erkeğe karşı ırza geçme fiilinin işlenebileceğini mevzuatlarında düzenlemişlerdir (Avusturya Ceza Kanunu madde 201; Fransız Ceza Kanunu madde 222-23; 1978 İtalyan Ceza Kanunu madde 519; Arjantin Ceza Kanunu madde 119). Irza geçme fiilini oluşturan maddi unsur bakımından da ülke mevzuatlarında farklılıklar görülmektedir. Bazı ülkelerde ırza geçme fiili, failin cinsel organının mağdurun cinsel organına girmesi ile oluşmaktadır (1995 Pakistan Ceza Kanunu madde 375; Hindistan Ceza Kanunu madde 375; Uganda Ceza Kanunu madde 177). Diğer bazı ülkeler ırza geçme fiilini oluşturan hareketleri daha geniş yorumlamaktadır. Irza geçme fiilinin

¹⁰⁴ Topal, s. 175.

¹⁰⁵ Prosecutor v. Furundzija, Case No. IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998, Judgement, par.176.

¹⁰⁶ Prosecutor v. Furundzija, Case No. IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998, Judgement, par.168.

unsurlarından olan şiddet, tehdit, baskı ve mağdurun rızasını ortadan kaldıran diğer hareketler de ulusal hukuklarda farklı şekilde düzenlenmiştir. Bazı ülkeler şiddeti, mağdurun aczini içerecek şekilde geniş yorumlamaktadırlar (Hollanda Ceza Kanunu madde 180; eski Yugoslavya Ceza Kanunu madde 180). Bazı ülkelerde şiddet veya yıldırma (tehdit), üçüncü bir şahsa karşı da gerçekleştirilebilmektedir (Bosna Hersek Ceza Kanunu Bölüm XI).¹⁰⁷

ırza geçme eyleminde suça etki eden nedenler ise çoğunlukla mağdurun ölümü, faillerin birden fazla olması, mağdurun yaşı, akli melekelerinde zayıflık gibi mağduru çaresizlik içine düşürecek nedenler olabilmektedir.¹⁰⁸

Ulusal hukukların çoğunda ırza geçme; penisin insan vücuduna zorla ithali veya vajina veya anüse zorla herhangi nesnenin sokulması olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte zorla oral ilişki konusunda ülkeler arasında farklılıklar mevcuttur. Bazı ülkeler zorla oral ilişkiyi cinsel saldırı olarak değerlendirirken, diğer bazı ülkeler ırza geçme olarak değerlendirmektedir. Furundzija kararında UCMY, zorla oral ilişki konusunda ulusal mevzuatlarda birlik olmamasından dolayı uluslararası ceza hukukunun genel ilkelerinin, burada da uygulanabilecek bir ilke bulunmaması durumunda uluslararası hukukun genel ilkelerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Uluslararası hukukun genel ilkelerinden hareketle zorla oral seksin insan onuru bakımından son derece utanç verici ve alçaltıcı bir saldırı teşkil ettiğine değinmiş ve uluslararası insancıl hukukun da insan onurunu korumayı amaçladığını belirterek, söz konusu eylemin ırza geçme olduğu sonucuna varmıştır.¹⁰⁹

UCMY Yargılama Dairesi, insan hakları hukukunun olduğu gibi uluslararası insancıl hukukun da esasının, cinsiyeti göz önünde tu-

¹⁰⁷ Prosecutor v. Furundzija, Case No. IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998, Judgement, par.180.

¹⁰⁸ Prosecutor v. Furundzija, Case No. IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998, Judgement, par.180.

¹⁰⁹ Bu karar öğretide eleştirilmiştir. Tezcan / Erdem / Önok'a göre "Oysa, bu konuda ortak bir anlayış olmadığını tespit ettiğinde, mahkemenin 'in dubio pro reo' ilkesini uygulaması gerekirdi...Furundzija olayında, mevcut hukukun faile uygulanması yerine, mahkeme önce yeni bir örfi kural yaratmış, sonra da bunu sanığın aleyhine uygulamıştır." (Tezcan / Erdem / Önok, Uluslararası..., s. 61)

tulmaksızın insan onurunun korunması olduğunu belirtmiştir. Genel bir ilke olarak insan onuruna saygı, insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukukun varoluş sebebidir (*raison d'être*). İnsan onuruna saygı ilkesi, insan onurunun saldırılardan korunmasını amaçlamaktadır. Bu ilkeyle uyumlu olarak, zorla oral ilişki ırza geçme olarak tasnif edilebilecektir.¹¹⁰

Furundzija kararında¹¹¹ UCMY, ırza geçme eylemini, diğer kararlara nazaran daha somut ve açıklayıcı bir şekilde tanımlamıştır. İlgili karara göre ırza geçme eyleminin oluşması için kısmen dahi olsa cinsel girişin şart olduğunu belirtmiştir. Söz konusu giriş iki şekilde olabilir; **a.** failin penisi veya fail tarafından kullanılan herhangi bir objenin mağdurun anüsü veya vajinasına ithali ile, **b.** Failin penisinin, mağdurun ağzına ithali ile. İkinci olarak mağdura veya üçüncü bir kişiye karşı cebir, şiddet veya şiddet tehdidi uygulanmalıdır. Karar incelendiğinde, cinsel ithalin oral, anal veya vajinal yoldan yapılması, ithalde kullanılan araca göre suçu oluşturacağı görülecektir. Ayrıca cebir, şiddet veya şiddet tehdidinin sadece mağdura karşı değil, üçüncü bir kişiye karşı yapılması da yeterli olacaktır.¹¹²

Mahkeme Furundzija kararında, cinsel ithalin; mağdura veya üçüncü bir kişiye cebir, şiddet veya şiddet tehdidi altında yapılmasını yeterli bulmuş, ayrıca mağdurun rızasının yokluğuna temas etmemiştir. Özgür bir şekilde kabul etmediği hareketlere maruz kaldığı takdirde kişinin cinsel özgürlüğü ihlal edilmiştir ve bu takdirde kişi cinsel birleşmeye özgürce katılan bir kişi değildir.¹¹³

UCMY, Kunarac kararında, Akayesu kararına değinmiş ancak Furundzija kararında yer alan ırza geçme tanımını benimsemiştir.¹¹⁴ Bununla birlikte Kunarac kararı, Furundzija kararında yer alan "mağdu-

¹¹⁰ Prosecutor v. Furundzija, Case No. IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998, Judgment, parag.183.

¹¹¹ Prosecutor v. Furundzija, Case No. IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998, Judgment, parag.185.

¹¹² Ellis, s. 231; Schneider, s. 935, 936.

¹¹³ Prosecutor v. Kunarac, et.al, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 Şubat 2001, Judgment, parag.427; Schneider, s. 936.

¹¹⁴ Prosecutor v. Kunarac, et.al, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 Şubat 2001, Judgment, parag.437, 438.

ra veya üçüncü bir kişiye karşı cebir, şiddet veya şiddet tehdidi uygulanması" şartını açıklama gayreti içine girmiştir. Kunarac kararında Mahkeme, Furundzija kararının, mağdurun isteği (non-voluntary)¹¹⁵ ile olmayan veya rızasına dayanmayan (non-consensual) durumları içeren cinsel ilişkilerdeki tüm faktörleri kapsamadığını belirtmektedir. Kunarac kararı, öğretilerde birçok yazar tarafından kadın haklarının korunması yolunda önemli bir başarı olarak görülmüştür.¹¹⁶

Kunarac kararında UCMY, ırza geçme suçunda ulusal düzenlemelerde yer alan unsurları üç grupta toplamıştır. İlk olarak birleşme, mağdura veya üçüncü bir kişiye karşı şiddet veya şiddet tehdidi ile gerçekleştirilmektedir. Bu düzenleme birçok ulusal hukukta yer almaktadır. Bosna Hersek Ceza Kanunu madde 88; Alman Ceza Kanunu madde 177; Kore Ceza Kanunu madde 297; Çin Ceza Kanunu madde 139; Norveç Ceza Kanunu madde 192; Avusturya Ceza Kanunu madde 201; İspanyol Ceza Kanunu madde 178; Brezilya ceza Kanunu madde 213, birinci duruma örnek olarak verilebilir. İkinci durumda şiddetin yanı sıra mağdurun hassas durumu veya gerçeğe uygun oluşturulmuş reddetme yeteneğini ortadan kaldıran durumlar da ırza geçme suçunun oluşabilmesi için yeterli görülmüştür. Bunlar genellikle mağdurun direnme yeteneğinin olmaması, fiziksel veya zihinsel açıdan engelli olması, iradesinin ifsada uğratılması gibi durumlardır. Örneğin İsveç Ceza Kanunu madde 190'da "psikolojik baskı veya direnemeyecek duruma getirmeyi" düzenlemektedir. Benzer şekilde Portekiz Ceza Kanunu madde 164'te mağdurun direnmesini imkânsız hale getirmeden bahsedilmektedir. Benzer hükümler Fransız Ceza Kanunu'nun 222, İtalyan

¹¹⁵ Irza geçme fiilinde mağdurun rızasına ilişkin detaylı bir çalışma için bkz. Louis edu Toit, "The Contradictions of Consent in Rape Law", *South African Review of Sociology* 2008, Vol. 39, No. 1, s. 140 vd.

¹¹⁶ Richey, s. 112; Ellis, s. 229; Dixon, s. 697; McHenry, Kunarac kararının öncelikle insanlığa karşı suç, soykırım, savaş suçları, işkence, kölelik ve ırza geçmeye ilişkin uluslararası hukuki kavramlardaki boşlukları doldurduğunu ve kadına karşı cinsel suçların kovuşturulmasını kolaylaştırdığını belirtmektedir. Yazara göre ikinci olarak karar ile özellikle farklı etnik kökenlerdeki kişiler olmak üzere sivillerin uluslararası korunmasına ilişkin uygulama yaygınlaştırılmıştır. Üçüncü olarak her ne kadar kadın için özel bir koruma öngörmemiş ise de, kadının erkeğe eşdeğerliğini açıkça ifade etmiştir. Son olarak cinsel şiddete dayalı suçların uluslararası yargı organları vasıtasıyla kovuşturulması için tarihi bir zemin yaratmış ancak bunu yaparken, devletlerin veya bireylerin egemenliğini ihlal etmemiştir. (McHenry, s. 1275).

Ceza Kanunu'nun 519, Danimarka Ceza Kanunu'nun 216, İsveç Ceza Kanunu'nun Başlık 6, Bölüm 1, Finlandiya Ceza Kanunu'nun Başlık 20. Bölüm 1, Estonya Ceza Kanunu'nun 115. Bölümü'nde de mevcuttur. Özellikle müşterek hukuk (*common law*) sisteminin etkin olduğu ulusal hukuk sistemlerinde, mağdurun özgür iradesinin sonucu olan rızasının bulunmaması, ırza geçme fiilinin unsurlarına dâhildir. İngiliz 2003 tarihli Cinsel Suçlar Yasası'nın Birinci Bölümü'nde ırza geçme rıza bulunmaksızın cinsel organın vajina, anüs veya ağza ithali olarak tanımlanmaktadır.¹¹⁷ Benzer şekilde ırza geçme fiilinin oluşması için mağdurun gerçeğe uygun rızasının bulunması aranan kanunlar arasında Kanada Ceza Kanunu'nun 271. maddesi, Hint Ceza Kanunu'nun 375. Bölümü, Bangladeş Ceza Kanunu'nun 375. maddesi sayılabilir.¹¹⁸

Kunarac kararında, ırza geçme eyleminin tanımında da farklılıklar yaratılmış ve daha önceden ırza geçmenin şiddet, şiddet tehdidi veya cebir kullanılması suretiyle yapılması aranır iken, rızaya aykırı olması yeterli görülmiştir. Bu durum, ırza geçme eyleminin oluşması için mağdurun rızasının olmadığını failin biliyor olmasının yeterli olduğu anlamına da gelmektedir.¹¹⁹

UCMY ve UCMR yargılamalara başladığında, uluslararası sözleşmeler ve örf hukukunda yargılama yetkisine tabi suçların detaylı şekilde düzenlenmemiş olmasından dolayı problemlerle karşılaşmıştır. Mahkemeler tanım geliştirirken, uluslararası ceza hukukunun özel koşullarını karşılayacak ve hem mağdurun hukuki menfaatlerini hem de sanığın adil yargılanma hakkını garanti altına alacak tanımlar bulmakta zorlanmışlardır. Örneğin Mahkemeler, ulusal hukukların aksine, cinsel şiddet suçlarında mağdurun rızasını doğrudan göz önünde bulundurmazlar, sadece savunmayı destekleyici bir unsur olarak değer-

¹¹⁷ Kanun metni, Olugboja kararı ve İngiliz hukukunda cinsel suçlar bakımından rızaya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Janet Loveless, *Criminal Law, Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, New York 2008, s. 510 vd.; Jonathan Herring, *Criminal Law, Text, Cases and Materials*, Third Edition, Oxford University Press, New York 2008, s. 411 vd.; Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, New York 2006, s. 337 vd; Jesse Evlin, "The Concept of Consent Under the Sexual Offences Act 2003", *The Journal of Criminal Law*, Vol. 72, 2008, s. 519 vd.

¹¹⁸ Prosecutor v. Kunarac, et.al, Case No. IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, 22 Şubat 2001, Judgment, parag.453.

¹¹⁹ Ellis, s. 229.

lendirmeye aldılar. Mahkeme'nin yargı yetkisine tabi yerlerde silahlı çatışma durumu söz konusuydu ve sivil nüfusa yönelik yaygın ve sistematik saldırılar mevcuttu. Bu şartlar altında verilmiş bir rızanın, özgür iradenin sonucunda oluştuğunu kabul etmek güçtü.¹²⁰ Ayrıca ırza geçme eylemleri, işkence, kölelik ve zulüm gibi uluslararası ceza hukukunun ihlalleri olarak görülmekte idi ve söz konusu suçlar için rızaya aykırılığın ispatına gerek yoktu. Bunun sonucu olarak UCMY ve UCMR Delil ve Usul Kuralları'nın 96 (ii) kuralı uyarınca rıza, savunmayı destekleyici (*affirmative defense*) bir durum olarak kabul edilmiştir. Bu kabulün ilk sonucu ispat külfeti ile ilgilidir. Rızaya aykırılık suçun unsuru olarak kabul edilirse, savcı mağdurun rızasının bulunmadığını makul şüphenin ötesinde ispat etmelidir. Ancak savunmayı destekleyici bir durum olarak kabul edilirse, sanık mağdurun rıza göstermesine dair olasılıklar arasında denge kurmalıdır.¹²¹

Ulusal hukuklarda çoğunlukla rızaya aykırılık, cinsel suçların özü olarak kabul edilir. Eylem ancak mağdurun rızası hukuka uygunluk nedeni yoksa suç haline gelir. Rıza, eylemin hukuka uygunluğu ile cezalandırılabilir bir haksızlık olması arasında belirleyici unsurdur. Uluslararası suç haline getirilen ırza geçme eylemi ile korunan hukuki menfaat mağdura ait ise mağdurun rızasını suçun unsuru olarak kabul etmek gerekecektir. Ancak söz konusu hukuki menfaat mağdura ait değil, uluslararası topluma ait bir hukuki menfaat ise mağdurun rızasına itibar edilmeyecektir. Bugün ırza geçme eylemleri; soykırım, insanlığa karşı suç ve savaş suçu olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüm bu suç gruplarında korunan menfaat uluslararası toplum düzeyindedir.¹²²

Kunarac kararında mahkeme, mağdurun rızasının yokluğunun suçun unsuru olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre; mağdurun şiddete, cebire, alıkoymaya veya psikolojik baskıya veya bu eylemlerin icra edileceğine dair tehdide maruz kalması veya rıza göstermezse, bir başkasının bu eylemlere veya tehditlerine maruz kalacağına makul şekilde inanması halinde, mağdur tarafından ifade edildiği açık olan rıza, özgür şekilde ifade edilmiş rıza olmayacaktır.¹²³

¹²⁰ Schomburg / Peterson, s. 123.

¹²¹ Schomburg / Peterson, s. 123, 124.

¹²² Schomburg / Peterson, s. 125.

¹²³ Prosecutor v. Kunarac, et.al, Case No. IT-96-23-T, 22 Şubat 2001, Judgment, pa-

UCMR'de, Gacumbitsi kararının temyizinde, savcı, mağdurun rızasının bulunmamasının ve bundan failin bilgi sahibi olmasının insanlığa karşı suç veya soykırım suçunun unsuru olmadığını savunmuş ve bunun yerine yukarıda yer alan 96 numaralı Kural uyarınca savunmayı destekleyici bir durum olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bununla birlikte temyiz dairesi mağdurun rızasının bulunmamasını suçun unsuru olarak kabul etmiş ve bu durumu ispatın savcılık makamında olduğunu belirtmiştir. Savcılık makamı rızanın bulunmadığını, rızanın bulunamayacağı şekilde cebire dayanan durumun varlığını makul şüphenin ötesinde ispat edecektir. Bununla birlikte sanık, mağdurun rızasının bulunduğuna ilişkin delil sunarak makul şüpheyi kaldıracaktır. Ayrıca mağdur tarafından verilen rızanın gerçeğe aykırı olduğu veya ifsada uğradığı durumlarda da mahkeme, söz konusu kanıtı göz ardı etmekte özgür olacaktır.¹²⁴

Haziran 2002'de UCMR'nin bu kararı temyiz dairesi tarafından onanmış ve ırza geçme eylemlerine mağdurun açıkça direnmesinin gerekli olmadığı uluslararası örf kuralı haline gelmiştir.¹²⁵

Roma Statüsü'nde ırza geçme eyleminin tanımı yapılmamıştır. Statü'nün 9'uncu maddesi uyarınca oluşturulan Suçun Unsurları (*Elements of Crimes*),¹²⁶ ırza geçme suçunun unsurlarını kodifiye eden ilk uluslararası metin olma özelliğini taşımaktadır.¹²⁷ Roma Statüsü'ne göre insanlığa karşı suç olan ırza geçmenin dört unsuru bulunmaktadır. Bunlar;

- Fail, ne kadar hafif olursa olsun, cinsel bir organla mağdurun veya kendi vücudunun bir kısmına ya da bir nesne veya vücudun herhangi bir parçasını mağdurun anal veya genital açıklığına yüzeysel de olsa duhul ile sonuçlanan davranışta bulunmak suretiyle kişinin vücudunu ele geçirmelidir.

rag.464.

¹²⁴ Schomburg / Peterson, s. 136 vd.

¹²⁵ Ellis, s. 230.

¹²⁶ Suçun unsurları, söz konusu suçları açıklığa kavuşturmak ve kesinliği sağlamak amacıyla, taraf devletler meclisi tarafından 3-10 Eylül 2002 tarihleri arasında Newyork'ta yapılan görüşmeler sonucu kabul edilmiştir. http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9CAEE830-38CF-41D6-AB0B-68E5F9082543/0/Element_of_Crimes_English.pdf, (Erişim Tarihi: 23 Nisan 2010).

¹²⁷ Schneider, s. 937.

- Saldırı, bu kişiye veya bir başkasına karşı zorla ya da zor kullanma tehdidi veya şiddet, zorlama, gözaltı, psikolojik baskı veya yetki suiistimali korkusunun yol açacağı baskıyla ya da zor kullanılabilir bir ortamdan faydalanmak suretiyle ya da gerçekten rıza gösterebilmesi mümkün olmayan bir kişiye karşı gerçekleştirilmelidir.¹²⁸

- Fiil, sivil nüfusa karşı yaygın ve sistematik bir saldırının parçası olmalıdır.

- Fail, söz konusu hareketin veya kastettiği hareketin, sivil nüfusa karşı yaygın ve sistematik bir saldırının parçası olduğunu bilmelidir.

Yukarıda yer alan suçun unsurları ile ırza tecavüz fiili, herhangi bir cismin veya nesnenin vücut üzerindeki bir boşluğa ithal edilmesini de içerek şekilde geniş bir tanımlamaya tabi tutulmuştur.

“Mağdurun veya kendi vücudunun bir kısmına” ifadesi, doğal veya doğal olmayan yollardan gerçekleştirilen hareketlerle birlikte, oral yoldan gerçekleştirilen hareketleri de kapsamaktadır. Bu şekilde, mağdurun, saldırgan veya diğer bir mağdur ile oral sekse zorlanması da ırza geçme kapsamında değerlendirilecektir.¹²⁹

“Bir nesne veya vücudun herhangi bir parçası” ifadesi ile de saldırganın cinsel organ dışında el, parmak ve dil gibi organları vasıtasıyla veya başka bir cismi kullanmak suretiyle mağdura karşı cinsel saldırı da bulunması anlaşılmalıdır.¹³⁰

UCM'nin ırza geçme tanımında rızanın yokluğu aranmamaktadır. Zorlayıcı şartların mevcut bulunduğu durumlarda, rızanın olmadığı kabul edilmektedir. Ayrıca rıza gösteremeyecek ölçüde savunmasız ve dirence sahip olmayan kişiler tarafından gösterilen rıza da, fiili meşru hale getirmeyecektir.¹³¹

Bazı durumlarda mağdurun açıklanmış bir rızasının bulunmasına rağmen; mağdur “yaşamını sürdürme gayreti” içerisinde rıza göstermiş ise, söz konusu rızanın ifsada uğramış olduğu, hukuken geçerli ve öz-

¹²⁸ İlk iki ögenin Türkçe tercümesi Topal, s. 184, 185'ten alınmıştır.

¹²⁹ Topal, s. 186.

¹³⁰ Topal, s. 186, 187.

¹³¹ Topal, s. 192.

gür iradesinden kaynaklanan bir rıza olmadığı kabul edilmektedir.¹³² UCM tarafından hazırlanmış olan Mahkeme Kuralları'nın (Rules of Court) 70'inci maddesi uyarınca mağdur, rıza beyanını şifahi olarak dışa karşı göstermiş olsa bile, mağdurun içinde bulunduğu ortam itibarıyla tehdit veya baskı söz konusu ise, mağdurun iradesinin etkilenmiş olacağı ve şifahi rızasının geçerli olmayacağı belirtilmiştir.¹³³

Mağdurun direnmiş olmasının veya etkin şekilde karşı koymasının rızanın bulunmadığını göstermek açısından varlığı gerekli değildir. Mağdur direnmemiş olsa veya kendisine karşı gerçekleştirilen eylemlere karşı sessiz kalsa dahi, söz konusu durum mağdurun rızasının bulunduğu yönünde bir karine olarak kabul edilmeyecektir. Bununla birlikte mağdurun daha önce veya daha sonra aynı fail ile rızasıyla ilişkide bulunmuş olması da, somut olayda rızanın bulunduğuyla ilişkin karine teşkil etmeyecektir.¹³⁴

c. Cinsel Kölelik Eylemi (Sexual Slavery)

Kölelik,¹³⁵ gerek uluslararası sözleşmelerle gerekse de uluslararası örf hukukunun emredici bir kuralı haline getirilerek yasaklanmış bir eylemdir. Roma Statüsü'nün 7 (2) (c)'de kölelik, özellikle kadın ve çocuğu içerecek şekilde insan ticaretine gönderme yapacak şekilde tanımlanmış ancak cinsel köleliğe ilişkin bir tanımlama getirilmemiştir.

II. Dünya Savaşı sırasında Japon ordusu tarafından uygulanan ve askerlere cinsel hizmet vermek için genelev, otel veya evlerde tutulan kadınlar ile Eski Yugoslavya'da Sırp güçleri tarafından oluşturulan tecavüz kampları (*rape camps*) cinsel kölelik eyleminin görünüş şekilleri olarak karşımıza çıkmaktadır.¹³⁶ Cinsel kölelik, çoğunlukla zorla fuhşa

¹³² Feridun Yenisey, "Roma Statüsüne Göre Soruşturma Evresi ve Deliller", *Uluslararası Ceza Davası* (Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), İstanbul 2007, s. 271, 272.

¹³³ Yenisey s. 277.

¹³⁴ Yenisey, s. 277.

¹³⁵ Kölelik ile ilgili bir çalışma için bkz. Mark D. Welton, "International Law and Slavery", *Military Review*, January-February 2008, s. 57 vd.

¹³⁶ Gay J. McDougall, *Contemporary Forms of Slavery, Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-Like Practices During Armed Conflict*, United Nations Economic and Social Council, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 June 1998, parag.30. Raporu şu adresten ulaşabilirsiniz; www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf, (Erişim Tarihi:

sevk etme eylemlerini de içine almaktadır.¹³⁷

Cinsel kölelik eyleminde, kölelik suçundan farklı olarak cinsellik, ayırt edici bir nitelik olarak ön plana çıkmaktadır. Kişinin cinsel eylemleri üzerinde kontrol sağlamak, cinsel kölelik suçunu oluşturmaktadır.¹³⁸ Bununla birlikte, özellikle kandırılarak veya kaçırılarak cinsel hizmet arzına zorlanan kadınların zorla fuhşa sevk etme kapsamında ele alınabileceği ve cinsel kölelik eyleminin, kölelik ve zorla fuhşa sevk etme eylemlerinden ayrı bir suç olup olmadığını anlamının güç olduğu da öğretilde ifade edilmektedir.¹³⁹

Cinsel kölelik eylemine ilişkin betimleyici unsurları, UCM Suçun Unsurları'ndan belirlemek gereklidir.¹⁴⁰ Suçun Unsurları'nda, söz konusu suçu tanımlamak için dört ayrı unsur getirilmiştir. Bu unsurlardan ilk ikisi cinsel kölelik eylemine özgü iken son iki unsur insanlığa karşı suçların ortak unsurudur. Cinsel kölelik eyleminin ilk unsuru, kölelik eylemi ile aynıdır.

Cinsel kölelik eyleminin tespitinde, cinsel kölelik suçunun karmaşık yapısı nedeniyle, ortak suç işleme amacının bir parçası olarak birden fazla failin bulunması gerektiği noktası göz önüne alınmalıdır. Bu durum her ne kadar Suçun Unsurları'nda belirtilmemiş ise de 17 numaralı dipnotta açıklanmıştır.

Cinsel kölelik suçunun ilk unsuru, kişi üzerinde mülkiyet hakkına bağlı yetkilerin kullanılmasıdır. Suçun Unsurları'nda; *alma, satma,*

06 Mayıs 2010).

¹³⁷ McDougall, parag.31.

¹³⁸ Topal, s. 196.

¹³⁹ Ateş / Ekşi, s. 137; Topal, s. 196.

¹⁴⁰ Madde 7 (1) (g) (2)

Unsurları

(1) Fail, bir veya birden fazla kişi üzerinde alma, satma, ödünç verme veya takas etme ya da bu kişi ya da kişileri benzer bir hürriyetten mahrum bırakma gibi mülkiyet hakkına bağlı yetkilerden herhangi birini veya tümünü kullanmalıdır.

(2) Fail, bu kişi veya kişileri cinsel nitelikli eylem ya da eylemler içinde olma ya zorlamalıdır.

(3) Fiil, sivil bir topluluğa yöneltilmiş yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenmelidir.

(4) Fail, gerçekleştirdiği davranışın sivil topluluğu hedef alan yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olduğunu ya da bu maksada yönelik olduğunu bilmelidir. (Türkçe tercüme Topal, s. 196, 197'den alınmıştır.)

ödünç verme veya takas etme şeklinde mülkiyete bağlı yetkilerin özel kullanılış biçimleri belirtilmiştir. Söz konusu sayım, sınırlayıcı değil, örnekleyici bir sayımdır. Bu durum, Suçun Unsurları'nda yer alan "such as" ifadesinden de anlaşılmaktadır.¹⁴¹

Cinsel kölelik eyleminde kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı yerin belirli bir yer olmasına gerek yoktur. Suçun Unsurları'nın hazırlık çalışmalarında, kapalı bir yerde tutulmamakla beraber gideceği bir yeri olmayan veya hayatı ile ilgili endişelerinden dolayı bir yere gidemeyen kişilerin de, cinsel kölelik eyleminin mağduru olabileceği belirtilmiştir.¹⁴² Nitekim¹⁴³ *Kunarac* kararında mağdurların, faillerin olmadığı zamanda evden ayrılabilmeleri imkânının mevcut olduğu, evden ayrılmalarını engelleyen fiziki bir engelin bulunmadığı iddiasını mağdurlar üzerindeki psikolojik baskı ve gidecek bir yerlerinin bulunmamasından dolayı kayda değer bulmamıştır.

Cinsel kölelik suçunun belirleyici olan ikinci unsuru ise fail üzerinde kurulan fiili hâkimiyet sayesinde mağdurun özgürlüğünü ve cinsel potansiyelini arzu ettiği yönde kullanabilme hakkının mağdurun elinden alınarak, failin eline bırakılmasıdır. Sadece kişilerin özgürlüğünün veya hareket serbestisinin engellenmesi değil, cinsel özgürlüğünün de kısıtlanması veya bir yöne kanalize edilmesi söz konusudur. Örneğin Sierra Leone'da eş olarak zorla alıkonulan kadınların cinsel özgürlükleri üzerinde denetim sağlanması ve iradeleri dışında kişilerle cinsel ilişki kurmaya zorlanmaları cinsel kölelik olarak isimlendirilmiştir.¹⁴⁴

d. Zorla Fuhşa Sevk Etme Eylemi (Enforced Prostitution)

Zorla fuhşa sevk etme eylemi, UCM Statüsü'nde düzenlenen ancak tanımı yapılmayan bir eylemdir. Zorla fuhşa sevk etme, "*cinsel ilişki kurması için bir diğer kişi tarafından baskı altında tutulan kişi üzerindeki kontrol şartları*"¹⁴⁵ şeklinde tanımlanmaktadır.

¹⁴¹ Topal, s. 197.

¹⁴² Topal, s. 197.

¹⁴³ Topal, s. 197.

¹⁴⁴ Topal, s. 197.

¹⁴⁵ McDougall, s. 31.

Zorla fuhşa sevk etmede, iradeleri dışında başkaları ile cinsel ilişkide bulunma söz konusudur. Burada *“kaçırılan, aileleri tarafından satılan ya da iş vaadiyle kandırılan kadınlar, dayak veya ölüm tehdidi eşliğinde fiili seks köleleri olarak fahişeli(ğe)”* zorlanmaktadır.¹⁴⁶

UCM Statüsü’nde, cinsel kölelik başlığı altında nitelendirilmesi mümkün olmayan bazı eylemler, zorla fuhşa sevk etme suçu ile karşılanmıştır. Zorla fuhşa sevk etmede, *“...kişinin kendisine veya üçüncü bir şahsa yönelik zarar tehlikesini ortadan kaldırmak veya ihtiyaç duyduğu şeyleri temin edebilmek için baskı ya da zorlama yoluyla bedeni üzerinde cinsel tarrufta bulunmasına izin verme...”* hali mevcuttur.¹⁴⁷

Suçun Unsurları’nda, zorla fuhşa sevk etme eyleminin unsurları açıklanmıştır.¹⁴⁸ Zorla fuhşa sevk etmede, mağdurun başkaları ile cinsel ilişkiye girmesi özgür iradesinin sonucu olmamalıdır. Bununla birlikte, cebir veya tehdide de gerek yoktur. Kişinin iradesini etkileyen durumlar, geniş bir şekilde Suçun Unsurları’nda sayılmıştır. Ayrıca mağdurla cinsel ilişkide bulunan kimsenin mağdura cebir veya tehdit uygulamasına gerek olmadığı gibi mağdurun iradesinin özgürce oluşmadığının bilincinde olması da gerekli değildir.¹⁴⁹

Suçun Unsurları’nda yer alan ikinci unsur, zorla fuhşa sevk etme eylemi için belirleyici bir unsurdur. Söz konusu unsur, uzun tartışma-

¹⁴⁶ Topal, s. 202.

¹⁴⁷ Topal, s. 203.

¹⁴⁸ Madde 7 (1) (g) (3)

Unsurlar

(1) Fail, mağdur konumunda olan kişi veya kişilere ya da üçüncü kişilere yönelik zor kullanma veya zor kullanma tehdidi ya da şiddet korkusu, baskı, alıkoyma, psikolojik baskı veya sahip olunan yetkiyi kötüye kullanmaktan kaynaklanan güç ya da baskı tehdidiyle ya da zorlayıcı ortamdan ya da söz konusu kişilerin gerçek anlamda kendi kararlarını verme imkânlarının olmayışından faydalanarak bu kişilerin cinsel nitelikli eylem veya eylemlerde bulunmasına sebep olmalıdır.

(2) Fail veya diğer bir şahıs, cinsel nitelikli eylemlerin karşılığında veya bu eylemlerle bağlantılı olarak maddi kazanç veya başka bir menfaat sağlamış olmalı veya sağlamayı ummalıdır.

(3) Fiil, sivil bir topluluğa yöneltmiş yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenmelidir.

(4) Fail, gerçekleştirdiği davranışın sivil topluluğu hedef alan yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olduğunu ya da bu maksada yönelik olduğunu bilmelidir. (Türkçe tercüme Topal, s. 204’den alınmıştır.)

¹⁴⁹ Topal, s. 204

lar sonucu kabul edilmiştir ve zorla fuhşa sevk edilme eylemini, kölelik ve cinsel kölelik eylemlerinden ayırmaktadır. Bu unsur gereğince, mağduru başkaları ile cinsel ilişkiye zorlayan kişi ya maddi menfaat temin etmeli ya da maddi menfaat temin etmeyi ummalıdır.¹⁵⁰

e. Hamileliğe Zorlama Eylemi (Forced Pregnancy)

Eski Yugoslavya’da Sırplar, etnik yapıyı değiştirmek ve mağdurları yaşadığı tecavüzün eserini sürekli taşımalarını sağlamak maksadıyla, Boşnak ve Hırvat kadınlara ırza geçme eylemlerinde bulunmuş ve hamileliği güvenli bir şekilde sonlandıramayacakları ana kadar gözetim altında tutmuşlardır.¹⁵¹

Hamileliğe zorlama eylemi (gebeliğe zorlama), kadına karşı cinsel şiddet eylemi olarak ilk kez UCM Statüsü’nde düzenlenmiştir.¹⁵² Daha önceki uluslararası metinlerde ve mahkeme statülerinde söz konusu eylem düzenlenmemiştir.

Hamileliğe zorlama eylemi, çoğunlukla bir grubu tamamen veya kısmen yok etmek saikiyle işlenmektedir. Bu kapsamda eylem, soykırım suçu içerisinde detaylı olarak izah edilmiştir.

*“Hamileliğe zorlama, herhangi bir nüfusun etnik oluşumunu etkileme amacıyla ya da uluslararası hukukun diğer ağır ihlallerini gerçekleştirmek üzere, zorla hamile bırakılan bir kadının hukuka aykırı olarak tecrit edilmesidir.”*¹⁵³ Bu tanım, UCM Statüsü’nün madde 7 (2) (f)’de yer alan bir tanımdır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kadının hamileliği esnasında veya doğum yaptığı ana kadar alıkonulmasına gerek yoktur. Kadının hamile olduğunun anlaşılmasından, hamileliğine tıbben güvenli bir şekilde son vereme imkânını yitirdiği ana kadar hapsedilmesi suçun oluşumu için yeterlidir.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Topal, s. 204, 205; Ateş-Ekşi, s. 137.

¹⁵¹ Topal, s. 205.

¹⁵² Topal, s. 205.

¹⁵³ Tezcan / Erdem / Önok, s. 552, 553.

¹⁵⁴ Topal, s. 209.

Suçun unsurlarına bakıldığında, hamileliğe zorlama suçunun oluşabilmesi için üç koşulun gerçekleştirilmesi gerekmektedir.¹⁵⁵ Bu koşullardan ilki hamileliğe zorlama eyleminin belirleyici koşulu iken, diğer koşullar insanlığa karşı suçun belirleyici koşullarıdır.

UCM Statüsü'nde yer alan hamileliğe zorlamaya ilişkin hüküm, Roma Konferansı'nın en tartışmalı konularından biri olmuştur. Eski Yugoslavya'da yaşanan olaylar, kadın ve insan hakları örgütlerinin hamileliğe zorlamaya ilişkin bir hükmü Statü'ye dâhil etmeleri konusunda ısrarcı olmalarına neden olmuştur. Buna karşın Vatikan'ın başını çektiği ve çoğunluğunu Arap devletlerinin oluşturduğu muhafazakâr çevreler, böyle bir düzenlemenin kürtajı teşvik edeceği için düzenlemeye karşı çıkmışlardır. Bununla birlikte, düzenlemenin Statü'de yer alması kadın ve insan hakları örgütlerinin organize ve özverili çalışmaları sonucu mümkün olmuştur.¹⁵⁶

Suçun unsurlarında yer alan tanım incelendiğinde hamileliğe zorlama suçunun (*forced pregnancy*), zorla hamile bırakma (*enforced impregnation*) ve hamileliğin sonlandırılmasına mani olarak mağdurun anne olmaya zorlanması (*enforced maternity*) şeklinde iki farklı suç kapsamına girecektir. Suç; zorla hamile bırakmak (*forcibly made pregnant*), hukuka aykırı olarak alıkoyma (*unlawful confinement*) eylemlerinin, "bir nüfusun etnik yapısını değiştirmek veya uluslararası hukukun diğer ağır ihlallerini gerçekleştirmek" saikiyle icra edilmesi halinde oluşacaktır.¹⁵⁷

Zorla hamile bırakma hareketi bakımından, şiddete başvurulmuş olmasına gerek yoktur. Mağdur, cinsel şiddet özellikle ırza geçme eylemi sonucunda hamile bırakılabileceği gibi rızasına aykırı olarak ger-

¹⁵⁵ Hamileliğe zorlama suçunun söz konusu olabilmesi için [Madde 7 (1) (g) (4)];

a.Fail, herhangi bir nüfusun etnik yapısını etkilemek veya uluslararası hukukun diğer ağır ihlallerini gerçekleştirmek üzere, hamileliğe zorlanan bir veya birden fazla kadını alıkoymalıdır.

b.Fail, sivil bir topluluğa yöneltilmiş yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak eylemi icra etmelidir.

c.Fail, gerçekleştirdiği davranışın sivil topluluğu hedef alan yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olduğunu ya da bu maksada yönelik olduğunu bilmelidir.

(Bkz. Topal, s. 209, 210).

¹⁵⁶ Bu konuda bkz. Önok, UCD, s. 190 vd.; Topal, s. 208 vd; Tezcan / Erdem / Önok, Uluslararası...,s. 553.

¹⁵⁷ Topal, s. 210; Önok, s. 190.

çekleştirilecek tıbbi müdahaleler yolu ile de hamile bırakılabilecektir.¹⁵⁸ Statü'nün lâfzî itibariyle yorumlanması durumunda, zorla hamile bırakma hareketinin başlı başına suç olarak düzenlenmediği, hamile olan kadının alıkonulmasının gerektiği anlaşılmaktadır.¹⁵⁹

Hukuka aykırı olarak özgürlüğünün kısıtlanması durumunda ise kadının hamile olduğunun anlaşıldığı andan itibaren, hamileliğini tıbbi açıdan güvenli sona erdireceği ana kadar alıkonulması gerekmektedir.

Hamileliğe zorlama bakımından öğretide ilginç bir fikir *Allen* tarafından ileri sürülmüştür. Buna göre zorla hamile bırakma ve bu suretle hamileliğe zorlama, biyolojik silah kullanımı olarak değerlendirilmektedir. Bazı biyolojik silahların (örneğin virüslerin) kitlesel ölümleri gerçekleştirmek için kullanılmaları nasıl mümkün ise, ırza geçme eylemlerinde ise tecavüzcülere ait olan sperm, bir etnik yapıyı yok etmeye yönelik biyolojik silahlar olarak algılanmalıdır.¹⁶⁰

f. Zorla Kısırlaştırma Eylemi (Enforced Sterilization)

Zorla kısırlaştırma eylemi, UCMY ve UCMR statülerinde yer almamaktadır. UCM Statüsü ise, zorla kısırlaştırma eylemlerine insanlığa karşı suçlar arasında yer vermesine rağmen, eylemi tanımlamamıştır.

Kısırlaştırma kadın veya erkek her iki cinse karşı da icra edilen bir eylem olup, üreme yeteneğini ortadan kaldıran bir süreçtir.¹⁶¹ Kısırlaştırma, "*kişinin cinsel arzularına ve cinsel faaliyetlerde bulunma yeteneğine zarar vermeksizin -kadınlarda yumurta, erkeklerde de sperm kanallarının ka-*

¹⁵⁸ Topal, s. 210.

¹⁵⁹ Topal, s. 211.

¹⁶⁰ Beverly Allen, *Rape Warfare: The Hidden Genocide in Bosnia-Herzegovina and Croatia*, Minneapolis 1996, s. 99; Claudia Card, "The Paradox of Genocidal Rape Aimed at Enforced Pregnancy", *The Southern Journal of Philosophy*, Vol. 46, s. 187.

¹⁶¹ Topal, s. 212; Türk hukukunda kısırlaştırma suçu için bkz. Mehmet Cemil Ozansü, "Kısırlaştırma Suçu", in: *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu* 28 Şubat - 1 Mart 2008/ Dedeman-Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 142, Ankara 2008, s. 1284 vd.; Özlem Yenerer Çakmut, "Türk Ceza Yasası'nda Kısırlaştırma Suçu (TCK m. 101)", in: *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, C. 1, İstanbul 2008, s. 711 vd.

patılması yoluyla üreme yeteneğinin ortadan kaldırılmasına yönelik tıbbi bir müdahaledir".¹⁶² Kastrasyon (hadım etme) da, kişinin cinsel salgı bezleri alınmak suretiyle cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneği tamamen sona erdirildiğinden dolayı, kısırlaştırmadan farklıdır.¹⁶³ Bu haliyle kısırlaştırmada, cinsel arzulara ve cinsel faaliyette bulunma yeteneğine bir zarar verilmemektedir.

Zorla kısırlaştırma eylemleri gerek uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalarda gerekse bu niteliğe sahip olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan bir yöntemdir. II. Dünya Savaşı'nda Yahudilere karşı toplama kamplarında cerrahi müdahale, röntgen ışını ve ilaç uygulaması gibi çeşitli yöntemlerle kısırlaştırma uygulandığı, Yahudilerin deney yoluyla kısırlaştırma yöntemlerine maruz kaldığı bilinmektedir. Benzer bir uygulamanın 1987-1989 yılları arasında Doğu Timor'da da gerçekleştirildiği ve kadınlara hormonal yapısını etkileyerek gelecekte çocuk sahibi olmalarına engel olacak iğnelerin yapıldığı ileri sürülmüştür.¹⁶⁴ Zorla kısırlaştırmada, hedeflenen topluluğun soyunu devam ettirememesi, biyolojik olarak üreyememesi amaçlanmaktadır. Belirtmeliyiz ki, zorla kısırlaştırma eylemleri ırksal, dinsel, ulusal veya etnik bakımından belirli bir topluluğu yok etmek amacıyla uygulanırsa soykırım suçunu oluşturacaktır.

Zorla kısırlaştırma suçu UCM Statüsü'nde tanımlanmamış ancak Suçun Unsurları'nda¹⁶⁵ söz konusu suçu, diğer suçlardan ayıracak ölçütlere yer verilmiştir. Zorla kısırlaştırma suçunun unsurları incelendiğinde söz konusu suçun serbest hareketli bir suç olarak düzenlendiği görülmektedir. Kişiyi biyolojik olarak üreme yeteneğinden de-

¹⁶² Yenerer / Çakmut, s. 711; Tezcan / Erdem / Önok, s. 279.

¹⁶³ Yenerer / Çakmut, s. 711, 712; Tezcan / Erdem / Önok, s. 279.

¹⁶⁴ Topal, s. 213.

¹⁶⁵ Madde 7 (1) (g) (4)

(1) Fail, bir veya birden fazla kişiyi biyolojik üreme yeteneğinden mahrum bırakmalıdır.

(2) Fiil, söz konusu kişi veya kişilerin tıbbi veya hastaneye tedavileriyle gerekçelendirilememeli ya da gerçek rızaları doğrultusunda gerçekleştirilmemelidir.

(3) Fiil, sivil bir topluluğa yöneltilmiş yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenmelidir.

(4) Fail, gerçekleştirdiği davranışın sivil topluluğu hedef alan yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olduğunu ya da bu maksada yönelik olduğunu bilmelidir. (Türkçe tercüme Topal, s. 213-214'den alınmıştır.)

vamlı surette yoksun bırakabilecek herhangi bir hareket suçu olacaktır. Bu kapsamda suçu oluşturan hareketler cerrahi müdahalelerle sınırlandırılmamıştır.¹⁶⁶ Suçun Unsurları'nda 19 numaralı dipnotta doğum kontrol yöntemlerinin, kalıcı bir etkiye sahip olmamasından dolayı biyolojik üreme yeteneğinden yoksun bırakılma olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Doğum kontrol yöntemlerinin, kişinin biyolojik üreme yeteneğini geçici olarak sınırladığı veya ortadan kaldırdığı için 19 numaralı dipnotta açıkça yer almasa bile kanaatimizce zorla kısırlaştırma suçunu oluşturan hareketler içinde yer almasına imkân bulunmamaktadır.

Kadınlara karşı uygulanan cinsel şiddet, kadınların üreme yetenekleri üzerinde etkili olmaktadır. Bazı durumlarda kadınların cinsel organları kesildiğinden dolayı fiziki olarak üreme yetenekleri ortadan kalkarken, bazı durumlarda ise uygulanan yaygın ve sistematik ırza geçme eylemlerinden dolayı mağdur kadınlar cinsel ilişkide bulunmayı ve biyolojik olarak üremeyi reddetmektedirler. II. Dünya Savaşı esnasında seks kölesi olmaya zorlanan kadınların bir kısmı, cinsel ilişkiler esnasında cinsel organlarının tahribata maruz kalmasından dolayı biyolojik olarak üreme yetenekleri yok olmuştur.¹⁶⁷

Suçun Unsurları'nda düzenlenen ve zorla kısırlaştırma suçunu diğer suçlardan ayıran ikinci özellik ise suçun hukuka aykırılık unsuruna ilişkindir. Buna göre zorla kısırlaştırma, kişi veya kişilerin tıbbi tedavileri için gerekliyse, tıbbi bir zorunluluk ile ilişkilendirilebiliyorsa suç oluşmayacaktır. İkinci olarak kişi veya kişilerin, ifsada uğramamış, özgür iradeleriyle açıklamış olduğu rızaları mevcutsa suç oluşmayacaktır. Bu unsurda zorunluluk hali ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenlerine yer verilmiştir.

g. Benzer Nitelikte Diğer Cinsel Şiddet Eylemleri (Any Other Form of Sexual Violence of Comparable Gravity)

UCMR Statüsü'nün insanlığa karşı suçları düzenleyen 3. maddesinde ve UCMY Statüsü'nün insanlığa karşı suçları düzenleyen 5.

¹⁶⁶ Topal, s. 214.

¹⁶⁷ Topal, s. 215.

maddesinde, benzer nitelikte diğer cinsel şiddet eylemlerine yer verilmemiştir. Söz konusu düzenlemelerde sadece ırza geçme, insanlığa karşı suç sayılmış, diğer cinsel şiddet suçlarına yer verilmemiştir.

Bununla birlikte, IV Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin 27. maddesinin 2. fıkrasında ve bununla bağlantılı olarak I Numaralı Ek Protokol'ün 75. maddesinin 2. fıkrasında kadına karşı yöneltilen edebe aykırı her türlü davranışa karşı kadının korunması gerektiği düzenlenmiştir. IV Numaralı Sözleşme'nin 27/2 fıkrasında kadının onuruna karşı yöneltilen ırza geçme, fuhşa zorlama ve diğer edebe aykırı davranışlar yasaklanmıştır. Buna karşı I Numaralı Ek Protokol'ün 75/2 fıkrasında ise kişisel onura yönelik onur kırıcı ve alçaltıcı muamele (*humiliating and degrading treatment*), fuhşa zorlama ve diğer edebe aykırı davranışlar cezalandırılması gereken kötü davranışlar (*outrages*) olarak düzenlenmiştir.

Bu durumu göz önüne alan UCM Statüsü, yalnızca ırza geçme eylemini kadına karşı cinsel şiddet eylemleri arasında düzenlememiş, özellikle tarih boyunca karşılaşılan kadına karşı cinsel şiddet eylemlerinin başlıcalarını saymak suretiyle cinsel şiddet eylemlerini somutlaştırmıştır. Ancak UCM Statüsü'nde yer alan söz konusu listeleme, sınırlayıcı değil örnekleyicidir. Nitekim benzer nitelikte diğer cinsel şiddet eylemleri de açıkça Statü'de düzenlenmek suretiyle, listelemenin örnekleyici olduğuna işaret edilmiştir. Benzer nitelikte cinsel şiddet eylemleri, ağırlık bakımından diğer cinsel şiddet eylemlerine eşdeğer olan, kişi onuruna karşı yönelen davranışlardır.

Benzer nitelikte diğer cinsel şiddet eylemleri Statü'de tanımlanmadığı için kapsamı belirli değildir ve bundan dolayı diğer cinsel şiddet eylemlerinin içine girmeyen hareketleri kapsayacak nitelikte bir torba hüküm mahiyetindedir.¹⁶⁸ Bu eylemlere örnek olarak, basına yansıtılarak geniş ölçüde tepki gören Ebu Garip Cezaevi'nde yaşanan erkek esirlerin cinsel içerikli sözlü tehdit eşliğinde topluluk önünde soyunmaya zorlanması, kadın iç çamaşırı giymeye zorlanmaları gibi eylemler gösterilebilir.¹⁶⁹ Bunun yanı sıra cinsel organlara yönelen etkin ey-

¹⁶⁸ Topal, s. 215.

¹⁶⁹ Topal, s. 215.

lemler, elektrik akımı verme şeklinde gerçekleştirilen saldırılar da benzer nitelikte diğer cinsel şiddet eylemleri arasında değerlendirilebilir.¹⁷⁰

UCM Statüsü Suçun Unsurları'nda benzer nitelikte diğer cinsel şiddet eylemlerini diğer eylemlerden ayıran unsurlar gösterilmiştir.¹⁷¹

6. Soykırım Suçu Olarak Kadına Karşı Şiddet Eylemleri

Soykırım, 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi'nin ilk maddesinde ister savaş zamanında ister barış zamanında işlenmiş olsun, bir uluslararası hukuk suçu olarak kabul edilen soykırım suçu 2. maddede tanımlanmıştır. Söz konusu maddeye göre soykırım;

"...bir ulusal, etnik, ırki veya dini grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak niyetiyle gerçekleştirilen aşağıdaki eylemleri kapsamaktadır;

- a. Grubun üyelerini öldürmek,*
- b. Grup üyelerine ciddi fiziksel veya bedensel zarar vermek,*
- c. Grubun kısmen veya tamamen fiziksel olarak yok olmasına neden olacağı hesaplanan yaşam şartlarına kasten maruz bırakmak,*
- d. Grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirleri almak,*
- e. Grubun çocuklarını zorla başka bir gruba nakletmek."tır.*

¹⁷⁰ Topal, s. 216.

¹⁷¹ Madde (7) (1) (g) (6)
Unsurlar

(1) Fail, zorla veya şiddet korkusu, zorlama, alıkoyma, psikolojik baskı veya sahip olunan yetkinin kötüye kullanılması korkusundan kaynaklanan güç veya baskı tehdidiyle ya da zorlayıcı ortamdan ya da gerçek anlamda kendi kararını verme imkânının olmayışından faydalanarak bir veya daha fazla kişiye yönelik cinsel nitelikli bir eylem gerçekleştirmeli veya bu kişilerin cinsel nitelikli eylemde bulunmasına sebep olmalıdır.

(2) Failin davranışı, madde (7)(1)(g)'de düzenlenen diğer suçlara benzer bir ağırlık taşımaktadır.

(3) Fail, ika ettiği fiilin ağırlığına sebep teşkil eden maddi şartların bilincinde olmalıdır.

(4) Fiil, sivil bir topluluğa yöneltilmiş yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenmelidir.

(5) Fail, gerçekleştirdiği davranışın sivil topluluğu hedef alan yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olduğunu ya da bu maksada yönelik olduğunu bilmelidir.

Soykırım suçu; maddede sınırlı olarak belirtilen gruplara karşı, maddede sınırlı sayıda belirtilen eylemlerin, belli bir saik ile gerçekleştirilmesi durumunda oluşacaktır.¹⁷² Söz konusu saik; korunan gruplardan birini tamamen veya kısmen ortadan kaldırmak saikidir. Gerek Soykırım Sözleşmesi'nde gerekse de soykırım suçunu konu alan ve aşağıda belirtilen diğer uluslararası belgelerde cinsel şiddete dayanan eylemler açık bir şekilde soykırım suçunu oluşturan hareketler arasında düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, cinsel şiddet eylemlerinin bazı durumlarda, soykırım suçunu oluşturan hareketleri oluşturması mümkündür. Çalışmanın bu bölümünde, cinsel şiddet eylemlerinin soykırım suçunu oluşturduğu durumlar incelenecektir.

Irza geçme, etnik temizlik planı kapsamında, korunan gruplardan birinin veya birkaçının ortadan kaldırılması için araç olarak kullanılabilir. Kadın, toplumsal yapının bir unsuru olarak kültürel zincirin temel halkasıdır. Kadının fiziksel veya psikolojik tahribi, çok kısa sürede grubun tahribine yol açmaktadır.¹⁷³ Toplum içinde kadının ırzına geçme, toplumun yapısına tecavüz olarak görülebilir ki, bu durumda toplumu oluşturan doku tahrip olur.¹⁷⁴

UCMY Statüsü'nün 4. maddesinde; UCMR Statüsü'nün 2. maddesinde ve UCM Statüsü'nün 6. maddesinde düzenlenen soykırım suçu; ırki, dini, ulusal veya etnik bir gurubu tamamen veya kısmen yok etmek saikiyle Statü metinlerinde gösterilen beş hareketten herhangi birinin gerçekleştirilmesi suretiyle oluşmaktadır. Bu beş hareketten özellikle "gurubun yok olması ile sonuçlanacak şekilde yaşam koşullarını değiştirme" ve "grup içerisinde doğumları önlemek için tedbir alma" hareketleri cinsel şiddet eylemleri ile soykırım suçunu oluşturan eylemlerin keşişme noktasıdır.

¹⁷² Soykırım suçu, unsurları, tarihi gelişimi ve bu konudaki mukayeseli hukuk düzenlemeleri için bkz. Olgun Değirmenci, "Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (TCK m. 76)", *TBBD*, S. 70, Mayıs-Haziran 2007, s. 50 vd.

¹⁷³ Ellis, s. 231, 232; Detaylı bir çalışma için bkz. Christoph Schiessl, "An Element of Genocide: Rape, Total War, and International Law in the Twentieth Century", *Journal of Genocide Research*, Vol. 4, No. 2, 2002, s. 197 vd.

¹⁷⁴ Ellis, s. 232.

Irza geçme ve diğer cinsel şiddet eylemleri; ulusal, ırki, etnik veya dini bir gurubu tamamen veya kısmen yok etmek saiki ile işlendiği takdirde soykırım suçunu oluşturacaktır. Kadının aile birliğini devam ettirme yeteneğini ortadan kaldırmak, kadının üreme kabiliyetine zarar vermek ve sosyal toplumunun gözünde kadının değerini düşürmek amacıyla yapılan veya bu sonuca neden olan cinsel şiddet eylemleri, yukarıda belirtilen saikle işlenirse soykırım suçu oluşacaktır.¹⁷⁵ Soykırım saiki ile işlenen irza geçme olayları çoğunlukla sistematik gerçekleştirilmekte, hamileliğe zorlama veya kadınları sosyal açıdan toplum dışına çıkarma gayretleri de birlikte görülmektedir.¹⁷⁶

Sırlar tarafından Müslüman topluluğun yok edilmesi amacıyla korunma imkânı olmayan kadınlara, direnme gücü daha zayıf olan ergen durumda kızlara karşı irza geçme fiilleri icra edilmiş ve Müslüman toplum için gelecek kuşakların yetiştiricileri olan veya olacak, kültürel kimliğin aktarıcıları olan veya olacak kadın ve kızlar hedef alınmak suretiyle dinsel veya etnik topluluğun devamı engellenmeye çalışılmıştır.¹⁷⁷

Ayrıca grup içerisinde doğumları önlemeye yönelik bazı tedbirler de soykırım suçunun oluşmasına sebebiyet verecektir. Bunlar; cinsel uzuvların tahribi, kısırlaştırma uygulaması, zorla doğum kontrolü, kadın ve erkeklerin birbirinden ayrılması, evliliklerin yasaklanması gibi tedbirlerdir.¹⁷⁸ Eski Yugoslavya'da Sırlar, bir savaş aracı olarak kul-

¹⁷⁵ Ellis, s. 232; benzer şekilde bkz. Schomburg / Peterson, s. 128.

¹⁷⁶ Engle, s. 788.

¹⁷⁷ Card, s. 177; Sırlar tarafından askeri amaçla uygulanan sistematik irza geçmeler, Müslüman topluluğun devamını engellemeye, belli bir bölgede demografik yapıyı değiştirmeye yönelik eylemlerdir. İtalyan gazeteci Giuseppe Zaccaria, 1991'de Belgrad'da Sırp subayları tarafından yapılan bir toplantıda ifade edilen politikanın, irza geçme eylemlerinin soykırım saiki ile yapıldığını açık bir şekilde ortaya koyduğunu belirtmektedir. Zaccaria'nın naklettiği ve Sırp subayı tarafından dile getirilen politika şudur;

"Müslüman toplulukların davranışlarına ilişkin analizimiz göstermektedir ki, söz konusu grubun ahlaki yapısı, isteği ve mücadeleci ruhu; eylemlerimizi topluluğun en hassas noktası olan dini ve sosyal yapısına yönlendirdiğimiz takdirde zarar görecektir. Bununla kadınları, ergen durumda olan kızları ve çocukları kastediyoruz. Bu sosyal figürlere yönelik müdahaleler topluluk arasında karışıklığa neden olacak ve bu durum öncelikle korku ve paniğe daha sonra ise savaşın sürdüğü bölgelerden muhtemelen çekilmelerine yok açacaktır." (Card, s. 176, 177).

¹⁷⁸ Ellis, s. 233; aynı yönde bkz. Topal, s. 146.

landıkları kitlesel tecavüzler (*mass rape*) ile hedefledikleri grubun etnik yapısını bozmayı ve yeni bir etnik kimlik yaratmayı amaçlamışlardır. Kitlesel tecavüzler neticesinde gerçekleşen hamilelik, iki açıdan soykırım başlığı altında ele alınabilecektir. Öncelikle Sırp lar, ırza geçme sonucu doğacak çocuğun, Müslüman toplumunca bir Sırp olarak görüleceğini hesaplamışlar ve böylece hedefledikleri toplulukların saflığını bozmayı amaçlamışlardır. İkinci olarak ise ırza geçme sonucu hamile kalan kadın, hamilelik süresi boyunca kendi etnik yapısının devamını sürdürecektir nesilleri yetiştirme imkânından mahrum kalacaktır.¹⁷⁹

Kitlesel tecavüzler özellikle üç farklı şekilde gelişmiştir. Öncelikle askeri kuvvetler yerleşim birimlerinde çeşitli yaşlarda kadınlara alenen tecavüz edip bölgeden ayrılmışlardır. Birkaç gün sonra tekrar bölgeye gelen askeri kuvvetler, şiddete maruz kalmış topluluğa dönmek üzere başka emniyetli bölgelere gitme teklifinde bulunmuşlardır.¹⁸⁰ Bu durumda, belli bölgedeki Müslüman topluluk başka coğrafyaya gönderilmiş ve demografik yapı değiştirilmiştir. İkinci olarak rastgele seçilmiş kadınlar kamplarda tecavüz uğrayıp, öldürülmüşlerdir.¹⁸¹ Bu, çoğunlukla ilgili topluluğu korkutmak ve askerleri ödüllendirmek amacıyla kullanılmıştır.¹⁸² Üçüncü olarak kadınlar tecavüz kamplarında tutulmuş, sistematik tecavüze uğramışlardır. Bunun sonucu olarak ya öldürülmüş ya da hamileliğe zorlanmışlardır.¹⁸³ Bu üçüncü durum, Sırp ların vahşet tarihine olan katkıları olarak görülmektedir.¹⁸⁴

Cinsel şiddet eylemleri ile soykırım suçu arasındaki ilk bağın kurulduğu *Akayesu* kararında¹⁸⁵ UCMR, ırza geçmenin, soykırım suçunu oluşturan hareketlerden biri olduğunu belirlemiştir. Irza geçmenin, soykırım suçunu oluşturan hareketlerden biri olarak görülmesi, yaygın

¹⁷⁹ Topal, s. 148; Benzer durumlar Darfur için bildirilmektedir. Darfur'da tecavüze uğrayan kadınların % 90'ı kendi toplumlarına geri gönderilmekte ve ömrü boyunca bu olayın izleri ile yaşamaya mahkum edilmektedir. (Alison M. S. Watson, "Child Born of Wartime Rape: Rights and Representations", *International Feminist Journal of Politics*, Vol. 9, No. 1, March 2007, s. 16).

¹⁸⁰ Allen, s. 62.

¹⁸¹ Allen, s. 63.

¹⁸² Card, s. 178.

¹⁸³ Card, s. 178.

¹⁸⁴ Card, s. 178.

¹⁸⁵ Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, 2 Ekim 1998, Judgment, parag. 690.

etnik temizlik¹⁸⁶ veya soykırım politikasının bir aracı olarak uygulanmasını gerektirmektedir.¹⁸⁷ *Akayesu* davasında iddianamede ırza geçme fiilleri yer almamıştır. Ancak tesadüfen bir tanığın sorgusu esnasında değiştiği olaylar için savcı tarafından mahkemeden soruşturmanın genişletilmesi isteğinde bulunulmuş ve iddianame değiştirilerek cinsel suçlar iddianameye dâhil edilmiştir.

Akayesu kararında ayrıca, grup içerisinde doğumların engellenmesine yönelik tedbirlerin mutlaka fiziksel olmasına gerek olmadığı, ruhsal tedbirler ile de korunan grup içerisinde doğumların engellenebileceği belirtilmektedir. Örneğin bir kadın uğradığı ırza geçme sonucu girdiği travmadan dolayı çocuk sahibi olmayı reddederse, grup içerisindeki doğumları engelleme eylemi ve soykırım suçu söz konusu olacaktır.¹⁸⁸

UCMY, *Karadzic ve Mladic* kararında ise zorla hamile bırakma ile soykırım suçunu oluşturan saik arasında bağ kurmuştur. Mahkeme'nin kararına göre zorla hamile bırakma, etnik temizlik amacıyla yapılmaktaysa ve bu sistematik ırza geçmelerin sonucunda doğacak çocuklara yeni bir etnik kimlik vermek amaçlanıyorsa, soykırım suçu oluşacaktır.¹⁸⁹

UCM Statüsüne bağlı olarak hazırlanan Suçun Unsurları'nın 6 (b) maddesine ilişkin dipnotta, ırza geçme dâhil olmak üzere fiziksel veya ruhsal zararlarla da soykırım suçunun oluşabileceği belirtilmiştir.¹⁹⁰

Salzman, mağdurların defalarca ırza geçmeden sonra öldürüldüğü durumlarda, soykırım saikinin aşikâr olduğuna işaret etmektedir. Ancak mağdurun hamile kalmaya zorlandığı durumlarda soykırım sai-

¹⁸⁶ Etnik temizlik (ethnic cleansing) kavramı, hukuki bir kavram değildir. Kavramın, UCMY yargılamaları esnasında soykırım saiki ile gerçekleştirilen ırza geçme olaylarını ifade etmek için avukatlar tarafından kullanıldığı ifade edilmektedir. (Engle, s. 788). Kavram, soykırım suçunun kanaatimizce bir kısmını ifade etmektedir. Nitekim milli, ırki veya dini gruplar, etnik temizlik kavramı içerisinde değerlendirilmemektedir.

¹⁸⁷ Richey, s. 111.

¹⁸⁸ Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, 2 Ekim 1998, Judgment, parag. 508; Ellis, s. 234.

¹⁸⁹ Ellis, s. 234; detaylı tartışmalar için ayrıca bkz. Engle, s. 792.

¹⁹⁰ Ellis, s. 240; Schneider, s. 948; *Elements of Crimes*, s. 2.

ki toplumda mevcut kültürde saklıdır. Balkanlarda, ataerkil toplumlar aile adı din veya etnik köken göz önüne alınmaksızın erkekler aracılığıyla sürdürülmektedir. Biyolojik olarak anne ve babadan ortak genetik özellikleri taşısa da, kültürel yapı uyarınca bir Sırp tarafından ırza geçme sonucu doğan çocuk Sırp olarak düşünülmektedir. Bu durumda, saklı olan soykırım saikini gözler önüne sermektedir.¹⁹¹ Nitekim Bosna-Hersek'te yaşanan silahlı çatışmalar esnasında Sırp, Bosnalı Sırp ve Hırvat-Sırp askerler tarafından alıkonulan Bosna-Hersekli kadınlar, tecavüz kamplarında ırza geçme ve cinsel şiddete maruz kalmışlardır. Hamile kalmayan kadınlar çoğunlukla öldürülmüşlerdir. Hamile kalanlar ise güvenli bir şekilde düşük yapabilmek için gerekli zaman geçinceye kadar kamplarda ırza geçme fiiline maruz kalmış ve ağır psikolojik baskı görmüşlerdir. Güvenli düşük yapamayacak kadar hamilelikleri ilerlediğinde ise serbest bırakılmışlardır.¹⁹² Bu uygulamalarda da faillerdeki soykırım saikini görmek mümkündür.

Bu durum öğretilerde "*farklı etnik gen*" olarak ifade edilmiştir. Zorla hamile bırakma eylemi, Sırp bebekleri oluşturma işlevi görecektir ve bu şekilde Müslüman nüfusunun bulunduğu bölgedeki nüfus yoğunluğu Sırp lehine değişecektir. Zorla hamile bırakma, bir sonraki kuşağı oluşturma amacına yönelik olarak kullanılmıştır.¹⁹³

Zorla hamile bırakma ayrıca grup içerisindeki doğumları önleme yolu olarak da kullanılmıştır. Zorla hamile bırakılan kadınlar, kendiliklerinden Sırp'ların soykırım amaçlarına hizmet etmişlerdir. Zorla hamile bırakılan kadınlar, yeniden üremeyi reddettiklerinden dolayı, tabii oldukları grubun dolaylı olarak yok olmasına yol açılmıştır.¹⁹⁴ Ayrıca zorla hamile bırakılan kadın, Müslüman topluluk tarafından reddedilme durumu ile karşılaşmaktadır. Bu durumda ise gelecek kuşakları oluşturacak kadın üyelerden yoksun kalan topluluk, yok olacaktır.¹⁹⁵ Nitekim aynı uygulama Pakistan askerleri tarafından 1971

¹⁹¹ T. Salzman, "Rape Camps, Forced Impregnation and Ethnic Cleaning", in *War's Dirty Secret: Rape, Prostitution, and Other Crimes Against Women*, (edited by A. L. Barstow), Cleveland 2000, s. 79; Engle, s. 792.

¹⁹² Allen, s. 63; ayrıca bkz. Engle, s. 778.

¹⁹³ Engle, s. 793.

¹⁹⁴ Charli Carpenter, "Surfacing Children: Limitations of Genocidal Rape Discourse", *Human Rights Quarterly* 22, 2000, s. 441, 442; Engle, s. 793, 794.

¹⁹⁵ Card, s. 184.

yılında Bengalli kadınlara karşı da icra edilmiştir. 200.000'den fazla Bengalli kadın, Pakistan askerleri tarafından tecavüze uğramış ve gelenekleri uyarınca başka bir erkeğin dokunduğu kadınlar kocaları tarafından kabul edilmemiştir.¹⁹⁶

7. Savaş Suçu Olarak Kadına Karşı Şiddet Eylemleri

a. Genel Olarak

Savaş suçu, silahlı çatışmaların yürütülmesi sırasında tüm savaşan taraflarca uyulması gereken ve ihlali halinde uluslararası hukukun kaynaklarında bireysel ceza sorumluluğu öngörülmüş olan eylemlerdir.¹⁹⁷ UCMY Temyiz Dairesi, Tadic kararında savaş suçunun oluşabilmesi için dört koşulun karşılanmasının gerekli olduğunu belirtmiştir. Temyiz dairesine göre;

1. İhlal, uluslararası insancıl hukukun bir kuralına aykırı olmalıdır.

2. Kural, örfi hukukta yer almalı veya anlaşma hükmü ise gerekli koşullar karşılanmalıdır.

3. İhlal ciddi olmalıdır. Başka bir anlatımla önemli değerleri koruyan bir kuralın ihlali veya mağdur açısından ağır sonuçları gerektirmelidir.

4. İhlal, örfi veya anlaşma hukuku uyarınca ihlalde bulunan kişinin cezai sorumluluğunu gerektirmelidir.¹⁹⁸

Savaş suçları öğretide bir takım tasniflere tabi tutularak incelenmektedir.¹⁹⁹ Çalışma konumuzun boyutlarını aşacağından do-

¹⁹⁶ Susan Brownmiller, *Against Our Will: Men, Women and Rape*, New York 1975, s. 78, 79.

¹⁹⁷ Tezcan / Erdem / Önok, s. 564; Savaş suçlarının Uluslararası Ceza Mahkemelelerinde yargılanmalarına ilişkin bir çalışma için bkz. Patricia M. Wald, "Punishment of War Crimes by International Tribunals", *Social Research*, Vol.69, No. 4, Winter 2002, s. 1119 vd.

¹⁹⁸ Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-AR72, parag.403; James R. McHenry, "The Prosecution of Rape Under International Law: Justice That is Long Overdue", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 35, 2002, s. 1291; Tezcan / Erdem / Önok, s. 565.

¹⁹⁹ Tezcan- Erdem / Önok, s. 571 vd; Aslan, *Savaş Suçları*, s. 6

layı bu tasniflere girmeksizin, uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde yer alan düzenlemelere değinerek, UCM Statüsü'ndeki tanımlamayı esas alarak cinsel şiddet eylemlerini inceleyeceğiz.

UCMY Statüsü'nün 2. maddesinde "1949 Cenevre Sözleşmelerinin Ağır İhlalleri", 3.maddesinde ise "Savaş Örfü veya Hukukunun İhlalleri" düzenlenmiştir. Her iki madde, savaş suçlarını oluşturmaktadır. Gerek 2 gerekse de 3. maddede, ırza geçme eylemleri açık bir şekilde savaş suçu olarak sayılmamıştır. Her ne kadar 3. maddede sayılan eylemlerin örnekleyici olduğu madde metninde belirtilse de, UCMY Statüsü'nde ırza geçme eylemlerinin bir savaş suçu olarak düzenlendiğini söylemek mümkün değildir.²⁰⁰

UCMR Statüsü'ne baktığımızda, UCMY Statüsü gibi savaş suçlarının iki maddede değil, tek maddede düzenlendiğini görmekteyiz. Statü'nün 4. maddesi "Cenevre Sözleşmelerinin ve Ek II Numaralı Protokolün Ortak 3. Maddesinin İhlalleri"ni cezalandırmaktadır. Söz konusu madde de, insan onuruna karşı gerçekleştirilen eylemler arasında ırza geçme açık olarak yer almaktadır.²⁰¹

UCM Statüsü'nün 8. maddesinde savaş suçları (*war crimes*) dört başlık altında düzenlenmiştir. Bunlardan ilki; 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlalleridir (*Grave Breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949*). Bu başlık altında sekiz grup oluşturacak şekilde eylemler düzenlenmiştir. Cenevre Sözleşmeleri ile koruma altına alınan kişilere karşı söz konusu sekiz grup halinde düzenlenen eylemler icra edildiğinde savaş suçlarını oluşturacaktır. İkinci başlık altında uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilen savaş örf ve hukukunun ciddi ihlalleri düzenlenmiştir.²⁰² Bu başlık altında 26 grup eylem düzenlenmiştir. Üçüncü olarak uluslararası karaktere sahip olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan dört Cenevre Sözleşmesi'nin ortak üçüncü maddesinin ciddi ihlalleri Statü'de yer almaktadır. Burada dört ayrı grup halinde eylemler düzenlenmektedir. Son olarak ulusal nitelikteki silahlı çatışmalara uygulanabilen savaş örf ve hukuku-

²⁰⁰ Madde metinleri için bkz. Roberts / Guelff, s. 569.

²⁰¹ Madde metinleri için bkz. Roberts / Guelff, s. 619.

²⁰² Ayrıca bkz. Pilar Villanueva Sainz Pardo, "Is Child Recruitment as a War Crime Part of Customary International Law?", *The International Journal of Human Rights*, Vol.12, No. 4, September 2008, s. 565.

nun diğer ciddi ihlalleri bulunmaktadır. Kadına karşı şiddet eylemleri; iki ve dördüncü başlık altında insanlığa karşı suçların düzenlendiği 7. maddedeki düzenleme esas alınarak cinsel kölelik eylemi, zorla fuhşa sevk etme eylemi, hamileliğe zorlama eylemi, zorla kısırlaştırma eylemi, benzer nitelikte diğer cinsel şiddet eylemleri şeklinde düzenlenmiştir.

Cenevre sözleşmelerinde, her dört Sözleşme bakımından insancıl hukuka aykırı olduğu kabul edilen ağır ihlallere ilişkin ortak düzenlemeler yapılmış ve ağır ihlaller evrensel yargı yetkisine bağlanmıştır.²⁰³ I Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nde 49, II Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nde 50, III Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nde 129 ve IV Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nde 146. maddelerde söz konusu yargılama yükümlülükleri düzenlenmiştir. Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlallerini oluşturan eylemler ise I Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nde 50, II Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nde 51, III Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nde 130 ve IV Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nde 147. maddelerde yer almaktadır.²⁰⁴ İkinci kategoride düzenlenen savaş örf ve hukukuna ilişkin savaş suçları ise 1907 La Haye Sözleşmeleri, Nürnberg Mahkemesi Statüsü ve cezai yargı yetkisine sahip uluslararası yargı organlarının kararları çerçevesinde düzenlenmiştir.²⁰⁵ UCM Statüsü'nde, suç tiplerinin oluşturulması esnasında yasaklanmış savaş yöntem ve araçlarının düzenleme altına alındığı 1907 La Haye Sözleşmeleri, silahlı çatışmalarda mağdurların korunmasına ilişkin hükümlerin yer aldığı Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli ek protokollerin dikkate alındığı ancak söz konusu metinlerde yer alan düzenlemelerin aynen Statü'ye aktarılmadığı dikkati çekmektedir.²⁰⁶ Bununla birlikte Statü'de yer alan bazı düzenlemelerin ise yukarıda sayılan uluslararası metinlerde bulunmadığı da dikkati çekmektedir. Örneğin konumuzla ilgili olarak cinsel şiddet suçlarına ilişkin düzenlemeler uluslararası metinlerde detaylı olarak yer almamasına karşın Statü'de detaylı şekilde düzenlenmiştir.

²⁰³ Topal, s. 255.

²⁰⁴ Madde metinleri için bkz. Roberts / Guelff, s. 215, 238, 239, 295, 296, 352.

²⁰⁵ Topal, s. 267.

²⁰⁶ Topal, s. 270.

Savaş suçu olarak düzenlenen cinsel şiddet eylemleri hakkında insanlığa karşı suçlar başlığı altında detaylı açıklamalar yaptığımızdan dolayı, burada insanlığa karşı suçlardan farklılıklarına Suçun Unsurları göz önünde tutularak değinilecektir.

b. Irza Geçme Eylemi

Irza geçme eyleminin savaş suçu olarak cezalandırılabilmesi için silahlı çatışma durumunda işlenmiş olması ve suç ile silahlı çatışma durumu arasında nedensellik bağlantısının bulunması gereklidir.²⁰⁷ Tesadüfen veya silahlı çatışma ile bağlantısı olmayan eylemler, nedensellik bağının kurulabilmesi için yeterli değildir. Eylem, silahlı çatışmanın sağlamış olduğu durumun avantajı kullanılarak işlenmiş olmalıdır. Söz konusu nedensellik bağının net tanımlamak için mahkemeler tarafından birçok faktör göz önüne alınmaktadır. Örneğin, failin statüsü (asker veya savaşan), mağdurun statüsü (tarafsız veya savaşan taraflara ait), suçun işlendiği şartlar, askeri hedeflere ulaşmak için sürdürülen faaliyetler kapsamında işlenip işlenmediği, savaşan tarafların yardımı ve müsamahası ile işlenip işlenmediği, suçun failin resmi görevlerinin bir parçası olup olmadığı gibi faktörlerdir.²⁰⁸

Statü'nün 8. maddesine ait suçun unsurlarına göre irza geçme suçunun dört unsuru bulunmaktadır. Bunlardan ilk iki unsur irza tecavüz suçuna özgü iken, diğer iki unsur savaş suçlarına özgür ortak unsurlardır.²⁰⁹ Suçun unsurlarına göre fail, silahlı çatışmanın varlığını

²⁰⁷ Schomburg / Peterson, s. 128.

²⁰⁸ Schomburg / Peterson, s. 131.

²⁰⁹ Madde 8 (2) (b) (xxii)-1

Unsurlar

(1) Fail, ne kadar hafif olursa olsun, cinsel bir organla kurbanın ya da kendi bedeninin herhangi bir bölümüne ya da herhangi bir nesne veya bedenin bir başka organıyla kurbanın anal veya genital açıklığına duhul ile sonuçlanan davranışta bulunmak suretiyle bir kişinin vücudunu ele geçirmelidir. (Bu hükme ilişkin 50 numaralı dipnotta ele geçirme kavramının, cinsiyete dayalı olmaması için geniş ele alınmasının amaçlandığı ifade edilmiştir.)

(2) Saldırı, bu kişiye veya bir başkasına karşı zorla ya da zor kullanma tehdidi veya şiddet, zorlama, gözetim, psikolojik baskı veya yetki suistimali korkusunun yol açacağı baskıyla ya da zor kullanılabilir bir ortamdan faydalanmak suretiyle, ya da gerçekten rıza gösterebilmesi mümkün olmayan bir kişiye karşı gerçekleştirilmelidir. (Bu hükme ilişkin 51 numaralı dipnotta, kişinin doğuştan kaynakla-

gerektiren olgusal durumların bilincinde olmalıdır. Belirtelim ki, eylemin etkilerinin uzun sürmesi veya kalıcı olması, UCM tarafından da suçun unsurları arasında görülmemektedir.²¹⁰

Irza geçme, savaş suçu olarak ilk kez 1474 yılında kaydedilmiş ve kısa sürede insancıl hukukun çekirdek alanına dâhil olmuştur. Irza geçme ve diğer cinsel şiddet eylemlerinin, insancıl hukukta açıkça düzenlenmesine ilişkin önemli adımlar 1949 Cenevre Sözleşmeleri ile atılmıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere IV Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin 27. maddesi hariç olmak üzere ırza geçme ve diğer cinsel şiddet eylemleri Sözleşme metinlerinde açıkça yer almamasına rağmen, ırza geçme ve diğer cinsel şiddet eylemleri bazı üst kavramların içerisinde mütalaa edilmektedir.²¹¹ Örneğin IV Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin 147. maddesi "*kasten öldürme, işkence ve biyolojik deneyler de dâhil olmak üzere insanlık dışı muameleler; kasten şiddetli ızdıraba ve sağlığa veya vücutta ciddi zarara sebep olma*" eylemlerini düzenlemektedir. Korunan personele karşı gerçekleştirilen ırza geçme eylemleri insanlık dışı muamele, kasten şiddetli ızdıraba sebep olma ve vücutta ciddi zarara sebep olma kapsamında değerlendirilmektedir. Aynı şekilde 3. madde de hayata veya kişiye yönelik şiddet, özellikle uzvun kesilmesi, zalime muamele ve işkence, kişinin onuruna ağır saldırılar yasaklanmaktadır. Irza geçmenin, 3. madde kapsamında savaş hukukunun ihlali olduğu belirtilmektedir.²¹² Cenevre Sözleşmelerine ek protokollerin her ikisinde de ırza geçme eylemleri açıkça yer almaktadır.

UCMY, Furundzija kararında, savaş suçlarının kişinin onuruna yönelik kötü davranışlar olduğunu belirtmiş ve Furundzija'nın ırza geçme dâhil olmak üzere kişinin onuruna yönelik eylemlerinden do-

nan, aldatma ya da yaşa bağlı bir yetersizliği olduğu takdirde gerçek anlamda rıza gösterme ehliyetinin olmayabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca, bu notun madde 8 (2) (b) (xxii)-3, 5 ve 6'nun tekabül eden unsurları için de geçerli olacağı belirtilmiştir.)

(3) Fiil, bir uluslararası silahlı çatışma bağlamında veya onunla ilişkili olarak gerçekleştirilmelidir.

(4) Fail, silahlı bir çatışmanın varlığını tesis eden maddi şartların bilincinde olmalıdır. (Türkçe tercüme Topal, s. 306, 307'den alınmıştır.)

²¹⁰ Ellis, s. 238.

²¹¹ Ellis, s. 236.

²¹² Ellis, s. 236.

layı silahlı çatışma hukukunun kurallarını ihlal ettiğini belirtmiştir.²¹³ Kunarac kararında da, cinsel suçlar ile savaş suçları kapsamında değerlendirilen kişinin onuruna yönelik kötü davranışlar arasında bağlantı kurulmuştur. Aleksovski kararında ise sebep olunan ıstırapın, kalıcı ve etkin olmasını, suçun bir unsuru olarak aramamıştır. Mahkemenin kararına göre; mağdurun iyileşmesi veya böyle bir eylemin sonuçlarının üstesinden gelmesinin, söz konusu eylemlerin kişinin onuruna yönelik ciddi eylemler olmadığı sonucuna götürmez. Aşağılama ve sebep olan ızdırap doğası gereği kısa sürelidir. Buna rağmen bunun etkin veya ciddi olmadığı söylenemez. Dolayısıyla eylemin sonuçlarının asgari süre ölçütüne bağlanması, suçun unsuru değildir.²¹⁴

c. Cinsel Kölelik Eylemi

Cinsel kölelik eylemi bağlamında insanlığa karşı suçlar bakımından yapmış olduğumuz açıklamalar, suçun tanımı için savaş suçu olarak cinsel kölelik eylemi için de geçerlidir. Suçun unsurlarına göz atıldığında,²¹⁵ savaş suçlarına ilişkin ortak hususlar hariç birbirine çok yakın olduğu görülmektedir.

²¹³ Prosecutor v. Furundzija, Case No. IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998, Judgment, paragraf.82; Janet Halley, "Rape in Berlin: Reconsidering the Criminalisation of Rape in the International Law of Armed Conflict", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 9, 2008, s. 84.

²¹⁴ Ellis, s. 238.

²¹⁵ Madde 8 (2) (b) (xxii)-2
Unsurular

(1) Fail, bir veya birden fazla kişi üzerinde mülkiyet hakkına bağlı yetkilerden herhangi birini veya tümünü satın alma, satma, kiralama veya takas etme gibi yollarla kullanmalı ya da bu kişi veya kişileri hürriyetinden yoksun bırakmalıdır. (Bu hükme ilişkin 53 numaralı dipnotta, söz konusu hürriyetten mahrumiyet halinin, bazı hallerde cebri çalışmayı mecbur tutmayı ya da 1956 Tarihli Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşme'de tanımlandığı üzere kişinin köle statüsüne düşürülmesini içerebileceği ifade edilmiştir. Bu unsurda tasvir edilen fiilin, aynı zamanda kadınlar ve çocuklar dâhil insan ticareti biçiminde anlaşılacağı belirtilmiştir.)

(2) Fail, bu kişi veya kişileri cinsel nitelikli eylem ya da eylemler içinde olma ya zorlanmalıdır.

(3) Fiil, bir uluslararası silahlı çatışma bağlamında veya onunla ilişkili olarak gerçekleştirilmelidir.

(4) Fail, silahlı bir çatışmanın varlığını tesis eden maddi şartların bilincinde olmalıdır. (Türkçe tercüme Topal, s. 307'den alınmıştır.)

d. Zorla Fuhşa Sevk Etme Eylemi

Zorla fuhşa sevk etmede fail veya failler, mağduru birtakım araçlarla zorlayarak cinsel nitelikli eylem veya eylemlerde bulunmaya mecbur kılmaktadır. Fail veya faillerin cinsel nitelikli eylemlere zorlama bakımından kullanacağı araçlar 1 numaralı unsurda gösterilmiştir. Söz konusu eylemlerin sonucunda maddi kazanç veya menfaat sağlanmalı veya en azından böyle bir maddi kazanç veya menfaat sağlama umudu olmalıdır. Savaş suçu olarak düzenlenen zorla fuhşa sevk etme eylemleri, insanlığa karşı suç olarak düzenlenen zorla fuhşa sevk etme eylemleri ile unsurları yönünden büyük benzerlikler göstermektedir.²¹⁶ Aralarındaki temel fark, savaş suçu olmasını belirleyen 3 ve 4. unsurlara yönelik farklı düzenlemelerdir.

e. Zorla Hamile Bırakma Eylemi

Zorla hamile bırakma eylemi unsurları açısından incelendiğinde, insanlığa karşı suç olarak düzenlenen zorla hamile bırakma eylemi ile aynı olduğu görülmektedir.²¹⁷ Burada fail, herhangi bir nüfusun etnik

²¹⁶ Madde 8 (2) (b) (xxii)-3
Unsurlar

(1) Fail, mağdur konumunda olan kişi veya kişilere ya da üçüncü kişilere yönelik zor kullanma veya zor kullanma tehdidi ya da şiddet korkusu, baskı, alıkoyma, psikolojik baskı veya sahip olunan yetkiyi kötüye kullanmaktan kaynaklanan güç ya da baskı tehdidiyle ya da zorlayıcı ortamdan veya söz konusu kişilerin gerçek anlamda kendi kararlarını verme imkânlarının olmayışından faydalanarak bu kişilerin cinsel nitelikli eylem veya eylemlerde bulunmasına sebep olmalıdır.

(2) Fail veya diğer bir şahıs, cinsel nitelikli eylemlerin karşılığında veya bu eylemlerle bağlantılı olarak maddi kazanç ya da başka bir menfaat sağlamış olmalı veya sağlamayı ummalıdır.

(3) Fiil, bir uluslararası silahlı çatışma bağlamında veya onunla ilişkili olarak gerçekleştirilmelidir.

(4) Fail, silahlı bir çatışmanın varlığını tesis eden maddi şartların bilincinde olmalıdır. (Türkçe tercüme Topal, s. 307'den alınmıştır.)

²¹⁷ Madde 8 (2) (b) (xxii)-4
Unsurlar

(1) Fail, herhangi bir nüfusun etnik yapısını etkilemek veya uluslararası hukukun diğer ağır ihlallerini gerçekleştirmek üzere, zorla gebe bırakılan bir veya daha fazla kadını alıkoymalıdır.

(2) Fiil, bir uluslararası silahlı çatışma bağlamında veya onunla ilişkili olarak gerçekleştirilmelidir.

(3) Fail, silahlı bir çatışmanın varlığını tesis eden maddi şartların bilincinde ol-

yapısını değiştirmek veya uluslararası hukukun diğer ihlallerini gerçekleştirmek saiki ile hareket etmek zorundadır. Söz konusu saik ile yapılan hareketin maddi unsuru zorla hamile bırakılan bir veya birden fazla kadının hürriyetinin kısıtlanmasıdır. İnsanlığa karşı suç başlığı altında yapılan açıklamalar, savaş suçu olarak düzenlenen zorla hamile bırakma eylemleri bakımından da geçerlidir.

f. Zorla Kısırlaştırma Eylemi

Zorla kısırlaştırma eylemi, failin bir veya birden fazla kişiyi biyolojik üreme yeteneğinden mahrum bırakması suretiyle gerçekleştirilen bir eylemdir.²¹⁸ Biyolojik üreme yeteneğinden mahrum bırakılma geçici surette olmamalıdır. Ayrıca kişinin cinsel ilişkide bulunma yeteneğinin de yok edilmesine gerek yoktur.

Zorla kısırlaştırma eylemine ilişkin suçun unsurlarına bakıldığında, insanlığa karşı suçlar altında düzenlenen zorla kısırlaştırma eylemleri ile aynı olduğu görülmektedir. Bu nedenle insanlığa karşı suç başlığı altında yapılan açıklamalar, savaş suçu olarak düzenlenen zorla kısırlaştırma eylemleri bakımından da geçerlidir.

g. Cinsel Şiddet Eylemleri

Statü'de yer alan bu düzenleme ile yukarıdaki başlıklar altında değerlendirilemeyen cinsel şiddet eylemleri de savaş suçu olarak düzen-

malıdır. (Türkçe tercüme Topal, s. 308'den alınmıştır.)

²¹⁸ Madde 8 (2) (b) (xxii)-5

Unsurlar

(1) Fail bir veya daha fazla kişiyi biyolojik üreme yeteneğinden mahrum bırakmalıdır. (Bu hükme ilişkin 54 numaralı dipnotta, uygulamada daimi etkiye sahip olmayan doğum kontrol yöntemlerinin madde kapsamında yer almadığı ifade edilmiştir.)

(2) Fiil, söz konusu kişi veya kişilerin tıbbi veya hastane tedavileriyle gerçekleştirilmemeli ya da gerçek rızaları dışında gerçekleştirilmelidir. (Bu hükme ilişkin 55 numaralı dipnotta, gerçek rızanın hile yoluyla elde edilen rızayı kapsadığı ifade edilmiştir.)

(3) Fiil, bir uluslararası silahlı çatışma bağlamında veya onunla ilişkili olarak gerçekleştirilmelidir.

(4) Fail, silahlı bir çatışmanın varlığını tesis eden maddi şartların bilincinde olmalıdır. (Türkçe tercüme Topal, s. 309'dan alınmıştır.)

lenmiştir. Bu kapsamda bu hüküm genel bir hükümdür ve cinsel şiddet eylemleri eğer özel bir düzenleme kapsamında değerlendirilebilecekse söz konusu özel düzenlemede yer alan suç oluşacaktır.

Eylemin, cinsel şiddet suçu bağlamında değerlendirilebilmesi için birtakım araçlar kullanılarak bir veya birden fazla kişiye yönelik cinsel nitelikli bir eylemde bulunulmalı veya bu kişilerin cinsel nitelikli eylemde bulunmasına sebep olmalıdır. Ayrıca söz konusu eylem, 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ağır bir ihlaliyle eşdeğer olmalıdır.²¹⁹

8. Sonuç

Kadına karşı cinsel şiddet suçları tarihsel açıdan incelendiğinde, öncelikle erkeğin onuruna karşı işlenen bir suç olarak kabul edilmiş ve savaşın olağan neticesi olarak algılanmıştır. Bununla birlikte, özellikle XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren silahlı çatışma hukuku, uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukuku kurallarının oluşmasıyla beraber kadına karşı cinsel şiddet eylemleri de daha fazla dikkat çekmiştir.

Kadına karşı cinsel şiddet eylemlerine karşı uluslararası toplumun tepkisinin oluşması özellikle Eski Yugoslavya ve Ruanda'da yaşanan olaylardan sonra olmuştur. Her iki olayda da kadına karşı şiddet eylemleri, savaş veya silahlı çatışmanın bir aracı olarak kullanılmış ve tüyler ürpertici boyutlara ulaşmıştır.

²¹⁹ Madde 8 (2) (b) (xxii)-6

Uysurlar

(1) Fail, zorla veya şiddet korkusu, zorlama, alıkoyma, psikolojik baskı ya da yetki suiistimali korkusundan kaynaklanan güç veya baskı tehdidiyle ya da zorlayıcı ortamdan veya gerçek anlamda kendi kararını verme imkânının olmayışından faydalanarak bir veya daha fazla kişiye yönelik cinsel nitelikli bir eylem gerçekleştirmeli ya da bu kişilerin cinsel nitelikli eylemde bulunmasına sebep olmalıdır.

(2) Fiil, 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır bir ihlaliyle karşılaştırılabilir bir ağırlıkta olmalıdır.

(3) Fail, ika ettiği fiilin ağırlığına sebep teşkil eden maddi şartların bilincinde olmalıdır.

(4) Fiil, bir uluslararası silahlı çatışma bağlamında veya onunla ilişkili olarak gerçekleştirilmelidir.

(5) Fail, silahlı bir çatışmanın varlığını tesis eden maddi şartların bilincinde olmalıdır. (Türkçe tercüme Topal, s. 310'dan alınmıştır.)

UCMY ve UCMR'nin oluşturulması ve yargılamalarına başlaması ile beraber kadına karşı cinsel şiddet eylemlerini içeriği yargısal içtihatlarla doldurulmuş ve bu alanda adeta hukuk inşa edilmiştir. UCMY ve UCMR deneyimleri, UCM Statüsü'nün oluşturulmasında uluslararası toplum açısından çok önemli bir yer tutmaktadır.

UCM Statüsü ile birlikte kadına karşı cinsel şiddet eylemlerinin detaylı bir düzenlemeye kavuşturulduğu görülmektedir. Daha önce uluslararası hukukta hiçbir metinde yer almayan cinsel şiddet eylemleri, UCM Statüsü'nde bağımsız olarak düzenlenmiştir. Ayrıca UCM Statüsü gerek insanlığa karşı suç olarak, gerekse de savaş suçu olarak tüm cinsel şiddet eylemlerini cezalandırmak için "torba hükümler" yaratmış ve bu anlamda uluslararası toplumun kadına karşı cinsel şiddet eylemlerine karşı hassasiyetini ortaya koymuştur.

KAYNAKLAR

- Acer, Yücel, "Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu Kavramının Temel Unsurları: Tanım Çalışmaları ve Yansımaları", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C. I, No. 3, 2005.
- Aksar, Yusuf, "The Transfer of Slobodan Milosevic to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (the ICTY) and the Turning Point in International Humanitarian Law", *AÜHFD*, C. 51, S. 2, 2001.
- Aksar, Yusuf, "Uluslararası Suçlar, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Yeni Türk Ceza Kanunu", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C. 1, S. 1, 2005.
- Aksar, Yusuf, *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul Hukuku*, Ankara 2003.
- Alibaba, Arzu, "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu", *AÜHFD*, C. 49, S. 1, 2000.
- Allen, Beverly, *Rape Warfare: The Hidden Genocide in Bosnia-Herzegovina and Croatia*, Minneapolis 1996.
- Alsan, Zeki Mesud, *Yeni Devletler Hukuku, Milletlerarası Camianın Düzenlenmesi*, C. II, Ankara 1951.
- Alsan, Zeki Mesut, "Bir 'Milletlerarası Ceza Divanı' Kurulmasile İlgili Fikirler ve Teşebbüsler", *AÜHFD*, C. 8, S. 3.

- Ambos, Kai / Wirth, Steffen, "The Current Law of Crimes Against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000", *Criminal Law Forum*, Vol. 13, No. 1, 2002.
- Arsanjani, Mahnoush H., "The Rome Statute of the International Criminal Court", *The American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 1, Jan. 99.
- Arslan, Esat, "1915 Yılı Olaylarının Soykırım Suçu ve İnsanlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından Değerlendirilmesi, Yeni Türk Ceza Yasası'nda Yapılan Hatalar", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt: 1, No. 4, 2005.
- Ashworth, Andrew, *Principles of Criminal Law, Fifth Edition*, Oxford University Press, New York 2006.
- Askin, Kelly D., "Prosecuting Wartime Rape and Other Gender-Related Crimes under International Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 21, 2003.
- Aslan, M. Yasin, "Savaş Hukukunun Temel Prensipleri", *TBBD*, S. 79, 2008.
- Aslan, M. Yasin, "Uluslararası Ceza Divanı ve Kişisel Ceza Sorumluluğu", *TBBD*, S. 73, 2007.
- Aslan, M. Yasin, "Uluslararası Ceza Divanı ve Türkiye'ye Etkileri", *AÜHFD*, C. 56, S. 4, 2007.
- Aslan, Muzaffer Yasin, *Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları*, Ankara 2006.
- Ateş Ekşi, Canan, *Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi*, Ankara 2004.
- Aydın, Devrim, "Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi", *AÜHFD*, C. 51, S. 4, 2002.
- Azarkan, Ezeli, "Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar", *AÜHFD*, C. 52, S.3, 2003.
- Barstow, A.L., *War's Dirty Secret: Rape, Prostitution, and Other Crimes Against Women*, Cleveland 2000.
- Bayılıoğlu, Uğur, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye", *AÜHFD*, C. 56, S. 1, 2007.
- Bayraktar, Köksal, "Soykırım Suçu", *Av.Dr.Şükrü Alpaslan Armağanı*, İstanbul 2007.
- Bennoune, Karina, "Do We Need International Law to Protect Women in Armed Conflict?", *Case W. Res.J.Int'l L.*, Vol. 38, 2006-2007.

- Brownmiller, Susan, *Against Our Will: Men, Women and Rape*, New York 1975.
- Card, Claudia, "The Paradox of Genocidal Rape Aimed at Enforced Pregnancy", *The Southern Journal of Philosophy*, Vol. 46.
- Carpenter, Charli, "Surfacing Children: Limitations of Genocidal Rape Discourse", *Human Rights Quarterly* 22, 2000.
- Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press 2003.
- Clark, Janine Natalya, "International War Crimes Tribunals and the Challenge of Outreach", *International Criminal Law Review* 9, 2009.
- Clark, Roger S., "Countering Transnational and International Crime: Defining the Agenda", *Hume Papers on Public Policy*, Vol.6, Issue: 1-2, 1998.
- Cole, Alison "Prosecutor v. Gacumbitsi: The New Definition for Prosecuting Rape Under International Law", *International Criminal Law Review* 8, 200.
- Çakmut, Özlem Yenerer, "Türk Ceza Yasası'nda Kısırlaştırma Suçu (TCK m. 101)", in: *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, C. 1, İstanbul 2008.
- Çınar, M. Fatih, *Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı*, Çanakkale 2004.
- Değirmenci, Olgun, "Uluslararası Ceza Hukukunda Komuta Sorumluluğu", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 3, S. 8, Aralık 2008.
- Değirmenci, Olgun, "Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (TCK m. 76)", *TBBD*, S. 70, Mayıs-Haziran 2007.
- Demirağ, Fahrettin, "Uluslararası Ceza Divanı Savaş Suçları-Saldırı Suçu Mevzuatımıza Göre Savaş Hali", *Uluslararası Ceza Divanı* (Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), İstanbul 2007.
- Dixon, Rosalind, "Rape as a Crime in International Humanitarian Law: Where to from Here?", *EJIL*, Vol. 13, No. 3, 2002.
- Ellis, Mark, "Breaking The Silence: Rape as an International Crime", *CASE W.RES.J.INT'L L.*, Vol. 38, 2006-2007.
- Engle, Karen, "Feminism and its (Dis) Contents: Criminalizing Wartime Rape in Bosnia and Herzegovina", *The American Journal of International Law*, Vol. 98, Oct 2005.
- Evlin, Jesse, "The Concept of Consent Under the Sexual Offences Act 2003", *The Journal of Criminal Law*, Vol. 72, 2008.

- Fichtelberg, Aaron, "Fair Trials and International Courts: A Critical Evaluation of the Nuremberg Legacy", *Criminal Justice Ethics*, Vol. 28, No.1, May 2009.
- Frulli, Micaela, "Are Crimes Against Humanity More Serious than War Crimes?", *European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 1, 2001.
- Gingerich, Tara / Leaning, Jennifer, "The Use of Rape as a Weapon of War in the Conflict in Darfur, Sudan", *Harvard School of Public Health*, October 2004.
- Haffajee, Rebecca L., "Prosecuting Crimes of Rape and Sexual Violence at the ICTR: The Application of Joint Criminal Enterprise Theory", *Harvard Journal of Law & Gender*, Vol.29, 202.
- Halatçı, Ülkü, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisini Kullanılabilmesinin Önkoşulları", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C. I, No. 3, 2005.
- Halley, Janet, "Rape in Berlin: Reconsidering the Criminalisation of Rape in the International Law of Armed Conflict", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 9, 2008.
- Hansen, Lene, "Gender, Nation, Rape: Bosnia and The Construction of Security", *International Feminist Journal of Politics*, Vol. 3, No. 1, April 2001.
- Henckaerts, Jean-Marie, "Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict", *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857, March 2005.
- Herring, Jonathan, *Criminal Law, Text, Cases and Materials*, Third Edition, Oxford University Press, New York 2008.
- <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp> (Erişim Tarihi: 22 Nisan 2010).
- <http://www.hrw.org/en/reports/2005/03/06/seeking-justice-0> (Erişim Tarihi: 22 Nisan 2010).
- http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9CAEE830-38CF-41D6-AB0B-68E5F9082543/0/Element_of_Crimes_English.pdf, (Erişim Tarihi: 23 Nisan 2010).
- Human Rights Watch, *Seeking Justice: The Prosecution of Sexual Violence in the Congo War*, March 2005, Vol.17, No.1(A), s.7.
- Human Rights Watch*, *Sexual Violence and Its Consequences Among Displaced Persons in Darfur and Chad*, 2005.

- Jauković, Jelena, "The Forms of Victimization in the Territory of the Former Yugoslavia", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 10, No. 2-3, 2002.
- Jones, Owen D., "Sex, Culture, and the Biology of Rape: Toward Explanation and Prevention", *California Law Review*, Vol.87, 1999.
- Karakehya, Hakan, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk", *AÜHFD*, C. 57, S. 2, 2008.
- Kılıç, Ali Şahin, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemeliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme", *AÜHFD*, C. 58, S. 3.
- Kirk, Jackie / Taylor, Suzanne, "Ending Violence Against Women and Girls in Conflict Contexts, Canadian Efforts and Experiences", *Canadian Woman Studies/Les Cahiers De La Femme*, Vol. 25, Numbers 1,2..
- Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 2. Baskı*, Ankara 2009.
- Köchler, Hans, *Küresel Adalet mi? Küresel İntikam mı?*, İstanbul 2005.
- Loveless, Janet, *Criminal Law, Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, New York 2008.
- Luban, David, "Response to Crimes Against Humanity Beyond Moral Minimalism", *Ethics & International Affairs*, Vol..20, No. 3, 2006.
- McDougall, Gay J., Comtemporary Forms of Slavery, Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery -Like Practices During Armed Conflict, United Nations Economic and Social Council, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 June 1998, parag.30. Rapora şu adresten ulaşabilirsiniz; www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf, (Erişim Tarihi: 06 Mayıs 2010).
- McHenry, James R., "The Prosecution of Rape Under International Law: Justice That is Long Overdue, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 35, 2002..
- Nuhoğlu, Ayşe, "Uluslararası Ceza Mahkemesi Tarafından Uygulanabilecek Yaptırımlar", *Uluslararası Ceza Dvkanı* (Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), İstanbul 2007.
- Odman, Tevfik, "Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı", *AÜHFD*, C. 45, S. 1-4, 1996.

- Oosterveld, Valerie, "The Special Court for Sierra Leone's Consideration of Gender-Based Violence: Contributing to Transitional Justice?", *Human Rights Rev*, Vol. 10, 2009.
- Ozansü, Mehmet Cemil, "Kısırlaştırma Suçu", in: *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, V. *Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu* 28 Şubat - 1 Mart 2008/ Dedeman-Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 142, Ankara 2008.
- Önok, Murat, *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Ankara 2003.
- Önok, R. Murat, "UCD'nin Görev Alanı ve Uygulanan Hukuk", *Uluslararası Ceza Divanı* (Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), İstanbul 2007.
- Özbek, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı*, C. 2, TCK İzmir Şerhi, Ankara 2008.
- Pardo, Pilar Villanueva Sainz, "Is Child Recruitment as a War Crime Part of Customary International Law?", *The International Journal of Human Rights*, Vol.12, No. 4, September 2008.
- Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, IV. Kitap, Ankara 2000.
- Philipose, Liz, "The Laws of War and Women's Human Rights", *Hypatia*, Vol., Vol. 11, No. 4, Fall 1996..
- Pompe, Cornelis Arnold, *Aggressive War An International Crime*, 's-Gravenhage Martinus Nijhoff 1953.
- Report on the Situation of Human Rights in Rwanda* submitted by Mr.René Dengi-Segui, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, paragraph 20 of the resolution S-3/1 of 25 May 1994, E/CN.4/19996/68, January 29, 1996.
- Richey, Katie C., "Several Steps Sideways: International Legal Developments Concerning War Rape and the Human Rights of Women", *Texas Journal of Women and the Law*, Vol. 17, No. 1, Fall 2007.
- Roberts, Adam / Guelff, Richard, *Documents on the Laws of War*, Third Edition, Oxford University Pres, 2002.
- Robinson, Darryl, "Defining 'Crimes Against Humanity' at the Rome Conference", *The American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 1, Jan 1999.
- Salzman, T., "Rape Camps, Forced Impregnation and Ethnic Cleaning", in: *War's Dirty Secret: Rape, Prostitution, and Other Crimes Against Women*, (edited by A.L.Barstow), Cleveland 2000.

- Schabas, William A., "The Crime of Torture and The International Criminal Tribunals", *Case W. Res. J. Int'l L.*, Vol. 37, 2006.
- Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Oxford University Press, 2002.
- Schiessl, Christoph, "An Element of Genocide: Rape, Total War, and International Law in the Twentieth Century", *Journal of Genocide Research*, Vol. 4, No. 2, 2002.
- Schneider, Mary Deutsch, "About Women, War and Darfur: The Continuing Quest for Gender Violence Justice", *North Dakota Law Review*, Vol.83, 2007.
- Schomburg, Wolfgang - Peterson, Ines, "Genuine Consent to Sexual Violence Under International Criminal Law", *The American Journal of International Law*, Vol. 101, 2007.
- Sivakumaran, Sandesh, "Sexual Violence Against Men in Armed Conflict", *The European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 2, 2007.
- Sunga, Lyal S., "The Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court (Part II, Articles 5-10)", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 6, No. 4, 1998.
- Takatori, Yoki, "America's War Crimes Trial? Commonwealth Leadership at the International Military Tribunal for the Far East, 1946-48", *The Journal of Imperial and Commonwealth History*, Vol. 35, No. 4, December 2007.
- Tamer, Diler, *Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteris Coercendis*, İstanbul 2007.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, R. Murat, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara 2009.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2008.
- Tezcan, Durmuş, "Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı*, 12-16 Ocak 2000.
- Toit, Louis edu, "The Contradictions of Consent in Rape Law", *South African Review of Sociology* 2008, Vol. 39, No. 1.
- Topal, Ahmet Hamdi, *Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar*, İstanbul 2009.
- Trabucchi, Eugenia, "Rape Warfare and International Humanitarian Law", *Human Architecture: Journal of the Sociology of Self-Knowledge*, Vol. 4, Fall 2008.

- Turhan, Faruk, "Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması", S. 3, Nisan 2005.
- Veysal, Çetin, *Savaşın Felsefesi*, İstanbul 2006.
- Wald, Patricia M. , "Punishment of War Crimes by International Tribunals", *Social Research*, Vol. 69, No. 4, Winter 2002.
- Watson, Alison M. S., "Child Born of Wartime Rape: Rights and Representations", *International Feminist Journal of Politics*, Vol. 9, No. 1, March 2007.
- Welton, Mark D., "International Law and Slavery", *Military Review*, January-February 2008.
- Wilson, Richard J., "Assigned Defense Counsel in Domestic and International War Crimes Tribunals: The Need for a Structural Approach", *International Criminal Law Review*, Vol. 2, 2002.
- www.hrw.org/reports/Rwanda.htm (Erişim Tarihi: 19 Nisan 2010).
- Yamaner, Melike Batur, *Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması*, İstanbul 2007.
- Yenidünya, Ahmet Caner, *İnsan Ticareti Suçu (TCK m. 80)*, Ankara 2007.
- Yenisey, Feridun, "Roma Statüsüne Göre Soruşturma Evresi ve Deliller", *Uluslararası Ceza Divanı* (Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), İstanbul 2007..

İLAC KULLANIMI SONUCUNDA DOĞAN ZARARLARDAN İLAC ÜRETİCİSİNİN, ECZACININ VE HEKİMİN SORUMLULUĞU

THE LIABILITY OF DRUG PRODUCER,
PHARMACIST AND PHYSICIAN IN HARMS CAUSED
BY DRUG USE

Mehmet DEMİR*

Özet: Hastanın ilaç kullanımı sonucu ortaya çıkan zararlarında dolayı sorumluluk değişik açılardan söz konusu olmaktadır. İlacın klinik araştırmalarından itibaren üretimi, piyasaya girmesi ve tüketimi süreçlerindeki hukuka aykırı eylemler nedeniyle, kamu hukuku (idari ve cezai sorumluluk) ve özel hukuka özgü (hukuksal sorumluluk) sorumluluk durumları ile karşılaşılabilir. Hukuksal sorumluluk altına girebilecek özneler sırasıyla, hasta, hastane, ilaç üreticisi, eczacı ve hekim yer almaktadır.

Makalede, hasta ve hastane dışında kalan ilaç üreticisi, eczacı ve hekim yönünden ilaç hukukundan kaynaklanabilecek sorumluluklar genel hatlarıyla incelenmiştir. Ayrıca, ilaçların üretimi, pazarlanması ve piyasaya sürülmesi süreçlerindeki hukuka aykırı eylemlere bağlanan idari ve cezai nitelikteki yaptırımlar üzerinde durulmamıştır.

İlaç hukukuna özgü hukuksal sorumluluk durumları, ilaç üretimi nedeniyle ilaç üreticisi firmanın yarattığı ve tipik ilaç üretimi riskine bağlı olarak ortaya çıkan istisnai bir sorumluluk türü olarak tehlikeye sorumluluğu üzerinde durulduktan sonra; eczacılar yönünden ilaç hukukuna özgü eczacılık mesleğini yürütmeleri çerçevesinde kusura dayanan ve dayanmayan sorumluluk durumları ele alınmıştır. Son olarak da hekimin ilaçla teşhis ve / veya tedavi sürecinde sergilediği ilaç kusuru nedeniyle hastasına verdiği zararlardan dolayı tazmin yükümlüsü olması hususunda genel nitelikte görülebilecek bazı önemli açıklamalar yapılmıştır.

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi ve Tıp Hukuku Derneği Yönetim Kurulu üyesi.

Anahtar Sözcükler: Hasta, ilaç hukuku, ilaç üretimi, ilaç endikasyonu, eczacılık kusuru, hekimin ilaç kusuru, sorumluluk ve tazminat.

Abstract: Being legally responsible from the damages occur in the event of medicine intake has different aspects. Status of responsibility that is peculiar to public law (e.g. Administrative Law, criminal law) and civil law (legal liability) might occur by virtue of illegal transactions made in the course of medicine production –as from the beginning of clinical researches-, presentation to the market and consumption phases. Actors that are subject to legal liability might respectively be patients, hospitals, medicine producers, pharmacies and medical doctors.

In this paper, legal liability that finds its origins in Medicine Law are examined briefly from the stand point of medicine producer, pharmacist and medicine doctor whom stay out of patient and hospital. In this respect, administrative and criminal sanctions that are cohered to illegal transactions made in the course of medicine production, marketing, presentation to the market phases were not mentioned within this paper.

After mentioning status of responsibility peculiar to Medicine Law and the risk liability which is an exceptional liability type that occurs depending upon medicine producer's typical medicine production risk; status of responsibility to fault based and strict liability were taken into consideration from the stand point of pharmacists. In conclusion, some crucial explanations, that is of general feature, about medicine doctor's indemnification for the damages occur on patient by virtue of medicine defect observed in the course of medical diagnosis and/or treatment phases were also discussed.

Keywords: Patient, medicine law, medicine production, medicine indication, pharmacy defect, medicine doctor's medicine defect, liability and compensation.

I. GENEL OLARAK

En başta klinik ilaç araştırmaları aşamasından başlamak üzere, ilacın üretilmesi, pazarlanması ve tüketilmesi süreçlerinde yaşanan bir dizi hukuksal sorun, sağlık ve tıp hukuku alanında her geçen gün giderek yaygınlaşıp, ciddi önem kazanmaktadır. İlaç sektöründe belirtilen bu süreçlerin izlenmesinde, hastaların ilaçla tedavilerine yönelik olarak üretilip, tüketimlerine sunulan ilaçlara bağlı ciddi bazı risklerin sıklıkla gerçekleşebilmesi olasılığı ve sonuçta, bireylerin ağır zararlara uğrayabilmesi durumları ile karşı karşıya kalınmaktadır.

Ulusal ilaç üretimimizin, uluslararası ilaç piyasasındaki buluş, tasarım ve üretim rakamları yönünden çok düşük düzeylerde kaldığı; ancak, ulusal ilaç tüketimi yönünden ise, dünyadaki toplam ilaç tüketimindeki payının oldukça yüksek oranda olduğu istatistikî araştırmalarla anlaşılmış bulunmaktadır.¹ Bu olgusal gerçek karşısında, ulusal ilaç araştırmaları ve üretimindeki bir dizi olumsuz durumlara (insan ve araç-gereç kaynaklarındaki nitel ve/veya nicel yetersizliklere) bağlı olarak da yaşanan yönetsel ve hukuksal sorunların öncelikle saptanıp, pozitif çözümlere gidilmesi gereği ortadadır.

İlaç uygulamaları alanında yakın geçmişte yaşanan durum ve olaylar da göstermektedir ki, ilaç kullanımı sonucunda ortaya çıkan olumsuz sonuçlar nedeniyle, analitik çözümler içeren hukuksal ve kurumsal düzenlemelere (örneğin, ilk olarak, temel nitelikli bir ilaç yasasının düzenlenmesi ve ulusal ilaç kurumunun kurulması gibi) gidilmesi artık zorunlu bir hal almıştır.

Bu noktada, ilaç hukukunun, ilaç sektörünün değişik aşamalarında karşılaşılan sorunların giderilmesinde önemli işlevleri yerine getirdiği ya da getireceği kabul edilmektedir. İlaç hukukuna özgü olarak kabul edilen temel, çok yönlü ve birbiriyle sıkı etkileşimleri olan hukuksal işlevleri, aşağıdaki gibi ana başlıklar halinde sıralamak mümkündür:²

¹ Dünya ilaç piyasasının yaklaşık 550 milyar dolar civarında olduğu, bu tutarın yaklaşık 6 milyar doları kadarının Türkiye'nin payına düştüğü ve dolayısıyla küresel çaptaki ilaç pazarındaki ulusal tüketim payının %1.1; oysa ki, toplam 60 milyar dolarlık dünya ilaç araştırma bütçesi içerisinde ise, Türkiye'nin 30 milyon dolarlık payı ile dünya ilaç araştırmalarına ayrılan parasal kaynaklardan ulusal payımızın son derece düşük (% 0,5 düzeyinde) kaldığı geçmiş yıllarda yapılan istatistiklerle ortaya çıkmıştır. Ayrıca, ilaç araştırmaları yönünden de Dünya ilaç pazarının 700 milyar dolar; Türkiye'nin ilaç pazarının ise, ancak 7,5 milyar dolar olduğu; 2007 yılında, Dünya'daki klinik ilaç geliştirme çalışmaları için 60 milyar, Türkiye'de ise 25 milyon dolar harcama yapıldığı bilinmektedir. Bu konularda bkz. Tokaç, Mahmut, *Türk İlaç Mevzuatı ve Sağlık Bakanlığının Vizyonu*, Sempozyum No:2, İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Haydarpaşa Kampusu 01/06/07, İstanbul Eylül 2007, s. 43; Alpan, Serdar, *Türkiye'de Klinik İlaç Araştırmaları ve Yasal Alt Yapısı*, T.C. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Tıp Fakültesi-Eczacılık Fakültesi, İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, *Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu*, 8 Ekim 2008, Yayına Hazırlayanlar: Prof. Dr. Yener Ünver / Yard. Doç. Dr. Ali Kemal Yıldız / Arş. Gör. Onur Özcan, İstanbul 2008, s. 79 vd.

² Daha geniş olarak bkz. Deutsch, Erwin / Spickhoff, Andreas, *Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelsrecht, Medizinprodukte-recht und Transfusionsrecht*, Fünfte, neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin-Heidelberg 2003, s. 529 vd.

- Geniş halk kesimlerine yönelik olarak ilaç üretimi ve temini;
- Yeni ilaçların geliştirilmesinin desteklenmesi;
- Yeni hastalıkların ilaçlarla mücadelesinde izlenecek tüm süreçlerin belirlenmesi;
- İlaçlarda patentlerin korunması;
- Kombine (karma) ilaçlar yerine, tek yapıllı ilaç üretimine gidilebilmesi;
- Hastalar yönünden ilaçta açıklığın (saydamlık) sağlanması;
- İlaçların uygun bedellerle temin edilebilmesi;
- İlaç araştırmaları ve üretiminde, çoğulcu ve katılımcı uygulamaların yapılması;
- Yasal yetkiler çerçevesinde, ilaç kullanımının teşviki ve kolaylaştırılması;
- İlaç sektörünün yönetsel ve hukuksal kurallarla düzenlenip, denetlenmesi.

Öte yandan, ilaç hukukunun genel bir tarihçesine bakıldığında, ulusal ilaç mevzuatlarında kapsamlı hukuksal ve yönetsel düzenlemelerin yapılması bağlamında, pek de fazla geriye doğru gidilemediği görülmektedir. Örneğin, Almanya’da 1961 yılına kadar ilaç hukukunu düzenleyen geniş kapsamlı bir yasanın çıkartılmamış olduğu; ancak, 1961 tarihli ilaç yasası³ ile birlikte, ilaç üretiminde gerekli yasal koşullar başta olmak üzere, ilaç ruhsatları, tescil yükümlülüğü ve denetim konularında özel bir takım yasal kurallar konulduğu bilinmektedir.

Ülkemizde ise, oldukça eski tarihli olan 1262 sayılı İspençiyarî ve Tıbbî Müstahzarlar Kanunu⁴ çıkarılmış olup; bu Kanun’da *ispençiyarî preparat* anlamına gelen ilaçların üretimi, ruhsatlandırılması ve satışı ile ilgili özel bir takım kurallara yer verilmiştir. Ayrıca, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu⁵ –ruhsatı veya izni alınmış olsa bile ilaç

³ Almanya’da, ulusal ilaç piyasasını düzenlemeye yönelik olarak çıkartılmış bulunan, 16.5.1961 tarihli bu özel yasa (AMG: *Arzneimittelgesetz*) metni için bkz. *Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln* (1961), BGBl. 1961 I 533.

⁴ *Resmî Gazete*, tarih – sayı: 26.5.1928 – 898.

⁵ *Resmî Gazete*, tarih – sayı: 15.5.1987 – 19461.

ve terkiplerin bilimsel araştırma amacıyla Sağlık Bakanlığı ve ilgili kişinin rızası olmadan kullanılamayacağı (m. 3 / bend k) gibi-; 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun⁶ -örneğin, ilaç tüketiminin her aşamasında Bakanlığın kontrol ve denetleme yetkisi (m. 2/d) gibi- ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁷ de⁷ önemli yasal kurallar bulunmaktadır. Belirtilen bu yasal düzenlemeler dışında, Beşerî Tıbbî Ürünlerin Sınıflandırılmasına Dair Yönetmelik (RG, 17.02.2005 tarih - 25730 sayı); Beşerî Tıbbî Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği (RG, 19.01.2005 tarih - 25705 sayı); Beşerî Tıbbî Ürünler Ambalaj ve Etiketleme Yönetmeliği (RG, 12.08.2005 tarih - 25904 sayı); Beşerî Tıbbî Ürünler İmalathaneleri Yönetmeliği (RG, 23.10.2003 tarih - 25268 sayı); Beşerî, İspençiyarî ve Tıbbî Müstahzarların Tıbbî Tanıtım Yönetmeliği (RG, 7.9.1990 tarih-20628 sayı); Farmasötik Müstahzarların Biyoyararlanım ve Biyo-eşdeğerliğinin Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik (RG, 27.05.1994 tarih - 21942 sayı); Radyofarmasötik Yönetmeliği (RG, 23.12.1993 tarih - 21797 sayı); Eczaneler ve Eczane Hizmetleri Hakkında Yönetmelik (RG, 13.10.1992 tarih - 21374 sayı); Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulmuş Ürünler Hakkında Yönetmelik, (RG, 20.10.1999 tarih - 23852 sayı); Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik (RG, 23.12.2008 tarih - 27089 sayı) gibi ilaç ve ecza hukukunu düzenlemeye yönelik olarak çıkartılmış bulunan hukuksal ve yönetsel nitelikli pek çok düzenleyici yönetsel işlem ve özel uygulama kılavuzları bulunmaktadır.⁸

Bu bağlamda, ilaç hukukuna özgü sorumluluklar ve özellikle tazminat hukuku sorunlarının İlaç Hukukunda Sorumluluk üst başlığı altında ele alınıp, incelenmesi mümkündür. İlaç hukukuna özgü sorumluluk durumları ise, idare, ceza ve medenî (özel) hukuk bakımlarından söz konusu olabilir. İlaç hukukunda cezaî sorumluluk, genel olarak ilaç sektörünü ilgilendiren özel suç tipleri anlamında ele alınmakta ve daha çok, taklit-sahte ilaç üretimi ve satımı noktasında Türk Ceza Kanunu'nda, bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçu (m. 186) ve kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak bi-

⁶ *Resmî Gazete*, tarih - sayı: 27.5.1983 - 18059.

⁷ *Resmî Gazete*, tarih - sayı: 14.12.1983 - 18251.

⁸ Türk ilaç ve eczacı(lık) hukukunun pozitif kaynakları ile ilgili olarak, resmî internet web sitelerine için bkz. <http://www.saglik.gov.tr> ve <http://www.saglik-info.com/index.php?p=453&l=&t=9>. (08.09.2009)

çimde ilaç yapma veya satma suçu (m. 187) biçiminde bir ceza normu içeren maddelerle düzenlenmektedir.⁹ Ayrıca, ilaç ve ecza sektörünün denetleyici organları olarak üst meslek kuruluşu (Eczacılar Birliği) ve devlet (TC Sağlık Bakanlığı) ilgili mevzuat hükümlerinden kaynaklanan resmi yetkileri çerçevesinde etik, disiplin ve yönetsel sorumluluk konuları gündeme gelmektedir. Yönetsel düzenlemeler çerçevesinde, özellikle de ilaçların ithal ve ihracı, üretim, dağıtım, ruhsatlandırma, izin ve fiyatlandırma ile tüketimine özgü yönetsel sorumluluk düzenini belirleyen kurallara aykırılıklar¹⁰ ilgili sorumluluk davaları ise, yönetsel yargıda çözümlenmektedir. Bu nedenle, ilaç hukukuna özgü disiplin, ceza ve yönetim hukuku sorumlulukları ayrı birer incelemenin konusunu oluşturmaktadır.

Bu çalışmada, '*ilaç hukukuna özgü hukuksal sorumluluk*' ile ilgili özel bazı durumlar üzerinde durulacak; esasen, sorumlulukların belirlenmesi ve sınırlandırılmasında, sorumluluk hukukuna ilişkin temel yaklaşımlar da göz önünde tutulacaktır. Bu arada belirtmek gerekir ki, ilaç kullanımı sonucunda ortaya çıkan zararlardan kaynaklanan hukuksal sorumluluk (tazmin yükümlülüğü) konusu ile ilgili olarak, aşağıda sırasıyla; önce, terminolojik çerçeveye giren önemli bazı temel kavramlar üzerinde durulmakta ve daha sonra da, sadece ilaç üreticisi, eczacı ve hekim yönünden hukuksal sorumluluklar alt başlıklar altında ayrı ayrı ele alınıp, genel hatlarıyla açıklanmaya çalışılmaktadır. İlaç kullanımına bağlı olarak oluşan zararlardan dolayı hukuksal sorumluluğun özneleri arasında, hasta ve hastaneler de yer almakta; ancak, bu iki öznenin ilaç kullanıma özgü hukuksal sorumluluğu ayrı bir incelemenin konusunu oluşturmaktadır.

⁹ 5237 sayılı yeni TCK ile 765 sayılı eski TCK hükümleriyle karşılaştırmalı olarak ilaç hukukumuzda özgü suçlar ve cezaî sorumluluk konusunda daha geniş bilgi için bkz. Çakmut, Özlem Yenerer, Taklit - Sahte İlaç Kavramı ve Türk Ceza Yasası'nda İlaç Sektörünü İlgilendiren Suçlar, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Özel Sayı - 2, 1 Haziran 2007, İstanbul, s. 126 vd.

¹⁰ Deutsch / Spickhoff, Rdnr. 1148-1151, 714 -715.

II. GENEL OLARAK ÜRÜN SORUMLULUĞU VE İLAÇ HUKUKU İLE İLGİLİ TEMEL BAZI KAVRAMLAR

A. GENEL OLARAK ÜRÜN SORUMLULUĞU

1. Ürün ve Üretici Kavramları ile Üretim Ayıbı - Üretim Riski Ayrımı

a. Ürün ve Üretici Kavramları

Üretici ve ürün kavramları arasındaki sıkı anlamsal ilişki, yapılacak hukuksal tanımlama ve nitelendirmelere de aynen yansıtılmaktadır. Bu nedenle, bu iki kavramın çoğu kez birbiri yerine kullanılabilmesi de mümkün olabilmektedir. Ancak, ürün ve üretici kavramlarının içeriğinin belirlenmesinde, üretimin kimin tarafından gerçekleştirildiğine; ürünün hangi endüstri sektöründe üretildiği veya endüstriyel bir üretime dayanıp dayanmadığı; seri üretime konu yapıp yapılmadığına ya da taşınır eşya niteliğinde olup olmadığına bakılmaz.¹¹

Pozitif hukuk metinlerinde geniş anlamda ve kapsamda ele alınan ürün kavramından anlaşılması gereken, işletmesel bir üretimin konusu olan hizmet edimlerini de dahil olmak üzere, her türlü taşınır mal (elektrik, hayvansal ve tarımsal üretimler, ilaçlar), konut ve tatil amaçlı taşınmazlar ile maddi bir malda cisimlenmiş olsun olmasın gayrî maddî (maddi olmayan) mallardan ibaret, mali ve ekonomik değer taşıyan her türlü şeylerdir.

Özel ve teknik bir anlamı olan tıbbî ürünler ifadesinden ise, canlılar üzerindeki hastalıkların tedavi edilmesine veya önlenmesine yönelik herhangi bir madde veya maddeler kombinasyonu anlaşılmaktadır. Bu anlamda olmak üzere, insan, bitki veya hayvan hastalıklarında tıbbi teşhis veya özellikle insanların fizyolojik fonksiyonlarının geri kazandırılması, düzeltilmesi veya değiştirilmesi amacıyla kullanılan herhangi bir madde veya maddeler kombinasyonu da tıbbî ürün olarak kabul edilmektedir.¹² Bu bağlamda olmak üzere, aşağıda, tıbbî

¹¹ Bu anlamda, ürün kavramının kapsamına hizmet edimlerinin dahi sokulabilmesi olanağı bulunmaktadır. Bu konuda bkz. ve krş. Havutçu, Ayşe, *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu*, Ankara 2005, s. 122-123; Kırca, Çiğdem, *Ürün Sorumluluğu*, Ankara 2007, s. 183-185.

¹² Bkz. ve krş. Avrupa Birliği'nde ilaç hukukunun genel çerçevesini düzenlemeye yö-

ürünlerden sadece insana özgü hastalıkların önlenmesi, teşhisi ve/veya tedavisini yapmak; bir fizyolojik fonksiyonunu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal / sentetik kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonunu ifade eden 'Beşeri Tıbbî Ürünler (İlaçlar)' ile sınırlı olarak ilaç üreticisinin, eczacının ve hekimin hukuksal sorumluluğu üzerinde durulacaktır.

Üretici kavramı ise, yukarıda tanımı verilen mal ya da hizmetleri bir üretim etkinliği sonucunda ortaya çıkaranları (gerçek üretici sıfatını haiz olan asıl ürün, ara mal veya hammadde üreticilerini) ya da ürün üzerinde kendi ayırt edici işaretini, ticari markasını veya unvanını koyarak satışa sunanları ifade etmektedir. Üretici ifadesi yerine, imalatçı veya yapımçı terimleri de kullanılmakla birlikte, anlatılmak istenen ürünlerin neden olduğu zararlardan sorumlu öznedir. Üreticinin sorumluluğu ise, üreticinin üründeki bozuklukların kişilerin bütünlük değerleri üzerinde yarattığı üretime bağlı riskleri üstelenmesi anlamına gelmektedir.¹³

b. Üretim Ayıbı - Üretim Riski Ayrımı

Üretim aşamasında karşılaşılabilecek olan ayıp ve risk durumları arasında üstlenilecek sorumluluğun türü ve niteliği bakımından önemli bir fark söz konusudur. Zira ayıplı mal (hatalı ürün) üretimine bağlı olarak ortaya çıkan zararlardan sorumlulukta, üreticinin sorumluluğu kurtuluş kanıtı getirilemeyen türden bir olağan sebep sorumluluğu söz konusu iken; üretim riskinde, ürün güvenliğini ilgilendiren ve taşıdığı tipik tehlikeli olgular nedeniyle ortaya çıkabilecek zararların tüketicilerin bedensel ve ruhsal sağlıkları ile çevre (halk) sağlığını ciddi ve ağır olması tehlike sorumluluğunu kabul edilmesini gerektirir. Bu nedenle, üreticinin güvenli olmayan (tehlikeli) ürünlerden dolayı sorumluluğunda, güvenli ürünün belirlenmesinde, o tür-

nelik olmak üzere, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nce çıkartılan 6 Kasım 2001 tarihli ve 2001 / 83 sayılı Yönergesi (*Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the Council : ABl. L. 311, 67*)

¹³ Üretim sorumluluğu ile ilgili temel kavramlar ve terminoloji için bkz. Havutçu, a. g. e., s. 21-24.

den ürünlere ilişkin standart veya teknik düzenlemelerde gösterilen objektif ölçütlere göre tipik tehlikeli olgular somutlaştırılacaktır.¹⁴

2. Ayıplı Mal (Hatalı Ürün) Kavramları / Güvenli Ürün-Güvenli Olmayan Ürün Ayırımı

b. Ayıplı Mal (Hatalı Ürün) Kavramı

Tüketicinin korunması ve aydınlatılması bakımından, ayıp mal kavramının yasal tanımı 4822 sayılı Kanun ile değişik 4077 sayılı TKHK'da yapılmıştır. Buna göre, söz konusu Kanun'un 4. maddesinde '*Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilanlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar, ...*' ayıplı mal olarak tanımlanmıştır. Keza, piyasaya sürülen malın güvenli olmasının temel alınması noktasında Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik'te de ayıp kavramı ile ilgili olarak şu biçimde bir hükme yer verilmiştir: "*Malın piyasaya sunum tarzı, makul kullanım şekli ve piyasaya sürüldüğü an ve benzeri diğer hususlar göz önüne alınarak, bir kimsenin o maldan haklı olarak bekleyebileceği güvenliği sağlama-yan mal ayıplı sayılır.*"

Bu pozitif hukuk düzenlemelerindeki tanımlamalardan da anlaşıl-dığı üzere, ayıplı mal kavramı, esasen güvenli olmayan ürün ifadesine oranla daha farklı bir anlam ve içerik taşımaktadır.¹⁵ Zira ürün güven-liğinden dolayı üreticinin tehlike sorumluluğu, güvenli olmayan, yani

¹⁴ Bu yönde bkz. Havutçu, *a. g. e.*, s. 125-126.

¹⁵ Öte yandan, doktrinde, yasadaki ayıplı mal tanımlamasının geniş anlamli olduğu noktasından hareketle, bildirilen nitelikleri ya da niteliği etkileyen nicelik eksiklikleri ile birlikte güvenli olmayan ürünleri de kapsadığı görüşü bulunmaktadır. Bunun için bkz. Kırca, *a. g. e.*, s. 80-81; Havutçu, *a. g. e.*, s. 31. Buna karşılık, görüşümüze göre ise, kusura dayanmayan sözleşme dışı sorumluluk hukuku bakımından, üreticinin olağan sebep sorumluluğuna neden olan ayıplı mal kavramı, yasal temelde tipik tehlikeli olgu olarak kabul edildiği ve üretim risklerinden kaynaklan-dığı için, esasen daha teknik bir anlamı bulunan tehlikeli ürün kavramını kapsa-mamaktadır.

tehlikeli ürünlerden kaynaklandığı halde; ayıplı maldan dolayı satıcının ve dolayısıyla üreticinin üretim ayıbından kaynaklanan zararlarından dolayı olağan sebep sorumluluğu söz konusudur.

Üreticinin sorumluluğuna dayanak oluşturan hukuksal olguları, sadece ayıp ve ayıplı mal kavramı ile sınırlandırmaksızın, geleneksel ve modern hukuk yaklaşımlar da göz önünde tutulmak suretiyle, tamamen bir objektif ölçüt olan “Güvenli Ürün” temeline dayandırmak da mümkündür.¹⁶ Ancak, üretim riskleri analizi çerçevesinde öyle bazı tipik tehlikeli olgular söz konusu olabilir ki, bunlar, sonuçta kamu (halk, çevre) sağlığı bakımından çok ağır ve ciddi olumsuz sonuçlar yaratabilecek niteliktedir. Özellikle de, her türlü gıda ve ilaç üretimine özgü risklere bağlı zararların ortaya çıkabilme olasılığı ve büyüklüğü karşısında tehlikeli (güvenli olmayan) ürün kavramının temel alınması zorunluluk göstermektedir.

b. Güvenli Ürün / Güvenli Olmayan (Tehlikeli) Ürün Ayırımı

Avrupa Birliği'nin Genel Ürün Güvenliği Yönergesi'ndeki¹⁷ özel kurallar göz önünde tutulduğunda, güvenlik riski içeren tehlikeli ürünler nedeniyle hukuksal sorumluluğun güvenli ürün / güvenli olmayan ürün ayırımına bağlı olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Oysaki üreticinin, sürüm kanalında yer alan diğer müteselsil sorumlularla birlikte ayıplı maldan doğan sorumluluğu, ayıplı mal kavramına dayanılmaktadır¹⁸. Bu durumda, ayıplı ürün kavramının dışın-

¹⁶ Havutçu, *a. g. e.*, s. 31-33.

¹⁷ 03.12.2001 tarih ve 2001 / 95 sayılı Genel Ürün Güvenliği Yönergesi metni için bkz. ATRG, 15.1.2002, L 11, S. 4). Bu Yönerge, Türk pozitif hukukuna, 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun ile aktarılmıştır. (Bu özel yasa için bkz. RG, 11.7.2001 tarih - 24459 sayı). Yönergenin gerekçesi, konusu, amacı ve uygulanma alanı ile pozitif hukukumuzla karşılaştırması hakkında geniş bilgi için bkz. Demir, Mehmet, Genel Ürün Güvenliğine İlişkin 2001/95 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ve Ülkemizdeki Pozitif Hukuk Düzenlemeleri, *Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan*, Ankara 2008, s. 263 vd.

¹⁸ Üreticinin sorumluluğuna ilişkin 85/374 AET sayılı AB Yönergesi'nin (ATRG, 7.8.1985, L 210, 29-33), “Bir ürünün üreticisi, bu ürünlerdeki ayıbın neden olduğu zarardan sorumludur.” (m. 1) hükmü ile ‘Ayıplı Mal’ başlıklı TKHK (m. 4), 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun

da ele alınan ve tehlike sorumluluğu bakımından esaslı bir önem taşıyan güvenli ürün - tehlikeli ürün ayrımı üzerinde 'Genel Ürün Güvenliği Yönergesi hükümleri bağlamında göz önünde tutmak gerekir.¹⁹ Zira 2001/95 sayılı bu Yönerge'de, özellikle "Ayıplı Mal" kavramı yerine, genel ürün güvenliği bağlamında olmak üzere, "Güvenli Ürün - Tehlikeli Ürün" kavramları temel alınmak suretiyle; sorumluluk doğuran tipik tehlikeli olgular özel olarak belirlenmiş ve bu olgulardan kaynaklanan zararları tazmin yükümlülüğünün koşulları ile de ilgili olarak, önleyici ve düzenleyici nitelikte önemli kurallara yer verilmiştir. Bu Yönerge'ye göre:

"Güvenli Ürün": Normal ya da makûl ölçüler içerisinde, ürünün kullanım süresine ve gerektiğinde işletilmesine, tesisine (kurulumuna) ve bakımına ilişkin koşulları da kapsamak üzere, önceden öngörülebilir bir kullanım biçimi söz konusu olduğu takdirde, hiç ya da çok az bir ölçüde bu ürünün kullanımı ile bağdaşabilen ve özellikle de aşğıdaki durumlar bakımından, kişilerin sağlık ve güvenliği için yüksek bir korunma düzeyini sağlayacak içerikteki ürünlerdir:

a. Ürünün özellikleri, ezcümle bileşimi ve paketlenmesi ile monte edilmesine ilişkin koşullar ile gerektiğinde kurulum ve bakımını;

b. Başka ürünlerle ortaklaşa (bir arada) kullanımı halinde, makûl bir biçimde önceden öngörülebilir olduğu ölçüde, diğer ürünler üzerindeki etkisi;

c. Ürününün dış görünüşü (dekoru), paketlenmesi, etiketlenmesi ve gerektirdiği ölçüde uyarıların yazılması ile kullanma kılavuzu, tasfiyesine yönelik talimatlara yer verilmesi ve ürüne ilişkin gerekli diğer tüm bilgiler ya da bilgilendirici işlemlerin neler olduğu;

(m.5/5) ile Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik (m. 6-7) hükümleri birlikte değerlendirilerek, ayıp kavramının 'sözleşmeden beklenen niteliklerin sağlanmamasını' değil de 'haklı ve beklenen güvenliğin sağlanmaması' olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.

¹⁹ Genel Ürün Güvenliği Yönergesi'ne paralel bir biçimde, 4703 sayılı Kanun'da (m.5/5), güvenli ürünün "... bileşimi, ambalajlanması, montaj ve bakımına ilişkin talimatlar da dahil olmak üzere özellikleri; başka ürünlerle birlikte kullanılması öngörülüyorsa bu ürünlere yapacağı etkiler; piyasaya arzı, etiketlenmesi, kullanımı ve bertaraf edilmesi ile ilgili talimatlar ve üretici tarafından sağlanacak diğer bilgiler ve ürünü kullanabilecek risk altındaki tüketici grupları açısından değerlendirildiğinde, temel gerekler bakımından azami ölçüde koruma sağlanması..." gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır.

d. Öncelikle, çocuk ve yaşlılar gibi, ürünün kullanımında risk altındaki hedef tüketici grupları.

Ürünün, soyut anlamıyla salt belli ölçüde bir yüksek güvenlik düzeyine ulaşmış olması ya da düşük tehlike kaynağı yaratan diğer (yan) ürünleri de içermeye olanağı ve olasılığı taşıması, o ürünün tehlikeli görülebilmesi için yeterli bir neden değildir.

“Tehlikeli ürün”: Yukarıda b) bendi hükmünde yapılan güvenli ürün tanımlamasına uygun düşmeyen her türlü ürün tehlikeli ürün olarak kabul edilir.

“Ciddî tehlike”: Her ne kadar ürünün üzerinde doğrudan bir etkisi olmasa da, resmî birimlerin derhal (acil) müdahalesini gerektirecek derecede önemli ve kayda değer risklerdir.

3. Ürün Sorumluluğunun Esası, Hukuksal Niteliği ve Koşulları

Sorumluluk hukuku bakımından ürün sorumluluğu ifadesinden, genel olarak, üreticinin, üretim ayıbı ve /veya risklerine bağlı olarak gerçekleşen olumsuz sonuçlardan, kusurlu davranışta bulunmasa dahi sorumlu tutulabilmesi anlaşılmaktadır. Bu anlamda olmak üzere, üreticiler, ürettikleri ürünün ayıplı ya da güvenli olmadığını bilmese-ler ve ürünün ayıpsız ve güvenli üretiminde gerekli tüm önlemleri almış ve hatta denetim kusuru göstermemiş olsalar bile, sözleşme dışı sorumluluk esaslarına göre hukuksal sorumluluk altında kalabilirler.²⁰ Dolayısıyla, sorumluluğun süjesi (öznesi), söz konusu ürünün üretiminden ekonomik yararlar elde etmek ve güvenli ürün üretip, piyasada dolaşımını sağlamak amacıyla yaptığı masrafları fiyat endekslerine yansıtılma olanağına sahip olan her bir gerçek veya tüzel kişi sorumlu üretici konumunda kabul edilmektedir. Ürün sorumluluğunda asıl sorumlu kişi, üretimi gerçekleştiren ürünün asıl üreticisi olmakla birlikte; gerçekte ürünün üreticisi olmadığı halde, ürünün tanıtıcı işa-

²⁰ Karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukunda, ürün sorumluluğunun hukuksal niteliği konusundaki görüşlerin açıklanması ve eleştirisi için bkz. Kırca, *a. g. e.*, s. 116 vd. ile s. 121-124.

retlerinde kendisini üretici gibi göstermiş olanlar da üretici sayılıp, sorumlu tutulabilmektedir.²¹

Ürün sorumluluğunda, üreticinin hukuksal sorumluluğunu kuran temel olgu, üretici tarafından haklı güvenlik beklentilerini karşılamayacak bir biçimde ayıplı ya da güvenli olmayan (tehlikeli) ürünlerin üretilip, piyasaya sürülmüş olmasıdır. Bu bağlamda, ayıplı ya da güvenli olmayan ürünlerin, zararlı sonuç doğurmuş olması değil de salt piyasaya sürülmüş olması dahi sorumluluğun doğması için yeterli görülmektedir.²² Görüşümüze göre ise, bu konuda üreticinin ürün sorumluluğunu iki bakımdan ele alıp, değerlendirmek gerekir: Birinci durumda, üreticinin sorumluluğu ürettiği ayıplı ürün nedeniyle kuruluş kanıtı getirilemeyen olağan sebep sorumluluğu; ikinci durumda ise, yukarıda ayıplı mal (hatalı ürün) / güvenli olmayan ürün ayrımına paralel bir yaklaşımla, ürün güvenliğine özgü tipik tehlikeli olgu olarak kabul edilen üretim risklerinin kamu sağlığı ve güvenliği açısından ciddi (ağır) olumsuz etkilere yol açabilmesi durumu nedeniyle tehlike sorumluluğundan söz edilmektedir.²³

²¹ Bu noktada, TKHK (m. 3/1 bendi) , Avrupa Birliği Ürün Sorumluluğu Yönergesi'ndeki düzenlemeden (m. 3) farklı bir kural getirmiş ve '*kendisini üretici imiş gibi gösteren*' ifadesine yer vermeyerek; hiçbir aşamada üretim etkinliğinde bulunmayan (ve dolayısıyla, asıl ürün, ara mal veya hammadde üreticisi gibi bir sıfatı da haiz olmayan) kişilerin de hukuken üretici olarak kabul edilebilmesi durumu yaratılmıştır. Bkz. ve krş. Kırca, *a. g. e.*, s. 215-217, 258.

²² Havutçu, *a. g. e.*, s. 31-33; Kırca, *a. g. e.*, s. 130 vd. ile haklı güvenlik beklentilerinin belirleyen ölçütler (ürünün sunumu; kullanım tarzı ve piyasaya sürülme zamanı) ve unsurlar (teknik düzenleme veya standartlara uyma; ürünün fiyatı; masraf-yarar dengesi ve ürün takibi gibi) konusunda bkz. S. 134 vd. Aynı şekilde, ilaç üreticisinin de ilaç üretiminden kaynaklanan zararlardan dolayı tehlike sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için, hastanın kullanımına (tüketimine) hazır bulundurmak amacıyla piyasaya sürülmüş olması gerekli ve yeterlidir. Bu yönde bkz. Quaas, Michael / Zuck, Rüdiger, *Medizinrecht, -Öffentliches Medizinrecht-Pflegeversicherungsrecht-Arzt haftpflichtrecht-Atzt strafrecht, 2.*, vollständig neu bearbeitete Auflage, München 2008, § 58, Rdn. 1, 816.

²³ Doktrinde, üreticinin sorumluluğu sorununun, tehlike sorumluluğu esas göz önünde tutularak ya da kusur sorumluluğu ile tehlike sorumluluğunun birlikte uygulanması yoluyla çözümlenmesine ilişkin önerilerin hukuksal dayanakları ve özellikle de haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen BK m. 41 gibi genel - temel bir tehlike sorumluluğu normu getirilmek suretiyle mevcut güçlüklerin ve yetersizliklerin çözümlenebileceği görüşü için bkz. Öztan, Bilge, *İmalâtçının Sorumluluğu*, Ankara 1982, s. 250 vd. ile özellikle 281-283. Bu bağlamda, Alman İlaç Yasası'nda yasal terminolojiye uygun düşen belli ilaçların kullanımına bağlı olarak ortaya çıkan

Öte yandan, üreticinin objektif ürün sorumluluğunun varlığı için, aşağıda genel olarak belirtilen üç temel koşulun bir arada gerçekleşmiş olması gerekir:²⁴

- a. Ürünün ayıplı veya tehlikeli olması (haklı güvenlik beklentilerini karşılamaması);
- b. Ayıp veya tehlikeye bağlı zararlı sonucun doğması;
- c. Zarar ile ürün ayıbı veya tehlikesi arasında uygun nedensellik bağının kurulması.

B. İLAÇ KAVRAMI VE BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

1. İlaç Kavramı

Yukarıda, ürün kavramı ile ilgili yapılan açıklama sırasında belirtildiği üzere, beşerî (insansal) tıbbî ürün karşılığı kullandığımız “ilaç” kavramının içeriğini ilaç hukukuna özgü teknik anlamıyla birlikte ele alıp, benzer ya da yakın anlamlara gelebilen bazı kavramlar karşısında sınırlandırmak gerekir.²⁵ Özellikle de, gıda destekleri ve kozmetik ürünler, birer tıbbî ürün olmakla birlikte ilaç olarak kabul edilmemektedir. Hemen belirtelim ki, temel bir tıbbî üretim konusu olarak ilaç, her hangi bir tüketim malı olmadığı gibi, ilaç kullanımı da olağan – sı-

ciddi zararlardan (ölüm, önemli ölçüde yaralanma ya da sağlığın bozulması gibi) dolayı ilaç üreticisinin tehlike sorumluluğunu düzenleyen özel kurallar (§§ 84 ff. AMG) öngörülmek suretiyle; sadece, nedensellik bağının varlığını kanıt yükü ilaç kullanımından zarar gören hastalara yüklenmiştir. Bu konuda bkz. Gaßner, Maximilian / Reich-Malter, Miriam, *Die Haftung bei fehlerhaften Medizinprodukten und Arzneimitteln*, MedR 2006, Heft 3, 150 f.

²⁴ Bu koşullar hakkında daha ayrıntılı olarak bkz. Kırca, *a. g. e.*, s. 125 vd; Havutçu, *a. g. e.*, s. 67 vd. Özellikle de üreticinin tehlike sorumluluğunun kabulü durumunda bu sorumluluğa ilişkin unsurlarının incelenmesi ve tazmin yükümlülüğünün koşulları ile tazminatın tenkisi ve zamanaşımı sorunları için bkz. Öztan, *a. g. e.*, s. 284-290.

²⁵ İlaç kavramının içeriksel yönleriyle birlikte, tanımlanması ve objektif amacının belirlenmesi konusunda bkz. Quaas, / Zuck, *Medizinrecht*, § 50, Rdn. 1-5, 796-797. Ülkemiz ilaç hukuku mevzuatına yeni kazandırılan Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik'te ise, (*Resmî Gazete*, 23.12.2008 tarih – 27089 sayı) ilaç / beşeri ilaç terimi şu biçimde tanımlanmıştır: “Hastalığı önlemek, teşhis etmek ve/veya tedavi etmek, fizyolojik bir fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal veya sentetik kaynaklı aktif madde maddeler kombinasyonunu.”

radan bir tüketim etkinliği değildir. Bu bağlamda, ilaç kullanıcısı hastaların salt ekonomi bilimi anlamında birer tüketici olarak görülmeyip, sağlık ve ilaç hukukunun diğer iki temel unsuru (hekim ve eczacı) ile birlikte üçüncü temel bileşeni olarak görülmelidir.

Genel olarak, ilaç hukuku kaynaklarına bakıldığında,²⁶ ilaç kavramının içeriğinin belirlenmesi ve sınırlandırılmasında, teşhis ve/veya tedavi edici fonksiyonun temel alındığı görülmektedir. Örneğin, Alman İlaç Yasası'nda (§ 2 Abs. 1 AMG) yapılan tanımlamaya göre:

İlaç, insanda ya da hayvanda kullanılmak suretiyle,

- hastalıkları, ağrıları, vücut hasarları ya da hastalık şikayetlerini iyileştiren, hafifleten, önleyen ya da tanılayan;
- vücudun bedensel yapısını, durumunu, işlevlerini ya da ruhsal durumları gösteren;
- insan ya da hayvan yapısından üretilmiş etken maddelerin ya da vücut akışkanlarının yerine konulan;
- hastalık uyandırıcıları, parazitleri ya da yabancı maddeleri vücuttan atan, yok eden ya da zararsız hale getiren;
- vücudun yapısı, mevcut durumu ya da işlevlerini veya ruhsal durumları etkileyen

maddeler ya da madde müstahzarlarıdır.

Alman ilaç hukukuna özgü yapılan yukarıdaki yasal tanım göz önünde tutulduğunda, kavramsal içerik olarak ilaç teriminin, yasa koyucu tarafından, işlevsel temelde ele alındığı ve hem teşhis edici (tanı koyucu) hem de tedavi edici ve önleyici madde olma özelliklerinin kapsamına alındığı anlaşılmaktadır.²⁷ Belirtilen bu hukuksal yön, ilaç-

²⁶ Bu kaynaklardan bir kısmı, esasen, uluslararası ilaç hukukunda temellenmiş bulunan ve ülkelerin ilaç hukuku mevzuatlarını etkileyen en önemli dayanaklarını oluşturmaktadır. Özellikle de klinik ilaç araştırmalarını ilgilendiren ABD'deki Tuskegee Klinik Çalışması bulguları ile Almanya'da II. Dünya Savaşı sonrasında kurulan Nürnberg Savaş Mahkemesi tarafından ortaya konulan ve literatürde *Nürnberg Kodları* ile olarak bilinen normlar öne çıkmaktadır. Bu hususta bkz. Doğan, Cahid, Klinik İlaç Araştırmalarının Hukuki Temelleri I, *Hastane ve Yaşam, Akademik ve Aktüel Tıp Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 35, Ankara 2008, s. 59-63; *Klinik İlaç Araştırmalarının Hukuki Temelleri II*, S. 37, s. 56-63.

²⁷ Deutsch / Spickhoff, Rdnr. 841, s. 544 f.; Quaas / Zuck, Rnr. 3-4, 797. Ayrıca, daha

ların diğer tıbbi ürünlerinden ayrılmasında, belirleyici bir yasal ölçüt olarak kabul edilebilir. İlaça özgü temel işlevsel özellikleri taşımadıkları için ilaç kavramına dahil edilemeyen bu diğer ürünler arasında ise, besleyici değerleri esas alınarak üretilen gıda maddeleri ve gıda destekleri; tütün ürünleri; kozmetikler; hayvan bakımı ve sağlığı için üretilmiş olan yem vs. ürünler ile tıbbî üretim malzemeleri (medikal ürünler) sayılmaktadır.²⁸

İlaç kavramının içeriğini ve kapsamını belirlemede, orijinal ilaç-jenerik ilaç ayrımı üzerinde de önemle durulmaktadır.²⁹ Zira bu ayrım çerçevesinde, AB ilaç hukukuna uyum süreçleri bakımından, ilaç sektöründe güvenli ilaç üretimi ve piyasaya girişinin sağlanması suretiyle ulusal ilaç endüstrisinin ve ilaç mevzuatımızın olumlu yönde gelişmesi mümkün olabilecektir. Bu bağlamda, orijinal ilaç, uluslararası bir terim olup, uzun ilaç araştırmaları ve klinik çalışmaların sonucunda belli bir hastalık üzerinde olumlu etkileri olduğu kanıtlanmış; temeli patentli bir moleküle dayandırılan ve daha öncesinde bir benzeri de bulunmayan yeni ilaçlara verilen bir addır. Buna karşılık, jenerik ilaç ise, orijinali ile aynı etkinlik, kalite ve güvenilirlikte olmakla birlikte, daha ucuza mal edilip satılan türden ilaçlardır. Orijinal ilaçların dünya çapında güçlü patent ve veri koruma yasaları ile belli süreler boyunca korunması söz konusu olduğundan, yasal koruma süreleri içinde başka bir ilaç şirketinin bu ilacın benzerini üretmesi izni verilmemektedir. Ancak, TC Sağlık Bakanlığı, 2000 yılından itibaren, ilaç üretim şirketlerine ilacın *biyoyararlanımı*³⁰ ve *biyoşdeğerliğini*³¹ ka-

geniş olarak bkz. Kloesel, Arno / Cyran, Walter, *Arzneimittelgesetz*, 3. Aufl. 1990, AMG § 2 Anm. 1.

²⁸ İlaç kavramı dışında kalan diğer tıbbi ürünlerin (gıda destekleri ve kozmetikler gibi) farklı özellikleri ve işlevleri nedeniyle ayrımı konusunda bkz. Deutsch / Spickhoff, Rdnr. 853-858, s. 552-554; Quaas / Zuck, Rdn. 5, s. 797.

²⁹ Bu konuda bkz. Süzer, Öner, *Biyoşdeğerlik ve Jenerik İlaçlar* (<http://www.oner-suzer.com>). (09.10.2009).

³⁰ İlacın biyoyararlanımı: İlacın herhangi bir yolla uygulanmasından sonra sistemik dolaşıma geçmeksizin ulaşan kısmı olup; (F) sembolü ile ifade edilir ve birimi de % olarak gösterilir. (Süzer, a. g. m., s. 12).

³¹ İlacın biyoşdeğerliği: Aynı veya benzer farmasötik biçimdeki iki ilacın (örneğin, orijinal ilaç ile jenerik ilacın) eşdeğer etkilere sahip olması demektir. (Süzer, a. g. m., s. 11).

nıtlama zorunluluğu getirmek suretiyle, jenerik ilaçlara özgü ruhsat verebilmektedir.³²

Orijinal ilaç-jenerik ilaç ayrımı dışında ele alınması gereken sahte ilaç-taklit (kopya) ilaç ayrımı da özel bir önem taşımaktadır. Bu ayrım göre ise, sahte ilaçlar, sahte etiketliler başta olmak üzere, etiketinde yazılı olanlardan daha farklı maddeleri içeren veya bileşiminde olması gerekenden farklı miktarlarda maddeler olan ya da etken maddeleri içermeyen ürünlerdir. Taklit (kopya) ilaçlar ise, orijinali olan ilacın yasal koruma süresi henüz bitmeden, orijinal ilaçla aynı etkiye sahip olacak biçimde piyasaya sürülen ürünlerdir. Her iki ilaç üretimi de yasalarla yasaklanmış etkinliklerden olup; ilaç hukukuna aykırılıkları nedeniyle ceza yasalarında (örneğin, 5237 sayılı TCK m. 186-187 gibi) cezaî yaptırımlara bağlanmışlardır.³³

Sonuç olarak, ilaç denilince anlaşılması gereken, kısaca, organik ve fizyolojik sistemleri veya hastalık durumlarını canlı (insan, bitki, hayvan) yararına değiştirmek üzere inceleme amacıyla kullanılan maddelerdir.

Aşağıda, ilaç hukukunda sorumluluk yönünden önem taşıyan iki temel kavram (ilaç endikasyonu ve kusuru kavramları) ana hatlarıyla ele alınmakta ve bu iki kavramın içeriği, sınırları ve hukuksal yönleri üzerinde durulmaktadır.

1. İlaç Endikasyonu

Her ne kadar, doktrinde endikasyon koşulunun tıbbî eylemlerin hukuka uygunluğunu belirlemede bir önkoşul olmadığı görüşü³⁴ ile sürülmekte ise de, tıbbî sorumluluk hukuku bakımından bu kavramın tıbbî risk³⁵ (*medical complication*) ve meslek kusuru (*malpractice*)

³² Bu konuyu düzenleyen yönetmelik için bkz: Farmasötik Müstahzarların Biyoyararlanım ve Biyoeşdeğerliğinin Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik (RG, 27.05.1994 tarih - 21942 sayı).

³³ Bu konuda daha geniş olarak bkz. Çakmut, 126 vd.

³⁴ Ünver, s. 74.

³⁵ Bu noktada belirtmek gerekir ki, endikasyon kavramını dar anlamda ele almaksızın, somut olaylarda değişik biçimlerde endikasyonlarla karşılaşılabilmesi gerçeği karşısında; tıbbî endikasyon (yani, tıp biliminde zorunlu ve gerekli olarak gös-

kavramı ile birlikte ele alındığında, tıbbi müdahalelerde somut müdahale durumlarına göre, üstün nitelikte özel (hastanın yaşamı ve geçerli rızası) veya kamusal yarar (halk sağlığı) ya da yasal yetki kullanımı gibi bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi mümkündür. Bu bağlamda, ortada herhangi bir endikasyon³⁶ (*indication*) durumu bulunmaksızın yapılan tıbbi müdahalelerin, kural olarak, hukuka aykırılık sonucunu doğurabileceği kabul edilmektedir.³⁷

O halde, ilaç endikasyonu kavramının ilaç hukukuna özgü alanda taşıdığı anlam ve üstlendiği işlev, özellikle, hukuksal sorumluluk için gerekli bir koşul olan ilaç kusurunun varlığını araştırma ve ortaya koymak bakımından önemlidir. Bu bakımından, ilaç endikasyonu, farmakolojik işlevi ve ilaç hukuku bakımından etkisi göz önünde bulundurularak kısaca şu biçimde tanımlanmaktadır: İlaç endikasyonu, ilaçların hastalıkların tanısı ve/veya tedavisini sağlayacak biçimde ruhsatlarında ve/veya prospektüslerinde yazılı biçimde etkin ve yararlı kul-

terilen verilere uygunluk) dışındaki, sosyal, dinsel, psikolojik, etik ve hukuksal endikasyonlar söz konusu olduğunda da yine, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk taşıdığı sonucuna varılabilir. Yeter ki, tıbbi müdahalede hukuksal sorumluluk ve tazmin yükümlülüğünü gerektiren nedenlerin varlığı (örneğin, bir tıbbi meslek kusurunun sabit olması ya da ehliyetsiz rıza durumları gibi) kanıtlanmamış olsun. Şu halde, endikasyon kavramı, tek başına ne hukuka uygunluğu sağlayabilmekte ne de hukuka aykırılık bağıni kurabilmektedir. Diğer bir anlatımla, bir endikasyon durumu ve hastanın aydınlatılmış rızası bulunmasına rağmen, hekimin tıbbi özensizliği ya da özen eksikliği tıbbi sorumluluk sonucunun doğmasına neden olabilecektir. Aynı yönde bkz. Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, s. 185-186.

³⁶ Hakeri, a. g. e., s. 183-184.

³⁷ Akılcı-bilinçli-ilaç kullanımı sisteminde temel amaç, hekimin mevcut ilaçlar içerisinde, hastanın biyolojik yapısı, doğru teşhis edilmiş hastalığı, tam olarak sağlanmış uyumu, yaşan standardı ve ödeme gücü ile ülkemizin ulusal çıkarları da göz önünde bulundurularak en yararlı ilacın seçilip, hasta tarafından tüketilmesinin sağlanmasıdır. Bu tanımlama için bkz. Şentürk, İsmail Hakkı, *Eczacının Hukuki Açısından Sorumluluğu*, TC İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1997, s. 36. Öte yandan, hastanın akılcı-bilinçli ilaç kullanımı kararını etkileyen önemli araçlar arasında, başta ilaç prospektüsleri ve deneyimli ilaç kullanıcısı diğer hastaların pratik önerileri ile her geçen gün güncellenen tele-tıp hizmetleri içeren sağlık portalleri öne çıkmaktadır. Bu konuda daha geniş olarak bkz. Namal, Arın, *Hastanın İlaç Kullanma Kararına Etki Eden Sorunlu Araçlar: Sağlık Portalleri ve İlaç Prospektüsleri - Etik Bakışın Düşündürdükleri*, TC Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Tıp Fakültesi-Eczacılık Fakültesi, *İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu*, 8 Ekim 2008, Yayına Hazırlayanlar: Prof. Dr. Yener Ünver / Yrd. Doç. Dr. Ali Kemal Yıldız / Arş. Gör. Onur Özcan, İstanbul 2008, s. 211 vd.

lanılmasıdır. Bu nedenle, ilaç endikasyonu (etkin ve yararlı ilaç kullanımı) terimi, ilaç kontrendikasyonları başta olmak üzere, ilacın farmakolojik ve farmokinetik özelliklerine bağlı uyarıları ve önlemlerinden daha farklı bir anlam taşımaktadır. İlaç kontrendikasyonu kavramı ile kastedilmek istenen husus ise, ilacın kullanılmaması gereken hastalıklar ile esasen yararlı olduğu hastalıkların yanlışlığa veya hastanın bireysel-özel durumu nedeniyle yarar yerine zarar getireceği durumlar olup; ilacın hiç kullanılmaması ya da belli duyarlılıktaki hastalarda kullanılmasının tavsiye edilmemesidir. Şu halde, endikasyon dışı ilaç kullanımlarında, ilacın bir hastalığın tedavisinde yararsız kaldığından, ortada tıbben gereklilik ve zorunluluk durumu bulunmadığı gerekçesiyle, ilaç kullanımı sonucunda oluşan zararı tazmin yükümlüğü (yani, hukuksal sorumluluk) ortaya çıkacaktır.

2. İlaç Kusuru (Farmakolojik Kusur)

Bu kavram, dar ve teknik anlamıyla, hekimin ilaç hukukuna aykırı olarak bir meslek kusurunu ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak, ilaç üretimi, dağıtımı ve tüketimi (kullanımı) süreçlerinde ayıplı ve/veya riskli ilaçlar nedeniyle ortaya çıkabilecek zararlardan dolayı, hukuken sorumlu tutulabilecek olanlar arasında en başta devlet olmak üzere, hastane, klinik araştırmacı, ilaç üreticisi, ilaç dağıtıcısı, eczacı, hekim veya diğer sağlık çalışanlarından (örneğin, hemşire veya hastabakıcı gibi) birinin sorumluluğu söz konusu olabilir.

Çoğunlukla, hastaların, ilaç temini ve kullanımında bilinçli bir ilaç tüketicisi olarak davranmamaları sonucunda da zararlara uğramaları söz konusu olmaktadır. Eksik ve/veya yanlış ilaç kullanımından kaynaklanan çeşitli olumsuzlukların giderilebilmesi ve ciddi riskler içeren yüklerin azaltılabilmesi, hastalığa bağlı fizyolojik, biyolojik ve psikolojik zararların önlenbilmesi gerekir. Bu amaçla, "akılcı (bilinçli) ilaç kullanımı"nın³⁸ önemi üzerinde durulmakta ve buna ilişkin bazı te-

³⁸ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, konuya ilişkin olarak verdiği bir kararında; muayenesi edilip, tahlil ve film sonuçlarına göre reçetesi de yazılan ilaçları kullanarak on gün sonra kontrole gelmesi kendisine söylenen davacı-hastanın, ancak 9. günde kullandığı *antienflamatuvar* ilaçların mide kanaması geçirip ve buna bağlı olarak ameliyat olmak zorunda kaldığı somut ilaç kullanımı olayında; davalı-hekimin davacı-hastaya verdiği ilaçlar arasında bulunan "*Exen Forte*" tablet adlı ilacın mide

mel kurallar (ilkeler) öne çıkarılmaktadır. Bunlar arasında, ilacın doğru tanıya dayanması ve hastalığa uygun olması; gereken dozda kullanılması; uygun yollardan ve ilaçla tedavi sanatıyla sunulması; yeterli zaman diliminde tüketilmesi; ilacın tedavi başarısının değerlendirilmesi; olası riskleri, yan etkilerinin ve birden çok ilacın bir arada kullanımında etkileşim durumlarının gözlenmesi; tasarlanan ilaçla tedavinin gerçekleştirilebilirliğinin izlenmesi gibi ilkeler sayılmaktadır. Bu ilkeler ışığında, hastaların akılcı ilaç kullan(a)madıklarından zarara uğramaları sonucunu yaratan durumlarla sıkça karşılaşmaktadır. Bu durumlara örnek olarak, ortada ilaç kullanımını gerektiren bir nedenin bulunmaması; ilaç endikasyonu bakımından da yanlış ve/veya yetersiz ilaç seçimi yüzünden yanlış tedavinin uygulanması; farmakolojik etkisi kuşkulu ilaçların kullanılması; doğru ilacın uygun olmayan dozlarda ve zaman aralıklarında kullanılması halleri gösterilebilir.³⁹

hassasiyeti olan hastalarda yan etkisinin olabileceği noktasında, üroloji uzmanı bir hekimin bilirkişi raporundaki: "...ağrı kesici etkisi yönüyle kullanıldığı anlaşılan Exen Forte tablet türü ilaçların mide barsak sisteminde rahatsızlığı bulunan hastalarda dikkatli kullanılması, mümkünse kullanımından kaçınılması, mide kanamasının bu tür ilaçların beklenebilecek yan etkisi olduğundan kullanılması zorunluluk arz ediyorsa (İlaç Endikasyonu) mide koruyucu bir ilaçla birlikte kullanılmasının uygun olacağı..." şeklindeki görüşe rağmen; salt hekimin beyanı gözetilerek hastanın önceden uyarılmış bulunduğu kabulü ile ortaya çıkan komplikasyonların tamamen ilacın yan etkisi olup, davalıların (Sağlık Hizmetleri Tic. Ltd. Şti. ile Dr.) kusurlarının olmadığı yönünde yargısal bir kanaate varılmayacağı ve bu bağlamda, söz konusu bilirkişi raporunun dosya içeriği ile uyummadığı; Mahkemece, davacıya uygulanan ilaç tedavisinde doktorun hata ve kusuru (İlaç Kusuru) bulunup bulunmadığı hususunun, Üniversiteden seçilecek Üroloji, Gastroloji ve Dahiliye uzmanlarının bulunduğu üç kişilik bilirkişi heyetinden alınacak açıklamalı, gerekçeli, denetime elverişli raporla belirlenip, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, yeterli açıklamayı taşımayan bilirkişi raporuna dayanılarak mide kanaması ile tedavi arasında illiyet bağı olmadığı gerekçesiyle davanın reddine yönelik verilen hüküm, usul ve yasaya aykırı bulunarak bozulmuştur. Söz konusu karar için bkz: 19.10.2006, Esas No: 2006/10057; Karar No: 2006/13842 (Yayımlanmamıştır).

³⁹ Özsunay, Ergun, İlaçların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı İlaç Üreticisinin Sorumluluğu, AB Yönergesi ve Bazı Yabancı Düzenlemeler Işığında Türk Hukukuna İlişkin Düşünceler, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009 Kayseri, s. 37 vd., 46-48; Başpınar, Veysel, İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009 Kayseri, s. 85 vd., 98-101; Akkanat, Halil, İlaç Kullanımından Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluk Açısından Hasta - Hekim - Üretici İlişkileri, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009 Kayseri, s. 75 vd., 84; Yıldırım, Mustafa Fadıl, Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin İlacın Ayıplarından Sorumluluğu, Erciyes Üniversitesi Hu-

Makalenin amacı ve inceleme sınırları göz önünde tutulmak suretiyle, ilaç kullanımına bağlı olarak ortaya çıkan zararlar nedeniyle sorumlu kişiler zincirinde yer alan ve hasta tarafından kullanılması maddi ve/veya manevi zarara neden olan ilaçlarla ilgili öznelerden, sadece üretici, eczacı ve hekim yönünden hukuksal sorumluluk konuları aşağıda genel hatlarıyla ele alınmaktadır.

II. İLAÇ ÜRETİCİSİNİN HUKUKSAL SORUMLULUĞU

İlaç üreticisinin, güvenli ilaç üretimini sağlamak amacıyla, ilaçta üretim riski yaratan tipik tehlikeleri ürününden uzak tutma yükümlülüğü vardır. Bu tipik tehlikeli olgular, aynı zamanda, ilacın ayıplı ürün olarak değerlendirilmesi ile de yakından ilgilidir. Zira doktrinde de belirtildiği üzere,⁴⁰ tehlikeyi uzaklaştırma yükümlününün ihlâli ya da tipik tehlikeli olguların gerçekleşmiş olması sonucunda ortaya çıkan zararlardan dolayı sonuçta, üreticinin tehlike sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Bu bağlamda, ilaç üreticisi, her şeyden önce ilacın üre-

kuk Fakültesi, *I. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, 08-09 Mayıs 2009 Kayseri, s. 19 vd. ile 21-22.

⁴⁰ Ürünün üretimine özgü fabrikasyon ve konstrüksiyon ayıpları ile kullanımı ile ilgili talimat ayıpları ve gelişimi ayıplarını göz önünde tutmak suretiyle, özellikle, bazı aşamalarda (çoğu kez de ürünün fabrikasyonu ve konstrüksiyonunda karşılaşılan tipik durumlarda) tehlike sorumluluğunu kabul etmek teorik açıdan mümkündür. Bilimsel ve teknik gelişmelere bağlı olarak ürünlere özgü yeni zarar görünüm biçimleri nedeniyle sosyal adalet anlayışına uygun olarak üreticinin sorumluluğunun tehlike sorumluluğu olarak düzenlenmesi gerektiği görüşünde bkz. Öztan, *a. g. e.*, s. 179 vd. özellikle de sd. 281-283. Alman hukukunda, ayıplı (üretim hatasıyla) üretilen tıbbi malzeme ve tehlikeli ilaçların neden olduğu zararlardan hukuksal sorumluluk konusunda ayrıca bkz. ve krş. Gaßner / Reich-Malter, (MedR 2006), 147 ff.. Amerikan hukukunda ise, üretim hatasından dolayı ilaç üreticisi firmanın sorumluluğunun koşulları, (1) İlaç firmasının söz konusu ilacın üretimini gerçekleştirmesi; (2) Hastanın uğradığı zararın muhtemelen ilacın niteliğinden kaynaklanması; (3) İlacın zararlı niteliğinin tehlikeli olması ve son olarak da (4) Hastanın zararının, ilacın kendisi veya başkası tarafından mantıksal olarak beklenen kullanımı sonucunda ortaya çıkması olarak gösterilmektedir. Bu koşullar hakkında bkz. ve krş. Hakeri, Hakan, *İlaç Üretimi ve Uygulaması Sırasındaki Hatalardan Ötürü İlaç Üreticisinin, Hekimin ve Eczacının Sorumluluğu*, TC Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Tıp Fakültesi-Eczacılık Fakültesi, *İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu*, 8 Ekim 2008, Yayına Hazırlayanlar: Prof. Dr. Yener Ünver / Yrd. Doç. Dr. Ali Kemal Yıldız / Arş. Gör. Onur Özcan, İstanbul, 2008, s. 143-144; Başpınar, s. 101-105.

timini doğru tasarlamakla yükümlüdür. Aksi durumda, bu yükümün ihlâli, ortada bir konstrüksiyon ayıbının varlığını gösterir. Bunun dışındada, ilacın fabrikasyonuna, talimatına ve gelişimine ilişkin ayıp grupları da yüküm ihlalinin birer olumsuz sonucu ve dolayısıyla ilaç zararlarının kaynağı olarak karşımıza çıkabilir. Bu sayılan ayıp grupları nedeniyle gerçekleşen ihlâl durumları, üretici hakkında, somut olaya özgü koşullara göre kusur sorumluluğu veya tehlike sorumluluğu kuralları uygulanmak suretiyle, onun hukuken sorumlu tutulabilmesinin dayanak ve kapsamlarının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır.⁴¹ İlaç üreticisinin ayıplı üründen (hatalı ilaç) kaynaklanan kusur sorumluluğunda, BK m. 41 hükmü başta olmak üzere, TKHK m. 4 ve 18 hükümleri ile Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik (m. 5-6) hükümlerini pozitif hukuk dayanakları olarak göstermek mümkündür.⁴²

İlaç üreticisinin tehlike sorumluluğuna yol açabilecek olması bakımından ise, söz konusu ilacın üretimi aşamasında hatasız ve doğru tasarlanması, ilacın içeriğinin (muhteviyatının) tek başına veya bileşimini oluşturan bir başka etken maddeyle beraber tipik tehlikeleri içermemesi anlamına gelir. İlacın gerek tasarımı gerek gelişimi tekniğini ilgilendiren yönleriyle birlikte, ilaç üreticisine yükletilen yasal yükümler, tipik birer işletme tehlikeleri ya da ilaç üretimine özgü nesnel tehlikeler olarak kabul edilmelidir.⁴³

⁴¹ Hakeri, a. g. m., s. 142. Yazar, makalesinde, ilaç üreticisinin ayıplı maldan kaynaklanan sebep sorumluluğu için bir yönetmelik hükümlerine dayanmakta ise de (Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik, m. 5 ve 6/1) kusursuz sorumluluk (basit ya da ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu) hallerinin sorumluluk hukukunda istisnai bir nitelik taşıdığını ve hukuksal (pozitif) dayanağının da mutlaka yasal bir düzenleme olması zorunluluğunu göz ardı etmektedir. Bu konuda bkz. Tandoğan, Haluk, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara 1981, s. 22 vd.

⁴² Bozuk ilaç üretimine eşlik edici ve zararlı etkiler yaratan o ilacın, ortalama ilaç üreticisinden beklenen üretim standartlarından sapan ve sonuçta, tipik tehlikeli olgular ve objektif özensizlik durumları görülen üretim hataları, sırasıyla; ilaçla ilgili klinik araştırma usulü ve test hataları, kontrol ve denetim hataları ile ilaca bağlı olumsuz etkileri inceleme ve uyarı hataları biçiminde kendisini gösterebilir. Bu konuda bkz. Hakeri, a. g. m., s. 143-145; Başpınar, s. 103-104.

⁴³ Örneğin, M29 adlı kolestrol ilacının ileride katarakta yol açabilme riski taşıdığı uzun yıllar sonra anlaşılmış olması ya da *thalidomide* ilacının hamile kadınların bebekleri üzerinde olumsuz etkiler göstermesi gibi durumlarda, artık, ilacın gelişimine bağlı bir üretim riski içerdiği kabul edilmektedir. Hakeri, a. g. m., 151.

Uygulamada, ilaç üreticisi firmaları hukuksal sorumluluk altına sokan özel durumlar arasında, özellikle, tamamen taklit veya sahte ilaçlar üretilmesi başta olmak üzere, ilacın üretimi aşamasından kaynaklanan hatalar (örneğin, üretim lisansına aykırı bir biçimde ilacın yanlış analizi, tasarımı, eksik terkip ve konstrüksiyonu ya da gelişme riskleri içermesi⁴⁴ gibi); ilacın eksik dozda üretilmesi nedeniyle sağlıksız ilaç tüketimlerine, yani hastaların ilaçtan hiç yararlanamama ya da yetersiz yararlanma ve kullanılmalarına sebebiyet verilmesi; ilacın prospektüsünde gösterilen bilgilerin yetersiz ve/veya yanlış olması gibi durumlar gösterilmektedir. Hemen belirtelim ki, tamamen ilaç üretimi aşamasından kaynaklan bu gibi özel durumlarda, hukuksal sorumluluk doğrudan ilaç üreticisi firma yönünden söz konusu olmakta; kural olarak, hekimin ve eczacının hukuksal sorumluluğu bulunmamaktadır.⁴⁵

Öte yandan, ilaç üreticisinin kusursuz (objektif) sorumluluğunda, pozitif dayanakların belirlenebilmesi bakımından, ileride yasalaştırılması olası Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda⁴⁶ "*Tehlike Sorumlulu-*

⁴⁴ Ancak, istisnaen de olsa, eczanede ilaç üretiminin gerçekleşebilmesi ölçüsünde, eczacının dahi ilaç üretimi bağlamında hukuksal sorumluluğu gündeme gelebilir. '*Eczanede İlaç Üretimi*' olgusu, ilaç üretiminin eczacılar tarafından, mesleki birlik ya da kuruluşlarınca hazırlanan farmaskopikler / ilaç formüllerindeki yöntemler izlenerek gerçekleştirilmesi ve bu şekilde üretilen ilacın tescil edilip, ruhsatlandırıldıktan sonra hastalarda kullanılmak üzere, ilaç piyasasına dağıtılmasıdır. İlacın eczanede hazırlanması veya eczanede üretimi kavramları ilk bakışta farklı anlam ve içerikte görünseler de bu iki kavram eş anlamlı olup; her iki olgusal durum, "*Eczanede İlaç Yapımı*" , kavramı içinde yer alırlar. Ancak, bu çapta bir ilaç üretimi, yani eczanede üretim, bir fabrikasyon sürecin izlenmesi veya seri üretim değildir. Diğer bir anlatımla, eczanede ilaç yapımı (üretimi), ilaç sanayisine özgü seri üretim yapan ilaç firmalarına özgü fabrikasyon, konstrüksiyon ve otomasyon etkinlikler sonucunda gerçekleştirdikleri seri ilaç üretimleri biçiminde olmadığı gibi; salt, bir hekimin imza ve mührünü içeren reçeteye dayalı biçimde ilaç hazırlanması da değildir. Bu konuda bkz. Şentürk, agt. 15-16.

⁴⁵ TC Adalet Bakanlığı, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı*, Ankara 2008, s. 18, 245-246.

⁴⁶ Tehlikeli olgunun tipikliğinden anlaşılması gereken husus, tehlikeli faaliyet, işletme, tesisat veya şeylerin, zarara yol açmaya aşırı eğilimleri ve yatınlıkları ya da neden oldukları kazaların nitelik ve/veya bakımından ağır sonuçlar doğurabilecek olmalarıdır. Sorumluluk Hukukunda genel olarak kusursuz sorumluluk hallerinin dayanakları ve özellikle de tehlikeli olgu veya özel bir tehlike yaratma düşüncesine dayanan 'Tehlike İlkesi'nin anlam ve amacı ile tehlike sorumluluklarının pozitif hukuksal temelde düzenlenmesinde izlenecek yol hakkında bkz. Tandoğan, a. g. e., s. 5, 26-29 ile 39-48.

ğu ve Denkleştirme" başlığı altında, genel nitelikli bir sorumluluk huku-ku normuna yer verilmiş olması oldukça dikkat çekicidir. Zira bu normatif hüküm çerçevesinde, tıpkı, haksız fiilden kaynaklanan kusur sorumluluğun kurucu yasal olgusu olarak kendini gösteren "haksız fiil (eylem) kusuru"nda olduğu gibi; kusursuz sorumluluğun en ağır türü olan ve doktrinde ağırlaştırılmış objektif sorumluluk olarak da ifade edilen tehlike sorumluluğuna özgü, genel ve temel bir ilke olarak 'tehlike ilkesi' benimsenmektedir.⁴⁷ Bu yasal ilkeye göre ise, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. Bu nedenle, önemli ölçüde tehlike içeren bir işletmenin işlerini yürütenler ve sahipleri, bu işletmesel etkinliklerin gerekli kıldığı izni ve/veya ruhsatları almış bulunsalar dahi tipik tehlikeli olguya özgü zararlı sonuçlardan, uygun nedensellik bağının varlığı kanıtlanabildiği ölçüde, sorumluluktan kurtulamayacaklardır.

III. ECZACININ İLAÇ KULLANIMI YÖNÜNDEN HUKUKSAL SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Eczacılık mesleği ile uğraşan geniş kesimde, klinik ilaç araştırmaları⁴⁸ ve ilaç üretimi aşamalarından itibaren ilaç tüketimine kadar her bir aşamada yetkili, akademik ve/veya mesleki eğitim, deneyim ve birikim sahibi sağlık çalışanlarından oluşmaktadır. Eczacılık, eczane, ecza deposu, ecza dolabı, galenik tıbbî ve ispençiyarî mevat ve müstahzarat laboratuvarı veya imalathanesi gibi müesseseler açmak ve işletmek veya tıbbi veya ispençiyari müstahzarat ihzar veya imal etmek veyahut bu kabil resmi müesseselerde mesul müdürlük yapmaktır.

⁴⁷ Klinik ilaç araştırmaları, tıp etiği ve hukuku bakımından, özellikle insan deneklerden yararlanılması ve hasta hakları bağlamında, belli başlı konulardan biridir. İnsanlar üzerindeki ilaç araştırmalarının süreci hakkında (etik kurul izni, deneklerin bilgilendirilmesi, başvuru dosyalarının düzenlenmesi ve içeriği gibi) bkz. Aydın, Erdem, *Tıp Etiği*, Ankara 2006, s. 146-151.

⁴⁸ Eczane ve eczacılık kavramları, eczacının çalışma alanları, eczacılık türleri olarak serbest eczacılık-kamu eczacılığı-sanayi eczacılığı ile diğer eczacılık türleri (özellikle de sosyal eczacılık ve klinik eczacılık gibi) hakkında daha geniş bilgi için bkz. Şentürk, a. g. t., s. 54-68.

Buna göre, eczacı, ilacı yapımı ve hazırlanması (toplama sentezleme ve belli ölçüde üretme); ilacı pazarlayan (izinleri alan, pazarlayan, satan, dağıtan...); ilaç temin eden ve ilaç bilgisi sunan (hastane eczanesi veya serbest eczanede) ve dolayısıyla ilacın üretilmesi aşamasından itibaren tüketimi ve hatta tüketilmesinden sonraki her bir basamakta sorumluluğu olan kişidir.⁴⁹

Eczacının, özellikle hekim reçetesine tâbi tutulan ilaçlar yönünden, hekimin verdiği reçeteye aynen uyma yükümleri vardır. Bu yüküme uyma zorunluluğu, eczacı yönünden ciddi derecede önem taşımaktadır. Zira ilaç hukukundan kaynaklanan eczacı meslek kusurunun ve dolayısıyla tazmin yükümlülüğünün doğumunda, yükümlülük ihlalleri daha çok bu gibi durumlarda kendisini göstermektedir. Bu hukuksal yüküm dışında, reçeteye tâbi olmayan ilaçlar ile tıbbi ürün ve malzemeleri satışında ticari yükümler öne çıkmakta ve hasta ile eczacı arasında sözleşmesel borç ilişkisinden kaynaklanan yükümler de bulunmaktadır. Ayrıca, eczacı ile ilaç kullanıcısı hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda ise, eczacının hukuka aykırı eylemlerden doğan zararlar nedeniyle, meslekî ve/veya yönetsel sorumlulukları dışında, haksız fiil sorumluluğu (BK m. 41 vd.) da ortaya çıkabilir. Bu sonuncu hukuksal sorumluluğun koşulları, haksız eylemin kusurlu olup olmamasına ve doğrudan eczacının şahsından kaynaklanıp kaynaklanmamasına göre değişiklik gösterir. Eczacıların başta ilaç hazırlayıp satma nedeniyle kendilerine yüklenebilecek bir eczacılık meslek kusuru içeren haksız eylemleri ortaya çıkabilecek hukuksal sorumlulukları kusura dayanan haksız fiil; çalıştırdıkları yardımcı kişilerin borcu ifa sırasında hastalara verdikleri zararlardan dolayı da kusura dayanmayan (kusursuz/objektif sebep) haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir. Her iki sorumluluk durumu için de mutlaka, hukuka aykırı kusurlu bir eylemin uygun nedensellik bağına göre hastaya zarar verilmiş olması gerekir.

⁴⁹ *Advers etki terimi, Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik'te (m. 4 / bend a), araştırılan ürünün uygulanan herhangi bir dozuyla ortaya çıkan istenmeyen etkisi, biçiminde tanımlanmaktadır. İlacın yan etkileri konusunda bkz. Erenmemişoğlu, Aydın, İlacın Yan Etkileri ve Kabul Edilebilir Yan Etki, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009 Kayseri, s. 125 vd.*

B. Eczacıların Kendi Haksız Eylemlerinden Doğan Hukuksal Sorumluluğu

Eczacılar, ilaçların satışa sunulması ve kullanımını hazır hale getirilmesinde, eczacılık meslek kurallarına uygun davranmakla yükümlüdür. Bu yükümlerden biri ya da birkaçının ihlali, sonuçta eczacılık kusuru olarak değerlendirilir.

Eczacı, ilaç üretimi, uygulamaları ve kullanımı aşamalarında üstlendiği yasal yükümleri ihlal sonucu uğranılan zararlardan dolayı hukuksal sorumluluk altındadır. Özellikle, ilaç üretimi, ilaçta kalite kontrol analizleri, klinik ilaç çalışmaları, ilacın tüketimi aşamasından sonra izlenmesi (örneğin, ilaç kullanımına bağlı yan / ters *-advers-etkileri*)⁵⁰ süreçlerinde eczacılara önemli hukuksal ödev ve yükümler yüklenmiştir.⁵¹

Eczacının, kural olarak, ilacın kullanımı ve dolayısıyla tüketim aşaması ile ilgili olarak hastaları uyarma yükümlülüğü kural yoktur. Ancak, reçetesiz ilaç verilmesinin söz konusu olduğu durumlarda, ilacın üretimi ve tüketimi aşamalarında hastayı uyarma yükümlülüğünü yerine getirme çerçevesinde, hem ilaç firmalarına hem de eczacılara meslekî kusurlar (eczacılık kusuru) yükletilebilmektedir.⁵²

⁵⁰ Eczacılık mesleğinin yürütülmesi çerçevesinde, eczane faaliyetlerinin işletme (ticarî) ve sağlık (tıbbî) yönlerinden kaynaklanan daha başka birtakım yükümlülükler bulunmaktadır. Bu bağlamda, dünyada hızla gelişmekte olan ve sağlık hizmetlerinde eczacılık mesleğine modern bir yaklaşım kazandırıp, onur ve saygınlık getireceği belirtilen klinik eczacılıktan kaynaklanan mesleki ve hukuksal yükümlülüklerin önemi her geçen gün daha belirgin bir halk almaktadır. Bu yönde bkz. Şentürk, a. gç t., s. 64-67.

⁵¹ Eczacıların hukuksal sorumluluğu, her türlü kusurlarıyla (en başta, kasıtlı ve ihmali eylemler olmak üzere, mesleki bilgi eksikliği veya yokluğu, meslekte acemilik, özensizlik ve tedbirsizliğe dayalı kusur kalıbı halleri) hastalarına verdikleri zararlardan dolayıdır. Örneğin, eczanelerde hazırlanan reçetelerde yazılı ilaçların hazırlanmasında görülebilecek terkip hatalarını (ilaç bileşim ve/veya karışım kusurları) gerçekleştirme; reçetede yanlışlık ve/veya eksiklik görüldüğünde derhal müdavi hekimle bağlantı kurup, sorunu çözme sürecine gitmeme; hekimler bağlantı olanağı olmayan durumlarda kodeksteki azami sınır değerleri aşan dozlarda ilaç verilmesi durumlarında tipik eczacı kusuru olarak gösterilebilir. Keza, bir eczane sahibinin kendi eczanesi dışında ilaç tertibini gerçekleştirmesi durumu da bir meslek kusurudur. Bu konuda bkz. ve krş. Şentürk, a. g. t., s. 85.

⁵² Ayrıca, eczacıların ilaç ve eczacılık mevzuatından kaynaklanan ilaç üzerindeki hukuksal yükümleri ile ilgili olarak bkz: Şencan, Nazlı, Eczacının İlaç Üzerindeki So-

Eczacılar yönünden de, özellikle kusura dayanan haksız fiil sorumluluk bakımından, genel olarak kusur sorumluluğu için gerekli koşullara gerek vardır. Bilindiği gibi, bu koşullar hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağından (illiyetten) ibarettir. Hukuka aykırılık bağı, kişilerin hukuken korunan kişisel ve/veya malvarlıksal değerlerinin çiğnenmesi durumunda gerçekleşmiş olur. Bu koşul, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran ve dolayısıyla hukuka uygunluğu sağlayan nedenlerden (üstün nitelikte kamu yararı, meşru savunma ve zarar görenin rızası gibi) birinin varlığı halinde ise gerçekleşmiş olmaz. Örneğin, eczacının hastasına teslim ettiği ilaçların hekim tarafından hukuka uygun olarak yazılmış bir reçetenin varlığına dayanması; verilen ilaçların 'Türk İlaç Kodeksi'ne uygunluk göstermesi, bozuk olmaması, yani güvenli tıbbi ürün kategorisine girmesi; eczacılık mesleğini yürütürken tamamen hastanın menfaatine yönelik davranışlar sergilenmesi; hukuka uygun emir talimat ve genelge hükümlerine uygun hareket edilerek ilaç temini ve teslimi gibi durumlarda hukuka aykırılık bağı koşulunun gerçekleşmediği kabul edilir. Eczacılık kusuru ise, hastanın tüketimine konu ilaçlar hakkında (özellikle de reçetedeki ilaca özgü süreç ve risklere ilişkin olarak) aydınlatıcı bilgiler vermeme durumunda ortaya çıkıp çıkmayacağı tartışmalıdır. Zira, ilaçla tedaviyi gerçekleştiren hekimler dışında, ayrıca eczacılara ilaç kullanımına yönelik olarak hastayı aydınlatma yükümünün yükleyen yazılı hukuk kuralı bulunmamaktadır. Ancak, eczacılık mevzuatında her hangi bir düzenlemenin yokluğuna rağmen, ilaçla tedavinin amaçlarına uygun hareket etme zorunluluğu karşısında eczacıların da hastalarını ilaç kullanımı konusunda aydınlatma yükümü yükletilmesinin, ilaç hukukunun hastaların korunmasına yönelik amacına uygun olacağını kabul etmek mümkündür.⁵³

rumluluk ve Zorunlulukları, *İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu*, TC Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Tıp Fakültesi-Eczacılık Fakültesi, Cumhuriyetimizin 85. Kuruluş Yılına Onurla..., 8 Ekim 2008, (Yayına hazırlayanlar: Prof. Dr. Yener Ünver / Yrd. Doç. Dr. Ali Kemal Yıldız / Arş. Gör. Onur Özcan, İstanbul 2008, s. 167 vd.: Hakeri, a. g. m., s. 152-156.

⁵³ Ayrıca, eczacıların ilaç ve eczacılık mevzuatından kaynaklanan ilaç üzerindeki hukuksal yükümleri ile ilgili olarak bkz. Şencan, Nazlı, Eczacının İlaç Üzerindeki Sorumluluk ve Zorunlulukları, *İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu*, TC Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Tıp Fakültesi-Eczacılık Fakültesi, Cumhuriyetimizin 85. Kuruluş Yılına Onurla..., 8 Ekim 2008, (Yayına hazırlayanlar: Prof. Dr. Yener Ünver / Yrd. Doç. Dr. Ali Kemal Yıldız / Arş. Gör.

Hastaya yanlış ve/veya sahte ilaç ya da uygun olmayan dozda ilaç verilmesi, ilaç mevzuatının bir gereği olarak eczanede bulundurulması zorunlu ilaca depoda yer verilmemesi gibi hukuka aykırı ve kusurlu bir eylem sonucunda hastanın maddi ve/veya manevi zarar görmüş olması da diğer bir koşuldur. Bu bağlamda olmak üzere, eczacıların zararlı sonuç doğuracak biçimde, hastalarının yaşamını ve/veya sağlıklarını tehdit eden ya da onların malvarlığı değerlerini yok eden veya azaltan her türlü davranışı, birer kusurlu eylem olarak değerlendirilir. Keza, eczanede hazırlanan reçeteli bir ilaçla ilgili yanlış veya eksik yazılmış gördüğü bir hususu ilacı yazan hekime danışıp görüşmeksizin kendi başına ilaç kodeksinde yazılı miktarların çok üstünde hazırlanıp hastaya verilmesi de kusurlu bir eylem olarak kabul edilecektir.⁵⁴

Eczacının haksız eylem kusurundan kaynaklanan hukuksal sorumluluğu ve tazmin yükümlülüğü için gerekli son bir koşul olan uygun nedensellik bağının gerçekleştiğini ve uğramış olduğu maddi ve/veya manevi zararının varlığını zarar gören hasta kanıtlamak zorundadır. Genel olarak, tıbbî sorumluluk ve tazminat davalarında olduğu gibi, ilaç kullanımından zarar gören hastanın nedensellik bağının varlığını kesin kanıtlarla değil de yaklaşık kanıtlarla (emarelere dayanan ya da ilk görünüş ispatını sağlayan) ortaya koyabilme olanağı burada da tanınmaktadır.⁵⁵

C. Eczacıların Yardımcı Kişilerin Eylemlerinden Dolayı Hukuksal Sorumluluğu

Öte yandan, serbest çalışan eczacıların yardımcı kişilerin eylem ve işlemlerinden (örneğin, eczacı kalfasının reçetesiz ilaç satması ya da eczanecilik hizmeti dışında bir amaç güderek hastaya uyuşturucu temin etmesi gibi) dolayı sorumluluğunun yasal temeli ise, eczacı ile

Onur Özcan, İstanbul 2008, s. 167 vd.; Hakeri, a. g. m., s. 152-156.

⁵⁴ Bu konuda, 6197 sayılı 'Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'da yer alan hüküm (m. 25/2) dikkat çekicidir. Bu hükme göre: "...eczacılar, muhteviyatında yanlışlık olduğundan şüphe ettikleri reçetelerle kodekste yazılı miktarlardan fazla eczayı ihtiva edip altı çizgi ile çizilerek ayrıca imza edilmiş olmayan reçeteleri müdavi tabip ile temas etmeden imal edemezler." Ayrıca bkz. ve krş. Şentürk, a. g. t., s. 84-85; Hakeri, a. g. m., s. 154.

⁵⁵ Şentürk, a. g. t., s. 84-85.

hasta arasında sözleşmesel bir borç ilişkisinin kurulmuş olup olmamasına göre değişir. Eczacı ile ilaç alıcısı-kullanıcısı (tüketicisi) hasta arasında henüz bir ilaç satım sözleşmesi kurulmadan, yardımcı kişi sıfatıyla hareket eden bir eczacı çalışanının vermiş olduğu zararları tazmin yükümlülüğünün yasal dayanağı, genel olarak kusura dayanmayan (objektif) haksız fiil sorumluluğunun özel bir hali olan Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi hükmüdür. Adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğu düzenleyen bu madde gereğince, adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu kişi, sorumluluktan kurtulabilmek için, çalıştırdığı personelin seçimi, denetimi ve talimat altında tutulmasında gerekli objektif dikkat ve özeni gösterdiğini ya da bunu göstermiş olsa bile zararın doğumuna engel olamayacağını kanıtlamalıdır.

Buna karşılık, eczacının ilacın satımında görevlendirdiği bir personelinin (örneğin, yardımcı kişi sıfatıyla yetkilendirdiği satış temsilcisi ve eczacı kalfası gibi çalışanın), reçetede yazılan olan dışında tamamen yanlış ya da uygun olmayan dozda bir ilacın hastaya ilaç temini sözleşmesinin ifasının bir gereği olarak teslim edilip, onun tarafından bilinçsiz kullanımı sonucunda zarara oluşumuna sebebiyet verilmiş olması durumunda ise, eczacının hukuksal sorumluluğu, sözleşme hukukuna özgü bir kusursuz sorumluluk halini düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 100. maddesine göre gündeme gelecektir.

Bu iki madde hükmü (BK m. 55-100) arasında ise, sırasıyla, sorumluluktan kurtuluş kanıtının getirilip getirilememesi; zararı tazmin yükümlüsü olan sorumluya karşı açılacak tazminat davasında zamanaşımının başlangıç ve süreleri; zarar gören alacaklı ile zarar veren sorumlu arasında daha önceden bir borç ilişkisinin kurulmuş olup olmaması açılarından önemli farklar bulunmaktadır.⁵⁶

IV. HEKİMİN İLAÇ KUSURU NEDENİYLE HUKUKSAL SORUMLULUĞU

Hekimden kaynaklanan ilaç kusuru, uygulamada tıbbî meslek kusurları arasında önemli bir yer tutmaktadır. Hekimin, bizzat mu-

⁵⁶ Eczacıların, çalıştırdıkları yardımcıların (personelin) eylemlerinden doğan zararlar nedeniyle BK. 55-100 hükümlerine göre hukuksal sorumlulukları konusunda ayrıca bkz. Şentürk, a. g. t., s. 85-86.

ayene ve tedavisini üstlendiği hastası üzerindeki tıbbi müdahalelerden önemli bir bölümünü de ilaçla teşhis ve/veya tedavi etkinlikleri oluşturmaktadır. Bu etkinliklerin gerçekleştirilmesi sürecinde, hekimin sergilediği ve bir ilaç kusuru olarak kabul edilen eylemleri daha çok ilaçla tedavi türünden tıbbi müdahalesi çerçevesinde karşımıza çıkar. Bu bağlamda, hekimin ilaç kullanımına bağlı zararlardan dolayı hukuksal sorumluluğu, ilaç üretimine özgü yapım bozukluklarından çok, ilacın reçetesinin yazımı, uygulanması ya da hasta tarafından kullanımı süreçlerinde ilaç kullanımına özgü tavsiye ve aydınlatma⁵⁷ ile ilacı izleme ve kontrol yükümleri de dahil ilaç hukukundan kaynaklanan tıbbi farmakoloji yükümlerini ifa ederken özensiz ya da özen eksikliği gösterdiği durumlardan kaynaklanmaktadır.⁵⁸

Bilindiği gibi, hastalıkların gerek önlenmesi ve teşhisi gerekse de tedavisi süreçlerinde hastalar, reçete konusu ilaçları olayların büyük çoğunluğunda hekim tavsiyeleri veya talimatları doğrultusunda kullanırlar. İşte, organ aktarımı veya estetik amaçlı operasyonlar gibi doğrudan hastanın vücut tümlüğüne yönelik bir müdahale yürütülmesi ilaçla tedavide söz konusu değildir. Ancak, bedensel bütünlüğü doğrudan dokunmamakla beraber, hem farmakolojik etkili hem de farmakolojik etkisi bulunmayan ilaçların kullanımları sonucunda hastaların birtakım maddi ve/veya manevi zararlara uğramış olabilir. Bu gibi durumlarda, hekimin teşhis ve/veya tedavi eylemlerindeki ilaç kusuruna bağlı olarak hastasına verdiği zararlardan tıbbi sorumluluk ve tazminat esasları doğrultusunda sorumlu olması gerekir.

Maddî hukuk anlamda olmak üzere, reçete düzenleme zorunluluğunun hukuksal dayanağı, sadece, yasal düzenlemeler ve/veya düzenleyici idari işlemler gibi bir pozitif hukuk kaynağında kendisini gösterilebilir. Hekim, tıp bilimi alanında etkisi genel olarak bilinme-

⁵⁷ Alman ilaç hukuku ile karşılaştırmalı olarak ilaca özgü tıbbi aydınlatma yükümü konusunda bkz. ve krş. Temel, Erhan, Alman Hukukunda Hekimin İlaç Tavsiyesinden Kaynaklanan Aydınlatma Yükümlülüğü, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, *I. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, 08-09 Mayıs 2009, İlaç Hukuku, (Editörler: Doç. Dr. Murat Şen / Yard. Dr. Ahmet Başözen), s. 111 vd.

⁵⁸ Hancı, İ. Hamit, *Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, Ankara 2006, s. 112-114; Hakeri, a. g. m., s. 137 vd. Ayrıca, ilaç kusurlarının önemli bir kesitini oluşturduğu bilinen ilaç uygulama hataları konusunda bkz. Uzun, Şenay / Arslan, Filiz, *İlaç Uygulama Hataları*, Türkiye Klinikleri, JMed Sci 2008, 28, s. 217-222.

yen bir ilacı içeren bir reçeteyi görevi gereği kendiliğinden ve doğrudan düzenleyip, ilaç bilgisini sunduktan sonra hastasına bu reçeteyi elden verme yetkisine sahiptir.⁵⁹ Ancak, farmakolojik tıp alanında genel olarak etkisi bilinmeyen bir ilaç, sadece yeni üretilmiş olan tıbbî ürünleri değil; bunun dışında kalan ikincil nitelikli ya da daha sonradan uygun tedavi biçimini gösterebilen ilaçları da kapsamaktadır. Bu nedenle, hekimin, bir ilacı reçeteye düzenleme konusu yaparken, mutlaka o ilaçla ilgili teorik ve pratik açıdan taşıdığı farmakolojik etki ve özellikleri ile birlikte işlevlerini araştırmalı ve gerektiğinde uzman kişilere de (*konsültanlara* da) danışmalıdır.

Hekimin, reçete düzenlenme yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi çerçevesinde, ilaç hukukuna aykırı eylemleri nedeniyle hukuksal sorumluluğunu gerektirmekte; sonuçta, hasta ve/veya hastane yönünden zarar verici (olumsuz) etkiler yaratan özel kusurlu eylem biçimleri, aşağıdaki örnek olgular biçiminde ilaç uygulamasında göze çarpmaktadır:⁶⁰

1. İlaç kullanımına ilişkin hastanın aydınlatılmış rızasının (onamının) alınmamış olması;
2. İlaçla ilgili uygulama ve istemlerin yazılı yapılması yerine, sözlü veya uzaktan iletişim araçları (telefon vs.) aracılığıyla yapılması (örneğin, hastanede verilecek ilaçların yetkili hemşire yerine sadece hastanın kendisi veya bir yakınına söylenmesi);
3. İlaç ile bağlantılı riskler konusunda hastayı uyarma yükümlülüğünün hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemiş olması;
4. İlacın yan ve ters etkilerini açıklama konusunda ihmal;⁶¹
5. Hekimin ilacın kullanılmasıyla ilgili tüm bilgileri hastasına eksiksiz olarak aktarmaması ve gerektiğinde bunları reçeteye yazmaması;

⁵⁹ Bir ilacın hekim tarafından reçete edilmesi ve hastaya uygulanması sürecinin dört evreden (reçeteleme/istem; istemin alınması; hazırlama; hastaya ulaştırma) oluştuğu; hekimin ilaç uygulamasından kaynaklanan sorumluluğunun, önemli bir ilaç uygulama hatası olan reçeteleme/istemlerden kaynaklandığı ifade edilmektedir. Bu görüşte bkz. Hakeri, a. g. m., s. 156-157.

⁶⁰ Hakeri, a. g. m., 158-159.

⁶¹ Y. 13. HD, 19.10.2006, E. 2006/10057, K. 2006/13842 (Yayımlanmamıştır).

6. Hasta açısından söz konusu olabilecek ilaç *kontrendikasyon*larına dikkat edilmemesi;⁶²

7. İlacın uygulanma zamanı ve koşullarının dikkate alınmaması (örneğin, aspirinin tok karnına alınması konusunda hastaya gerekli uyarının yapılmaması);

8. Birden fazla ilacın reçete edilmesi durumunda, ilaç etkileşimlerinin göz ardı edilmiş olması. Örneğin, *digoksin* ve potasyum azaltıcı etkili üretilen ilaçların bir arada kullanılması gibi;

9. İlacın hastaya uygunluğu konusunda, ilacın reçetesini yazmadan önce gerekli tetkik, kontrol ve testleri yaptırmakta ihmal gösterilmesi;

10. İlaç kullanımı sürecinde, ilacın erken yan etkilerinin tespit edilmesine yönelik gerekli testlerin yaptırılmasında ihmal;

11. İlacın yan etkileri ortaya çıktığında, tedavi esnasında veya derhal *antidote* uygulanmasında ihmal veya oluşan yan etkilerin hatalı tedavi edilmesi;⁶³

12. Yüksek dozda ilaç yazılması veya bir ilacın çok uzun bir süre alınmak üzere gelişigüzel reçeteye yazılması. Örneğin, *Cignolin* etken maddesi içeren majistral ilacın, terkip ve dozajının belirlenmesinde kabul edilebilir yüzdelik oranların (somut duruma göre %0.01- %25 aralığındaki sınır değerlerin) çok üstüne çıkılarak yazılması gibi;

13. Yanlış ilaç yazma veya hastanın durumuna uymayan yanlış teşhise dayanarak ya da hastayı hiç görmeden ve muayene hizmetinde bulunmadan ilaç reçeteleri yazılması. Örneğin, çocuk hastada *siprofloksasin* kullanılması, kadın hastada prostat ilacı reçete edilmesi, varlığını

⁶² Bu bağlamda, bir hasta için kesinlikte kontrendike olan, yani kullanılması gerekli ve zorunlu olduğundan hekim tarafından yazıldıktan sonra eczacının bu ilacı kullanmaması gerektiği halde kendisine gelen hastaya vermesi durumunda, ilacın prospektüsünde bu tip bir hastalıkta kullanılmasına ilişkin aydınlatıcı bir bilgi bulunmuyorsa ve hastada bu ilacın kullanılmasına bağlı bir zarar ortaya çıkmışsa, somut olayın koşulları ve özelliklerine göre sırasıyla ilacın üreticisi, eczacı ve hekimin ayrı ayrı ilaç kusurlarının olduğunu kabul etmek mümkündür. Bu yönde bkz. Hancı, a. g. e., s. 114.

⁶³ Hastaların ilaçla tedavileri sürecinde, hastalarda ilaçlara karşı istenmeyen reaksiyonların %5-15; ölümle sonuçlanan etkilerin ise %0,1 olduğu belirtilmektedir. Hakeri, a. g. m., s. 162 ve dpn. 72.

ve/veya kimliğini bilmediği bir hastanın sağlık karnesine gerçek dışı ve tamamen uydurma ilaçların gereksiz yere yazılması gibi;

14. İlaç değişimleri sırasında hastaya önceden kullanılan ilaçlar hakkında bilgi verilmemesi. Örneğin, hastaya *lisinopril* türü ilaç uygulanırken birden *ramipril* türü ilacın da kullanılması, ancak, bunlar aynı etki mekanizmasına sahip ilaçlar olduğu halde, hastaya her ikisinin de kullandırılması gibi;

15. Keza, hasta üzerinde bir ilacın tamamen yanlış bir yolla kullanılması. Örneğin, lösemili bir hastada *intravenöz* verilmesi ve kendisine *reknevinkristinin intratekal*'ın reçete edilmesi gibi;

16. Hekimin, ilaç kalıcı bir zarara neden olmadan önce ilacı kullanmasını durdurması konusunda hastayı yönlendirmemesi

gibi özel durumlar, hekim yönünden birer farmakolojik kusur (ilaç kusuru) olarak kabul edilecek ve sonuçta, hukuksal sorumluluk (ilaç zararını tazmin yükümü) gerektiren bir hatalı tıbbî ilaç uygulamasının varlığı sabit görülebilecektir.⁶⁴

⁶⁴ Keza, davacı-hastanın yüzündeki kırışık, leke ve sivilce izlerinin silinmesi için davalı doktora gitmesi üzerine, doktorun yüzüne yaptığı uygulamalar ve kullandığı ruhsatsız ilaç nedeniyle sert nodüllerin oluşması, göz kapağının düşmesi, kırışıklık ve izlerin derinleşip yenilerinin eklenmesi suretiyle büyük ağrı ve ıstaplar çektiğini ileri sürerek doktora ve ... Sağlık Hizmetleri AŞ'ye karşı açtığı maddi-manevi tazminat davasında: Yargıtay, davalı doktorun eyleminin Adli Tıp raporunu esas alarak 'kişinin sağlığına zarar verecek şekilde izinsiz ve ruhsatsız maddeyi uygulamaktan dolayı müessir fiil' den ibaret olduğu ve bu nedenle ortaya çıkan zarardan tamamıyla sorumlu tutulmasına; davalı doktorun diğer davalı hastanede (...Sağlık Hizmetleri AŞ) görev yapmadığı, sadece bir geceliğine hastane odasını ücret karşılığında kullandığı ve doktorun müessir fiil olduğu kabul edilen eyleminden doğan zarar ile hastanenin eylemi arasında illiyet bağının ve davacı ile sözleşme ilişkisinin bulunmadığı, bu nedenle hastanenin de zarardan sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı gözetilerek, davalı ... Sağlık Hizmetleri AŞ hakkındaki davanın ise reddine karar verilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Yayımlanmamış olan bu karar için bkz. Y. 13. HD, 13.4.2006, E. 2006/ 905, K. 2006/ 5549.

TÜRK HUKUKUNDA İŞYERLERİ TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ

GROUP LABOUR CONTRACTS IN TURKISH LAW

İştar URHANOĞLU CENGİZ*

Özet: 1982 Anayasası toplu iş sözleşmesinin kapsamı ve düzeyi ile ilgili olarak herhangi bir hükme yer vermeyerek konuyu kanun koyucunun tercihine bırakmıştır. 2822 sayılı Kanunun gerekçesinde de açıkça dile getirildiği üzere, bir toplu iş sözleşmesi tek bir işyerini kapsamak üzere yapılan “işyeri toplu iş sözleşmesi” olabileceği gibi birden çok işyerini kapsamak üzere yapılan “işyerleri toplu iş sözleşmesi” şeklinde de olabilir. Kanunun sistemi içinde işyerleri toplu iş sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler de getirilmiştir. İşyerleri toplu iş sözleşmeleri esasen bir işyeri toplu iş sözleşmesi tipindedir ve aynı temel esaslara tabidirler. Ancak bazı belirli konularda tek bir işyeri için yapılacak sözleşmelerde bazı farklılıklar taşımaktadırlar.

Anahtar Sözcükler: Toplu iş sözleşmesi, grup iş sözleşmesi, toplu görüşme, iş hukuku.

Abstract: 1982 Constitution of the collective labour contracts-regarding the scope and level without giving any place subject to the provisions of the preferences of the legislator has left. 2822 Act No. rationale embodied in the stated for a collective labour contract, a single workplace to cover the “workplace collective labour contract” as well as more than one workplace to cover the “workplaces collective labour contract” as can be. The system of laws in relation to collective bargaining contracts in the workplaces were introduced. Workplaces collective labour contracts are essentially a type of collective bargaining and the workplace are subject to the same basic principles. However, some specific issues will be made for a single office move contracts are some differences.

Keywords: Collective labour contracts, group labour contract(s), workplace, collective bargaining, Turkish labour law

* Yrd. Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

GİRİŞ

Birden çok işyerini kapsayan işyerleri (grup) toplu iş sözleşmesi, 275 sayılı Kanun döneminden başlayarak “*grup toplu iş sözleşmesi*” veya “*grup sözleşmesi*” olarak adlandırılmış, 2822 sayılı Kanun’un 3. maddesine ilişkin gerekçeye alınan bu ad, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da kullanılarak uygulamada tamamen yerleşmiş ve öğretiyi girmiştir.

Bir toplu iş sözleşmesinin “*aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini*” kapsayabileceği hükmüne (m. 3/ I) yer veren 2822 sayılı Kanun, aynı zamanda toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğü istemiyle açılan davalar yönünden yetkili mahkemeyi belirlerken “*birden fazla bölge çalışma müdürlüğünün yetki alanına giren işyerlerini*” kapsayan toplu iş sözleşmeleri için özel düzenleme getirmektedir (m. 16/ III).

2822 sayılı Kanun’da, “*birden fazla bölge çalışma müdürlüğünün yetki alanına giren işyerlerini*” kapsayacak toplu iş sözleşmesi için görevli makamın Çalışma Bakanlığı olduğu belirlenmekte (m. 18) ve ayrıca “*grev kararı uyumsuzluğun kapsamındaki işyerlerinin bir kısmı için alınmış olsa dahi lokavt kararı o uyumsuzluğun kapsamındaki başka işyerleri için de alınabilir*” hükmüne yer verilmektedir (m. 27/ son). 2822 sayılı Kanun söz konusu hükümlerle “*grup toplu iş sözleşmeleri*”ni, isimlendirmeden özel olarak düzenlemektedir.

Ancak Yargıtay’ın zaman içinde vermiş olduğu ve birbirini destekler nitelikteki kararlarında Kanun’da açıkça grup toplu iş sözleşmesine yer verilmiş olmadığı ancak tarafların anlaşarak grup toplu iş sözleşmesi yapmalarına bir engel de bulunmadığı, buna karşılık tarafların birbirlerini grup toplu iş sözleşmesi yapmaya zorlamalarının mümkün olmadığı yönündeki kararları öğretinin ve Yargıtay’ın konuya bakış açılarının farklı olduğunu ortaya koymuş ve konunun irdelenmesini gerektirmiştir.

I. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN DÜZEYİ VE TÜRLERİ

1982 Anayasası toplu iş sözleşmesinin kapsamı ve düzeyi ile ilgili olarak herhangi bir hükme yer vermeyerek konuyu kanun koyucunun tercihine bırakmıştır.¹

Anayasa m. 53'te yer alan; "Aynı işyerinde, aynı dönem için, birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz." şeklindeki hüküm de toplu iş sözleşmesinin düzeyi ve türü konusunda herhangi bir sınırlama getirmemektedir.² Söz konusu hüküm bir işyerinde bir sözleşme yürürlükte iken başka bir sözleşmenin var olmasını yasaklayıcı niteliktedir.³ Bu nedenle, kanun koyucunun toplu iş sözleşmesinin tek ya da birkaç düzeyde yapılabilmesine ilişkin düzenlemeler getirmesine Anayasal bir engel bulunmamaktadır.⁴

A. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN DÜZEYİ

Toplu iş sözleşmesinin düzeyinden anlaşılması gereken şey, onun hangi coğrafi alanı kapsadığıdır.⁵

¹ Adnan Tuğ, *Toplu İş Sözleşmesi*, Orman-İş Yayını, Ankara 1996, s. 34; Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Sözleşmesi*, BANKSİS (Banka ve Sigorta İşçileri Sendikası) Yayınları, No: 70, İstanbul 1992, s. 25-27; A. Can Tuncay, *Toplu İş Hukuku (Sendikalar-Toplu İş Sözleşmeleri-Toplu İş Uyuşmazlıkları)*, ALFA Basım Yayım Dağıtım San. ve Tic. Ltd. Şti. İstanbul 1999, s. 133; Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 22. Bası, Beta Basım A.Ş., Eylül 2009, s. 512; A. Nizamettin Aktay / Kadir Arıcı/ E. Tuncay Kaplan-Senyen, *İş Hukuku*, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık A.Ş., Ekim 2009, Ankara, s. 424; Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, 6. Basım, Seçkin Yayıncılık A.Ş., Ankara 2007, s. 470.

² Şahlanan, *a. g. e.*, s. 26-27; Tuğ, *a. g. e.*, s. 34; Tuncay, *Toplu İş Hukuku*, s. 133.

³ Şahlanan, *a. g. e.*, s. 26-27; Münir Ekonomi, "İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulamada Karşılaşılan Başlıca Sorunlar", *Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, Temmuz 1987, s. 6; Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, 5. Bası, İstanbul 1980, s. 363; Devrim Ulucan, "Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Hukuki ve Uygulamaya İlişkin Güncel Sorunları", *Çalışma Hayatımızın Güncel Sorunları*, İstanbul 1987, s. 181; Melda Sur, *İş Hukuku, Toplu İlişkiler*, Turhan Kitabevi, Kasım 2006, Ankara, s. 213.

⁴ Şahlanan, *a. g. e.*, s. 26-27; Ekonomi, *İşletme Toplu İş Sözleşmeleri*, s. 6; Çelik, *İş Hukuku 1980*, s. 363; Ulucan, *Güncel Sorunlar*, s. 181.

⁵ Tuğ, *a. g. e.*, s. 31vd.; Tuncay, *Toplu İş Hukuku*, s. 133; Münir Ekonomi, "Toplu İş Sözleşmesi Türleri, Ehliyet ve Yetki", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi'nce düzenlenen Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri*, Ankara 1990, s. 3vd.

Nitekim 275 sayılı Kanun'da işyeri ve işkolu düzeyinde olmak üzere, toplu iş sözleşmelerinin iki düzeyde yapılabilmesi öngörülmüş iken,⁶ 2822 sayılı Kanun'da⁷ iki ayrı düzeyde toplu iş sözleşmesi kabul edilmemiş, Kanun sadece işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmesini kabul etmiştir.⁸ Zira 2822 sayılı Kanun'un "Toplu iş sözleşmesinin kapsamı ve düzeyi" başlıklı 3. maddesine göre; "Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir (f. 1). (Değişik: 3/6/1986 - 3299/1 md.) Bir gerçek ve tüzelkişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir." (f. 2)

Kanun'da yer alan işyeri düzeyi ifadesi, sadece tek bir işyeri için yapılan toplu iş sözleşmesini değil, aynı zamanda birden çok işyerini kapsamına alacak şekilde yapılan toplu iş sözleşmesini de ifade

⁶ İşkolu toplu iş sözleşmeleri ile ilgili olarak bkz. Şahlanan, *a. g. e.*, s. 25; Çelik, *İş Hukuku* 1980, s. 375vd.; M. Kemal Oğuzman, *Türkiye' de Toplu İş Sözleşmesi, Grev, Lokavt, Tahkim ve Arabuluculuk Düzeni Nasıl Olmalıdır*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, İstanbul 1973, s. 5vd.; Metin Kutal / Münir Ekonomi, "Türk Endüstri İlişkileri Sisteminin Yasal Çerçevesi ve Başlıca Sorunları", *Uluslararası Deneyimler Işığında Türkiye' deki Endüstri İlişkileri Semineri*, İstanbul 1977, s. 113vd.; Seza Reisoğlu, "Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", *Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri, Grev ve Lokavt Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Bolu-Abant Semineri*, 16-19 Mayıs 1991, s. 23; Aktay/ Arıcı/ Kaplan-Senyen, *a. g. e.*, s. 423; Metin Kutal, "Toplu İş Sözleşmeleri", *Kollektif İş İlişkilerini Düzenleyen 2821-2822 sayılı Yasalar ve Uygulaması Semineri*, İstanbul 1984, s. 79.

⁷ Kanun Numarası: 2822, Kabul Tarihi: 5/5/1983, Yayımlandığı R.Gazete : Tarih: 7/5/1983 Sayı: 18040, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 22 Sayfa: 334.

⁸ Tuğ, *a. g. e.*, s. 34-35; Şahlanan, *a. g. e.*, s. 25, dn.1, 27; Tuncay, *Toplu İş Hukuku*, s. 133; Sur, *a. g. e.*, s. 213-214; Münir Ekonomi, "Birden Çok İşyerini Kapsamak Üzere Yapılan İşyerleri Toplu İş Sözleşmesi (Grup Toplu İş Sözleşmesi) ve Yargıtay' ın Bu Sözleşmelere İlişkin Görüşleri Sebebiyle Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", *Türk İş Mevzuatı Açısından Grup Toplu İş Sözleşmeleri*, MESS Yayını, İstanbul 1989, s. 13; Reisoğlu, *Sorunlar*, s. 23; Aktay (Arıcı/ Kaplan-Senyen), *a. g. e.*, s. 423; Kutal, *Toplu İş Sözleşmeleri*, s. 79; A. Nizamettin Aktay, *Toplu İş Sözleşmesi*, TÜHİS, Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Ankara 2000, s. 41, 44; Çelik, *İş Hukuku* 2009, s. 512-513; Ekonomi, *Toplu İş Sözleşmesi Türleri*, s. 4vd.; Seza Reisoğlu, *2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi*, Ankara, Ağustos 1986, s. 66-67; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s. 320; Öğretide bu düzenlemenin yerinde olduğu ve 1980 öncesinde işyeri - işkolu sözleşmeleri ayırımından ve özellikle işkolu toplu iş sözleşmeleri yapılmasından doğan sorunların ortadan kaldırılmış olduğu önemle belirtilmektedir (Çelik, *İş Hukuku* 2009, s. 513; Narmanlıoğlu, *a. g. e.*, s. 320).

eder.⁹Ancak sözleşmenin işyeri düzeyinde yapılması esası benimsendiği takdirde ister tek işyeri, ister birden çok işyeri için yapılsın, sözleşme belirli işyeri veya işyerleri ile sınırlı bir uygulama alanına sahip olmakta ve işkolu düzeyindeki sözleşmeden farklı olarak, aynı işkolunda kurulu diğer işyerlerinde sözleşmeye taraf işçi ve işveren sendikalarının üyeleri bulunduğu halde, bu işyerlerinde uygulanmamaktadır.¹⁰ Oysa “işkolu düzeyinde” bir toplu iş sözleşmesi, türüne göre yerel, bölgesel ya da ülke çapında olmak üzere meydana getirilmekte ve bu sözleşmeye taraf işçi sendikası ile işveren sendikasının üyelerinin bulunduğu tüm işyerlerinde, bir sınırlama söz konusu olmaksızın uygulanmaktadır.¹¹

B. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

2822 sayılı Kanun’un 3. maddesinde işyeri düzeyi esas alınarak, üç tür toplu iş sözleşmesi düzenlenmiştir. İşyeri düzeyindeki bir toplu iş sözleşmesi tek bir işyeri için yapılmış olabileceği gibi, birden fazla işyeri (işyerleri) için de yapılmış olabilir¹². Sadece işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmelerini benimseyen 2822 sayılı Kanun’da bir işverenin tek bir işyeri için yapılan “işyeri toplu iş sözleşmesi”, değişik işverenlerin aynı işkolundaki birden çok işyeri için yapılan “işyerleri toplu iş sözleşmesi (grup toplu iş sözleşmesi)” ve bir işverenin veya bir işveren gibi sayılan kamu kuruluşlarının aynı işkolunda kurulu birden çok işyerini kapsamak üzere yapılan “işletme toplu iş sözleşmesi” olmak üzere üç tür toplu iş sözleşmesi öngörülmüştür.¹³

2822 sayılı Kanun m. 3/ II’ de; bir işverenin aynı işkolundaki birden çok işyeri için yapılacak toplu iş sözleşmesine “işletme toplu iş sözleşmesi” denileceği açıkça belirtilmiş olmakla beraber, işyeri veya işyerleri için yapılacak sözleşmelere ne ad verileceği belirtilmemiştir. Bununla beraber m. 3/ I’ in “bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir” hükmü ve aynı ayrımı sözleşmenin kap-

⁹ Şahlanan, a. g. e., s. 25; Aktay (Arıcı/ Kaplan-Seneyen), a. g. e., s. 424.

¹⁰ Şahlanan, a. g. e., s. 25-26.

¹¹ Şahlanan, a. g. e., s. 26; Tuncay, *Toplu İş Hukuku*, s. 133; Ekonomi, *Sorunlar*, s. 18.

¹² Şahlanan, a. g. e., s. 26

¹³ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 13; Şahlanan, a. g. e., s. 26; Tuğ, a. g. e., s. 34; Aktay (Arıcı/ Kaplan-Seneyen), a. g. e., s. 424; Aktay, a. g. e., s. 43; Akyiğit, a. g. e., s. 470vd.

samına girecek “işyeri veya işyerleri” şeklinde tekrarlayan 2822 sayılı Kanun’un diğer maddeleri (m. 12/ I, 13/ I, 15/ I, 16/ III, 18), keza “işyeri veya işyerleri” için yapılacak toplu iş sözleşmesinden söz eden m. 12/ I dikkate alındığında işletme toplu iş sözleşmesi dışında Kanunun bir işverenin tek işyeri için yapılacak sözleşmeleri “işyeri toplu iş sözleşmesi”, değişik işverenlerin aynı işkolunda yer alan işyerleri için meydana getirilecek sözleşmeleri “birden çok işyeri toplu iş sözleşmesi” ya da “işyerleri toplu iş sözleşmesi” olarak isimlendirdiği görülmektedir.¹⁴ Bu durum, grev ve lokavt kararının alınmasına ilişkin m. 27/ I’ de “bir veya birden çok işyerinde veya işletmede ...” yapılan toplu iş sözleşmesinden doğan uyumsuzluktan söz edilirken de açıkça ortaya konulmaktadır.¹⁵

2822 sayılı Kanun’la öngörülen “işletme toplu iş sözleşmeleri” ise, aynı işverene ait aynı işkolundaki işyerleri için tek bir sözleşme yapılması anlamına gelir ve işyeri düzeyindeki toplu iş sözleşmelerinin bir türünü ifade eder.¹⁶

II. İŞYERLERİ (GRUP) TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ

A. KAVRAM

2822 sayılı Kanun m. 3/ I’de yer alan düzenleme uyarınca, bir toplu iş sözleşmesi tek bir işyerini kapsamak üzere yapılan “işyeri toplu iş sözleşmesi” olabileceği gibi birden çok işyerini kapsamak üzere yapılan “işyerleri toplu iş sözleşmesi” veya uygulama ve öğretilerdeki¹⁷ yer-

¹⁴ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 13-14.

¹⁵ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 14.

¹⁶ Şahlanan, *a. g. e.*, s. 26

¹⁷ Şahlanan, *a. g. e.*, s. 28; Ekonomi, *Sorunlar*, s. 13; Ekonomi, *İşletme Toplu İş Sözleşmeleri*, s. 6vd.; Ergun İnce, *Toplu İş Hukuku*, İstanbul 1983, s. 154-155; M. Kemal Oğuzman, “Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtay’ ın Görüşününün Değerlendirilmesi”, *Türk İş Mevzuatı Açısından Grup Toplu İş Sözleşmeleri*, MESS Yayını, İstanbul 1989, s. 4; M. Kemal Oğuzman, *Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri*, 4. Bası, İstanbul 1987, s. 28; Metin Kutal, “2822 sayılı Yasada Toplu İş Sözleşmesi Kavramı, Düzeyi, İçeriği ve Sona Ermesi”, *İktisat ve Maliye Dergisi*, Mart 1984, s. 491; Ali Nazım Sözer, “Grup Toplu İş Sözleşmesi ve 2822 sayılı Yasa Açısından Değerlendirilmesi”, *İktisat ve Maliye Dergisi*, Yıl: Ekim 1986, Cilt: 33, Sayı: 7, s. 246; Can Tuncay, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’ de Grup Toplu İş Sözleşmeleri”, *Çimento İşveren Dergisi*, Ocak 1987, s. 7vd.; Devrim Ulucan, “Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyumsuzlukları Açısından Yargıtay’ ın 1986 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”,

leşmiş adıyla “grup toplu iş sözleşmesi”de¹⁸ de olabilir.¹⁹ Hatta grup toplu iş sözleşmesi adı verilen işyerleri toplu iş sözleşmeleri yoluyla belli bir bölgedeki yahut işkolundaki tüm işyerlerini kapsayacak bir şekilde toplu iş sözleşmelerinin oluşturulabilmesi de mümkündür. Grup toplu iş sözleşmelerini, aynı işkolunda kurulu değişik işverenlere ait birden fazla işyerinde uygulanmak üzere, aynı toplu görüşme sonucu bağtlanan sözleşmeler olarak tanımlayabiliriz.²⁰ Toplu iş sözleşmesinde yer alan prensipler aynı kalmak şartıyla, işyerlerinin özelliğine göre, bazı farklı hükümler konulması da mümkün olabilmektedir.²¹ Bu durumda dahi tek bir toplu iş sözleşmesi söz konusu olur ve bu sözleşme, farklı yerlerde ve hatta farklı illerde kurulu işyerlerini kapsayabilir.²²

Öğretide 2822 sayılı Kanun m. 3/ I ile toplu iş sözleşmesinin kapsamına girebilecek işyerlerinin sayısı ya da yeri konusunda bir sınırlama getirilmediği,²³ bu tür sözleşmelerin uygulanacağı işyerlerinin geniş tutulması yoluyla işkolu toplu iş sözleşmesine geçişin sağlanmasının amaçlandığı²⁴ ve bu hususun 2822 sayılı Kanun’un gerekçesinde de açıkça belirtildiği ifade edilmektedir.²⁵ Böylelikle 275 sayılı Kanun

İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay’ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1988, s. 118-119; Sur, a. g. e., s. 215; Aktay, a. g. e., s. 44; Kemal Oğuzman, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununda Yapılması Gereken Değişiklikler, Milli Komite 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s. 138.

¹⁸ “Grup toplu iş sözleşmesi” ifadesi 2822 sayılı Kanun’da yer almamakla beraber, Kanun’un 3. ve 27. maddelerinin gerekçelerinde açıkça ifade edilmektedir (ayrıca bkz. Şahlanan, a. g. e., s. 28; A. Can Tuncay/ Tankut Centel, *Yeni Türk İş Hukuku Mevzuatı*, İstanbul 1984, s. 426-430; Tuğ, a. g. e., s. 35; Sözer, a. g. e., s. 255).

¹⁹ Şahlanan, a. g. e., s. 27-28.

²⁰ Sur, a. g. e., s. 215; Narmanlıoğlu, a. g. e., s. 320; Ekonomi, *Sorunlar*, s. 14.

²¹ Tuncay, *Grup Toplu İş Sözleşmeleri*, s. 7vd.; Sur, a. g. e., s. 215; Ekonomi, *Sorunlar*, s. 14.

²² Tuncay, *Toplu İş Hukuku*, s. 135; Narmanlıoğlu, a. g. e., s. 320-322; Fevzi Demir, *İş Hukuku ve Uygulaması*, 4. Baskı, İzmir 2005, s. 427; Sur, a. g. e., s. 215; Kenan Tunçoğlu/ Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları*, Beta Basım A.Ş., 2. Bası, İstanbul 1999, s. 331-333.

²³ Tuğ, a. g. e., s. 36; Ekonomi, *Sorunlar*, s. 14; Şahlanan, a. g. e., s. 28; Aktay, a. g. e., s. 45.

²⁴ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 14; Şahlanan, a. g. e., s. 28.

²⁵ Şalanan, a. g. e., s. 28; Tuncay/ Centel, a. g. e., s. 426-430; Aktay (Arıcı/ Kaplan-Seneyen), a. g. e., s. 426.

döneminde işkolu toplu iş sözleşmeleriyle amaçlanan ancak gerçekleşmeyen hedeflere ulaşabilme yolu da açık tutulmuş olacaktır.²⁶

O halde, grup toplu iş sözleşmesinin esasen bir işyeri toplu iş sözleşmesi tipinde olduğu ve aynı temel esaslara tabi olduğu²⁷ ancak ehliyet ve yetki, yetkinin tespiti, görevli makam, grev ve lokavt kararının alınması ve uygulanması, sözleşmenin kapsamına girecek işyeri sayısı ve bulunduğu yer, bölge itibarıyla bir sınırlama mevcut olmadığından yetki itirazlarında görevli mahkemenin belirlenmesi, arabulucu tayini gibi konularda tek bir işyeri için yapılacak sözleşmeden bazı farklılıklar taşıdığı söylenebilecektir.²⁸

B. İŞYERLERİ (GRUP) TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ YAPILMASININ KOŞULLARI

2822 sayılı Kanun'un gerekçesinde açıkça dile getirildiği üzere işyeri düzeyindeki sözleşmelerin bir türü olarak işyerleri (grup) toplu iş sözleşmesine 3. maddede yer verilmiş ve kanunun sistemi içinde işyerleri (grup) toplu iş sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.²⁹ Bu bağlamda grup toplu iş sözleşmesinin yapılması için aranan şartları şu şekilde sıralamamız mümkündür.

1. İşyerlerinin Aynı İşkolunda Farklı İşverenlere Ait Olması

2822 sayılı Kanun m. 3/ I uyarınca; *"bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir"*.³⁰ Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere grup toplu iş sözleşmelerinin yapılabilmesi için öncelikle toplu iş sözleşmelerinin kapsamına girecek olan işyerlerinin aynı işkolunda fakat farklı işverenlere ait bulunmaları gerekmektedir.

Birden çok işyerini kapsayan bir grup toplu iş sözleşmesine dâhil işyerleri tümüyle farklı işverenlere ait olabileceği gibi, bu işyerlerin-

²⁶ Şahlanan, *a. g. e.*, s. -28; Oğuzman, *Toplu İş Sözleşmesi*, s. 51-52; Kutal/ Ekonomi, *a. g. e.*, s. 115, 146-147; Ekonomi, *Sorunlar*, s. 14.

²⁷ Sur, *a. g. e.*, s. 217.

²⁸ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 14.

²⁹ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 16.

³⁰ Sur, *a. g. e.*, s. 217.

den bazılarının aynı işverene ait olması da mümkündür.³¹ Böyle bir durum söz konusu olduğunda, “grup toplu iş sözleşmesi” ne dahil farklı işverenlerin işyerlerinin yanında yer alan “aynı işverenin işyerleri”, bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak 2822 sayılı Kanun m. 3 anlamında işletme oluşturdukları için, yetki tespiti ve takip eden işlemler bu birim için, grup toplu iş sözleşmesine ilişkin prosedür içerisinde; fakat işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin yasal bütünlük göz önünde tutularak yürütülecektir.³² O halde grup toplu iş sözleşmeleri açısından önem arz eden husus, işyerlerinin aynı işkolunda bulunmasıdır.

2. İşçi Sendikasının Gruba Dahil Bütün İşyerleri İçin Yetkili Olması

Birden çok işyerini kapsayan bir grup toplu iş sözleşmesinin yapılması isteği ve bu amaçla yetki tespiti için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na başvuru işçi sendikası veya işveren sendikası tarafından gelebilir.³³

Başvuru ister işçi sendikası ister işveren sendikası tarafından gelirse, Bakanlıkça sözleşme kapsamına girecek işyerleri ve işletmeler için çoğunluk ayrı ayrı belirlenecek ancak tek bir tespit yazısı ile durum başvurulara ve çoğunluk varsa diğer kuruluşlara bildirilecektir (m. 13-14).³⁴ Bu durumda tespit yazısına süresi içinde itiraz edilmemesi veya itirazın mahkemece reddedilmesi üzerine sendikaya Bakanlıkça grup sözleşmesinin kapsamına giren işyerleri ve/ veya işletmeler için ayrı ayrı değil, sözü edilen işyeri ve işletmeleri kapsamak üzere toplu

³¹ Şahlanan, *a. g. e.*, s. 28; Tuğ, *a. g. e.*, s. 36-37; Çelik, *İş Hukuku 2008*, s. 505; Aktay, *a. g. e.*, s. 45.

³² Örneğin; 2822 sayılı Kanun m.12/ I, son cümle (yetki tespitine ilişkin), 2822 sayılı Kanun m.36/ IV (grev oylamasına ilişkin); Şahlanan, *a. g. e.*, s. 28-29; Çelik, *İş Hukuku 200*, s. 512-513; Bu nedenle bir grup toplu iş sözleşmesi yapılmak istendiğinde bu sözleşmenin kapsamına giren işyerleri ve aralarında işletme sözleşmesi yapılması gerekenler varsa bu işletmeler için ayrı ayrı çoğunluğun aranması gerekecektir.

³³ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 20.

³⁴ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 22vd.

iş sözleşmesi yapmaya yetkili olduğunu bildiren tek bir yetki belgesi verilecektir (m. 17).³⁵

Bakanlıkça yapılan tespite karşı itirazda birden çok işyeri için akdedilecek grup toplu iş sözleşmesinde, sözleşmenin kapsamına girecek işyeri ve işletmelerin değişik illerde ve bölgelerde bulunabilecekleri, dolayısıyla bunların birden çok bölge çalışma müdürlüklerinin yetki alanına girecekleri de dikkate alınmak suretiyle itirazların çözümünde görevli olacak mahkeme belirlenmiş, itiraz kayıtlarının yapılmasında görevli makam da ayrıca hükme bağlanmıştır. 2822 sayılı Kanun'un, birden çok işyerini kapsayan (grup toplu iş sözleşmesi) sözleşme türü yönünden getirdiği özel hükümlerden biri olan m. 15/I hükmüne göre, yapılmak istenilen grup "*toplu iş sözleşmesi birden fazla bölge müdürlüğünün yetki alanına giren işyerlerini kapsadığı hallerde itiraz Ankara'daki iş mahkemesine yapılır*" ve bu halde "*itiraz dilekçesi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına kayıt ettirildikten sonra mahkemeye verilir*".³⁶

Grup toplu iş sözleşmesine taraf olabilecek işveren sendikasında yetki açısından, tek işyeri veya işletme sözleşmesinde olduğu gibi birden çok işyerini kapsayacak grup sözleşmesinde de herhangi bir çoğunluk aranmamış, 2822 sayılı Kanun'da işveren sendikası ile sendika üyesi olmayan işverenin toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi (m. 12/II), bunların ehliyeti (m. 2/I) ile özdeş olarak düzenlenmiş, işveren tarafından yetki yönünden çoğunluk veya başka bir şart aranmamıştır.³⁷

Buna karşılık toplu iş sözleşmesinin işçi tarafını oluşturacak işçi sendikalarında yetki açısından 2822 sayılı Kanun, meydana getirilecek sözleşme türünde ayırım gözetmeksizin iki ayrı çoğunluk aramaktadır. İlk olarak hangi tür sözleşme olursa olsun işçi sendikasının kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu (tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkolları hariç) üye olarak temsil etmesi gerekir. İkinci olarak ise işçi sendikasının toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinin her birinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının kendi üyesi bulunması gerekir. İşletme sözleşmeleri

³⁵ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 14.

³⁶ Çelik, *İş Hukuku 2009*, s. 529; Ekonomi, *Sorunlar*, s. 13.

³⁷ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 17; ayrıca bkz. Çelik, *İş Hukuku 2009*, s. 520vd.

için işyerleri bir bütün olarak dikkate alınır ve yarıdan fazla çoğunluk buna göre belirlenir (m. 12/ I).³⁸

O halde işletme sözleşmesinde işyerleri yönünden aranılan çoğunluk işyerleri bir bütün olarak dikkate alınarak belirlendiği halde, birden çok işyeri için yapılacak grup toplu iş sözleşmesinde sendikanın bu sözleşmenin kapsamına girecek işyerlerinin her birinde ayrı ayrı işçilerin çoğunluğunu temsil etmesi aranmaktadır. Bunun sebebi, işletme sözleşmesinin işverenin aynı işkolunda kurulu işyerlerinin tümünü kapsar şekilde meydana getirilmesi zorunluluğudur. Bir toplu pazarlık ünitesi olarak işletme sözleşmesinde ve bir işverenin aynı işkolundaki işyerleri ile ilgili olarak ayrı bir sözleşme meydana getirilemez, işletme sözleşmesinin kapsamına giren işyerleri bir bütün olarak dikkate alınır. Toplu iş uyuşmazlığı çıkarılamaz, grev ve lokavt hakları kullanılamaz. Buna karşılık bir grup toplu iş sözleşmesi için yetki alındıktan sonra toplu görüşme safhasında veya grev ve lokavtın uygulandığı safhada taraflar aralarında anlaşmak suretiyle, birden çok işyeri için başlattıkları görüşmeleri her işyeri için ayrı bir pazarlık ünitesi olarak ve birbirinden bağımsız şekilde sözleşmelerini yapacak duruma getirebilirler.³⁹

Birden çok işyeri ve işletme için toplu iş sözleşmesi yetki belgesi alan işçi sendikası veya tespit yazısını alan işveren sendikası karşı tarafı toplu görüşmeye çağırabilir.⁴⁰ Çağrı tarihi derhal görevli makama bildirilir. 2822 sayılı Kanun'un 18. maddesinde "işyeri toplu iş sözleşmesi", "işletme toplu iş sözleşmesi" ve "işyerlerini kapsayan toplu iş sözleşmesi" deyimleri kullanılarak görevli makam belirlenmiş ve birden çok işyeri için yapılacak grup toplu iş sözleşmesinin kapsamına dâhil olan işyeri ve işletmeler birden fazla bölge çalışma müdürlüğünün yetki alanına girmekte ise görevli makamın Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı olduğu belirtilmiştir.⁴¹

Grup toplu iş sözleşmesi için çağrı ister işçi sendikası ister işveren sendikası tarafından yapılmış olsun, çağrının tam olabilmesi için çağrı-

³⁸ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 17; Çelik, *İş Hukuku 2009*, s. 526.

³⁹ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 17.

⁴⁰ Oğuzman, *Değerlendirme*, s. 5-6.

⁴¹ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 14.

ya toplu görüşmede ileriye sürülecek tekliflerin bütününe eklenmesi zorunludur (m. 17/ III).⁴²

Meydana getirilmek istenilen sözleşme birden çok işyeri ve/ veya işletmeyi kapsayan tek bir toplu iş sözleşmesi türü olduğundan, her işyeri ve işletme için ayrı ayrı değil, sözü edilen işyerleri ve işletmelerde uygulanabilecek çalışma şartları hakkında tek bir toplu iş sözleşmesi teklifi olacaktır. Toplu iş sözleşmesi teklifinde, kapsama girecek işyerleri ve işletmelerin farklılıkları yönünden belirli konularda örneğin ücret, ek ödemeler, sosyal yardımlar ve diğerlerinde değişik teklifler getirilebilir ve kendi içinde bu hususta gruplamalar da yapılabilir.⁴³

Birden çok işyerini kapsayan bir grup toplu iş sözleşmesinde tek toplu görüşme yürütülmesi şarttır. Taraflar aralarında anlaşarak işyerleri ve işletmeler için ayrı ayrı müzakere yürütülmesine karar verirlerse ve bu yolda işlem yaparlarsa, artık birden çok işyeri için tek bir sözleşme meydana getirilmesi değil, işyerleri ve işletmelerin her biri için ayrı üniteler olarak pazarlık yapılması ve toplu iş sözleşmesi akdedilmesi durumu sözkonusu olur.⁴⁴

Toplu görüşmeler sonunda taraflar arasında bir anlaşma sağlanırsa, kapsama girecek bütün işyerleri ve işletmeler için tek bir grup toplu iş sözleşmesi akdedilmiş olur. Toplu görüşmeler sonunda, kapsama girecek işyerleri ve işletmelerden biri veya birkaçı için sözleşmeye konulan hükümler yönünden farklılık gözetilmesi istenilmekte ve sırf bu konuda anlaşma sağlanamıyorsa, taraflar için anlaşma sağlanamayan işyeri veya işletmeler hariç tutularak diğerleri hakkında grup sözleşmesinin meydana getirilmesi, anlaşmaya varılamayan hakkında uyumsuzluğa gidilmesi de mümkün olabilecektir.

⁴² Tuncay, *Grup Toplu İş Sözleşmeleri*, s. 7vd.; Sur, *a. g. e.*, s. 215; Ekonomi, *Sorunlar*, s. 14; Çelik, *İş Hukuku 2009*, s. 533; Oğuzman, *Toplu İş Sözleşmesi*, s. 63; ayrıca bkz. 3299 sayılı Kanun, RG 19.06.1986, 19139.

⁴³ Tuncay, *Grup Toplu İş Sözleşmeleri*, s. 7vd.; Sur, *a. g. e.*, s. 215, Ekonomi, *Sorunlar*, s. 14.

⁴⁴ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 14.

3. Muhatabın İşveren Sendikası Olması

2822 sayılı Kanun'un 3299 sayılı Kanun ile değiştirilen ve uygulanma alanı genişletilen işletme toplu iş sözleşmesi dikkate alındığında, birden çok işyeri (grup) için yapılacak toplu iş sözleşmesine işveren tarafı olarak ancak bir işveren sendikası taraf olma ehliyetine sahiptir. Zira sendika üyesi olmayan bir işverenin aynı işkolunda birden çok işyeri varsa, bunlar için bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılması zorunludur. Sendika üyesi olmayan işverenin değişik işkollarında kurulu işyerleri bulunuyorsa, bunlar için ayrı ayrı tek işyeri sözleşmesi, eğer işkollarından birinde birden fazla işyeri bulunuyorsa, bunlar hakkında da bir işletme sözleşmesi yapılabilir.⁴⁵

Değişik işverenlere ait işyerlerini kapsamak üzere meydana getirilecek bir grup sözleşmesinin işçi tarafı ise, bu işyerlerinin dâhil oldukları işkolunda kurulu bulunan bir işçi sendikası olabilir.⁴⁶

Öğretideki baskın görüşe göre de; grup toplu iş sözleşmesinin işveren tarafı ancak bir işveren sendikası olabilir. Zira birlikte hareket eden işverenlerin tek toplu sözleşme akdedebilmelerine ilişkin bir düzenleme bulunmadığı için, işveren sendikasına üye olmadan böyle bir sözleşme yapılması mümkün değildir.⁴⁷ Sendika üyesi olmayan işverenler ancak tek işyeri veya işletme türünde toplu iş sözleşmesine taraf olabilirler.

Öğretide, işverenlerin aynı işveren sendikasına üye olmalarına gerek bulunmadığı, işverenlerin bir araya gelerek toplu iş sözleşmesi görüşmelerine bizzat kendilerinin katılabileceği,⁴⁸ 2822 sayılı Kanun'da genel bir anlatımla, toplu sözleşmenin birden fazla işyerini kapsayabileceği; sendika üyesi olmayan işverenlerin birlikte toplu pazarlığa katılarak toplu sözleşme akdetmelerine bir hukuki engel bulunmadığı da ifade edilmektedir.⁴⁹

⁴⁵ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 17.

⁴⁶ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 17.

⁴⁷ Oğuzman, *İşçi-İşveren İlişkileri*, s. 28-29; Şahlanan, *a. g. e.*, s. 49; Ekonomi, *Sorunlar*, s. 18-19; Narmanlıoğlu, *a. g. e.*, s. 321-322; Demir, *a.g.e.*, 4. Baskı, İzmir 2005, s. 427; Sur, *a. g. e.*, s. 216.

⁴⁸ Tuncay, *Grup Toplu İş Sözleşmeleri*, s. 9; buna karşılık, işverenlerin tümünün aynı işveren sendikasına üye olması önündeki görüş için bkz. Akyiğit, *a. g. e.*, s. 474.

⁴⁹ Sur, *a. g. e.*, s. 216.

Bir işveren sendikasının taraf olacağı birden çok işyerini kapsayacak bir grup toplu iş sözleşmesinde, işveren sendikasının üyesi işverenlerin tek işyerleri olabileceği gibi, bunların bir kısmının o işkolunda kurulu bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerleri de bulunabilir. Hatta işveren sendikasının grup sözleşmesinin kapsamına girecek üyelerinin tümü işletme sözleşmesi yapmaları gereken işyerlerine sahip olabilirler. Grup toplu iş sözleşmesinde işverenlerin tek veya işletme sözleşmesini oluşturacak işyerlerinin bulunması, yetkinin kazanılmasında ve grev oylamasında önem arz etmektedir.⁵⁰

III. İŞYERLERİ (GRUP) TOPLU İŞ SÖZLEŞMELERİ İLE İLGİLİ UYUŞMAZLIKLAR, YARGITAY'IN GELİŞTİRDİĞİ ÇÖZÜMLER VE ELEŞTİRİSİ

Birden çok işyerini kapsayan işyerleri (grup) toplu iş sözleşmesi, 275 sayılı Kanun döneminden başlayarak “grup toplu iş sözleşmesi” veya “grup sözleşmesi” olarak adlandırılmış, 2822 sayılı Kanun’un 3. maddesine ilişkin gerekçeye alınan bu ad, bu Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra da kullanılarak uygulamada tamamen yerleşmiş ve öğretiye girmiştir. İşyerleri (grup) toplu iş sözleşmeleri ile ilgili olarak öğretilerde görüş birliği bulunmamakla beraber, Yargıtay’ın çeşitli zamanlarda vermiş olduğu kararlar neticesinde konu tartışmaya açılmıştır.

2822 sayılı Kanun m. 21’de toplu iş uyuşmazlığının çıkarılacağı haller ve m. 22’de arabuluculuk, Kanun’da öngörülen toplu iş sözleşmesi türleri itibariyle genel olarak bir ayırım gözetmeksizin düzenlenmiştir. Söz konusu hükümler birden çok işyerini kapsamak üzere yapılacak grup toplu iş sözleşmeleri hakkında da uygulanacaktır. Ancak, arabulucunun tayini ile ilgili uyuşmazlıklarda görevli mahkeme, sözleşme türlerine ve grup sözleşmesinin kapsamına giren işyerlerinin bir veya birden fazla bölge çalışma müdürlüğünün yetki alanına girmesine göre belirlenecektir (m. 15, 22/ II, III).⁵¹ Birden çok işyerini kapsamak üzere yapılacak grup toplu iş sözleşmesinde, sözleşmenin uygulanma alanına girecek işyerleri ve işletme sayısının tayin edilecek ara-

⁵⁰ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 17.

⁵¹ Çelik, *İş Hukuku 2009*, s. 601-606; Ekonomi, *Sorunlar*, s. 14-15; Oğuzman, *Değerlendirme*, s. 5vd.

bulucu yönünden hiçbir önemi yoktur. 2822 sayılı Kanun m. 22/ II ve III'de de açıkça gösterildiği üzere grup toplu iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta da bir arabulucu tayin edilir. Arabulucu, görev süresinde taraflar arasında bir anlaşma sağlarsa, grup toplu iş sözleşmesi meydana gelir (m. 23/ III, 20).⁵² Süresinin sonunda taraflar arasında bir anlaşma meydana gelmemişse arabulucu grup toplu iş sözleşmesine ilişkin olarak yine tek bir uyuşmazlık tutanağı düzenler ve görevli makama tevdi eder (m. 23/ IV).⁵³

İşçi sendikası veya işveren sendikası birden çok işyerini ve işletmeyi kapsayan bir toplu iş sözleşmesi yapma isteği ile Çalışma Bakanlığına başvurduğunda, yetki tespiti istediği işyerleri ve işletmelerin tümü için grev ve lokavt yasağı söz konusu olabileceği gibi, bunlardan sadece bazıları hakkında grev ve lokavt yasağı bulunması da mümkündür. Bazı işyerleri için böyle bir yasak bulunması grup toplu iş sözleşmesine dâhil edilmelerine bir engel teşkil etmez. Anlaşma sağlandığı takdirde, sözü edilen işyerleri ve işletmeleri de kapsayan bir tek grup toplu iş sözleşmesi meydana getirilir. Taraflar arasında anlaşma sağlanamaz ve arabuluculuk safhasında da anlaşma yoluna gidilemezse, gruba dâhil olup da grev ve lokavtın yasaklandığı işyeri, işyerleri ve işletmeler için Yüksek Hakem Kurulu'na başvurulabilir. Eğer belirtilen yasakların geçerli olduğu işyeri ve işletme tek ise, tek işyeri veya işletme, birden fazla ise ikinci bir grup toplu iş sözleşmesi Yüksek Hakem Kurulu kararı ile oluşturulur. Bu durum 2822 sayılı Kanun m. 12'de grup toplu iş sözleşmesinde, sözleşmenin kapsamına girecek işyerleri ve/ veya işletmeler itibariyle ayrı ayrı çoğunluk aranmasının doğal bir sonucudur.⁵⁴ Bu bakımdan grev ve lokavtın yasak olduğu işyerleri ve işyerleri hakkında, toplu iş sözleşmesi yapma zorunluluğu durumunda söz edilebilir. Bu bakımdan Yargıtay'ın 1986 yılında grup sözleşmesine ilişkin olarak verdiği ilk kararda, Kanunda grup sözleşmesi adı altında bir sözleşme düzenlenmediği ancak taraflar aralarında anlaşılırlarsa grup sözleşmesi yapmalarına bir engel yoktur görüşünü açıkladıktan sonra "*taraflar arasında grup sözleşmesi yapmak hususun-*

⁵² Ekonomi, *Sorunlar*, s. 14-15; Oğuzman, *Değerlendirme*, s. 5vd.; Çelik, *İş Hukuku* 2009, s. 606.

⁵³ Oğuzman, *Değerlendirme*, s. 5vd.; Ekonomi, *Sorunlar*, s. 14-15.

⁵⁴ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 13vd.

da uyuşmazlık çıkarıp anlaşamadıklarına göre, bunun için karşı taraf grup sözleşmesi yapmaya zorlanamaz" sonucuna varması da isabetli değildir.

Zira grev ve lokavtın uygulanabileceği işlerde ve işyerlerinde de bu hakların kullanılması suretiyle de grup sözleşmelerine ulaşılması mümkündür.⁵⁵ Yargıtay karara konu olayda, bir işveren sendikası mahkemeden üyesi işverenlere ait işyerlerini kapsayacak şekilde ve Türkiye çapında grup toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olduğunun tespitini istemiş, davalı işçi sendikası ise 2822 sayılı Kanun'da bu tür bir toplu iş sözleşmesinin öngörülmediği itirazında bulunmuştur. Yargıtay bu mesele ile ilgili olarak; ... gerçekten 2822 sayılı Kanunda "işyeri" ve "işletme" toplu iş sözleşmesine yer verilmiş olup, açıkça "grup sözleşmesi" adı altında bir sözleşme türü düzenlenmiş değildir. Bu nedenle taraflardan biri diğerini yasal olarak grup sözleşmesi yapmaya zorlayamaz, ancak bu durum tarafların anlaşmaları suretiyle grup sözleşmesi yapmalarına da engel teşkil etmez. Böyle olunca, taraflar arasında grup sözleşmesi yapmak hususunda uyuşmazlık çıkıp anlaşamadıklarına göre, bunun için karşı taraf grup sözleşmesi yapmaya zorlanamaz." şeklinde karar vermiştir.⁵⁶ Yargıtay'ın kararında, her şeyden önce 2822 sayılı Kanun'da açıkça grup toplu iş sözleşmesi adı altında bir sözleşmenin yer almadığını belirtmesi isabetli değildir. 2822 sayılı Kanun m. 3/ I'de belirtilen "Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir." hükmündeki "birden çok işyerini kapsayan" toplu iş sözleşmesi ifadesi, grup toplu iş sözleşmesini ifade etmektedir.⁵⁷ 2822 sayılı Kanunun "işyeri", "işyerleri" ve "işletme" türü olmak üzere üç tür toplu iş sözleşmesi öngörmüştür.⁵⁸ Nitekim 2822 sayılı Kanun m. 27/ I'de de açıkça "bir veya birden çok işyerinde ve işletmede" yapılan toplu iş sözleşmesinden bahsedilmektedir.⁵⁹

⁵⁵ Ekonomi, Sorunlar, s. 13vd.

⁵⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 24.04.1986, Esas No: 1986/ 3377, Karar No. 1986/ 4325; ayrıca bkz. Ekonomi, Sorunlar, s. 14; Oğuzman, Değerlendirme, s. 3.

⁵⁷ Ekonomi, Sorunlar, s. 14; Şahlanan, a. g. e., s. 30; Tuncay, Toplu İş Hukuku, s. 136-137; Oğuzman, Değerlendirme, s. 4.

⁵⁸ Ekonomi, Sorunlar, s. 14; Şahlanan, a. g. e., s. 30; Tuğ, a. g. e., s. 38; Aktay (Arıcı/ Kaplan-Seneyen), a. g. e., s. 427; Aktay, a. g. e., s. 45; Oğuzman, Değerlendirme, s. 4.

⁵⁹ Tuğ, a. g. e., s. 39; Ekonomi, Sorunlar, s. 14vd.; Şahlanan, a. g. e., s. 30; Oğuzman, Değerlendirme, s. 4.

Yargıtay aynı görüşünü 1988 yılında vermiş olduğu bir başka kararında da tekrarlamış ve 2822 sayılı Kanun'da açıkça işyeri ve işletme toplu iş sözleşmelerine yer verildiğini, "grup toplu iş sözleşmesi"ne yer verilmediğini belirtmiş ve " ... böyle olmakla birlikte işçi ve işveren sendikalarının kendi aralarında grup sözleşmesi adı altında sözleşme yapabilecekleri yargı içtihatlarıyla kabul edilmektedir. Olayda işçi sendikası grup sözleşmesi yapmaya yanaşmamıştır. ..." ifadesini kullanmıştır.⁶⁰ Bu kararında da Yargıtay'ın eski kararındaki görüşünde ısrar ettiği anlaşılmaktadır. 1988 tarihli karara karşı ilk derece mahkemesinin kararında direnmesi üzerine, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 9. Daire'nin kararını uygun bulan bir onama kararı vermiştir.⁶¹ Kararda, işçi sendikasının böyle bir sözleşme yapmaya yanaşmadığı da belirtildiğine göre; Yargıtay'ın, taraflar arasında grup toplu iş sözleşmesi yapma konusunda anlaşma olmadıkça, bir tarafın diğerini grup toplu iş sözleşmesi yapmaya zorlayamayacağına ilişkin yukarıdaki karardaki görüşünü bu kararda da sürdürdüğü anlaşılmaktadır.⁶²

Toplu iş sözleşmesi için çağrıda bulunan bir işçi sendikası, işveren sendikası toplu görüşmeye gelmediği veya görüşmeye devam etmediği ya da yürütülen tek toplu görüşmede bir anlaşmaya varılamadığı takdirde, arabuluculuk safhasını geçirdikten sonra sözleşmenin kapsamına giren tüm işyerleri için grev kararı alabilir ve Kanun'daki sürelerle uyararak grevi uygulamak suretiyle işveren sendikasını grup sözleşmesinin meydana gelmesi için zorlayabilir.⁶³ Birden çok işyeri için yapılacak bu grup sözleşmesinde işçi sendikası yönünden tüm işyerle-

⁶⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 18.04.1988, Esas No: 1988/ 4524, Karar No: 1988/ 4293; ayrıca bkz. Şahlanan, *a. g. e.*, s. 29; Aktay (Arıcı/ Kaplan-Senyen), *a. g. e.*, s. 426; Ekonomi, *Toplu İş Sözleşmesi Türleri*, s. 5-6; Aktay, *a. g. e.*, s. 45; Ekonomi, *Sorunlar*, s. 14.

⁶¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Tarih: 21.12.1988, Esas No: 1988/ 9-695, Karar No: 1988/ 1021.

⁶² Şahlanan, *a. g. e.*, s. 29; Oğuzman, *Değerlendirme*, s. 3.

⁶³ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 13vd.; Şahlanan, *a. g. e.*, s. 30-31; Tuğ, *a. g. e.*, s. 40; Oğuzman, *Değerlendirme*, s. 6; Ulucan, *Değerlendirme*, s. 118-119; Çelik, *İş Hukuku 2009*, s. 514-515; ayrıca bkz. Tuncay, *Toplu İş Hukuku*, s. 136-137; Cevdet İlhan Günay, *İş Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 857vd.; Cevdet İlhan Günay, *Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku*, Ankara 1999, s. 105-106; Mahmut Kabakçı, *Grev ve Lokavt*, İstanbul 2004, s. 149-150; Aktay, *a. g. e.*, s. 46-47; Sur, *a. g. e.*, s. 216; Oğuzman, *İşçi-İşveren İlişkileri*, s. 29; Sur, *a. g. e.*, s. 217; Narmanlıoğlu, *a. g. e.*, s. 322.

ri için grev kararı almak zorunluluğu yoktur. Dilerse uyuşmazlık kapsamına giren işyerleri ve işletmelerden bir kısmı için grev kararı alabilir. Ancak bu durum, işçi sendikasının grev kararı almadığı işyerleri ve işletmelerde işverenin sendikasının lokavt kararı almasına ve lokavtı uygulayarak zor kullanmasına engel olmaz.⁶⁴ Nitekim 2822 sayılı Kanun m. 27/ III, cümle son' a göre; "grev kararı uyuşmazlığın kapsamındaki işyerlerinin bir kısmı için alınmış olsa dahi lokavt kararı o uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyeri için de alınabilir."

Yargıtay, 2822 sayılı Kanun m. 27/ III, cümle son' da yer alan " ... Grev kararı uyuşmazlığın kapsamındaki işyerlerinin bir kısmı için alınmış olsa dahi lokavt kararı o uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyerleri için de alınabilir." hükmünü münhasıran "işyerleri (grup) toplu iş sözleşmeleri" için konulduğu halde, 1988 tarihli kararında "27. maddenin son fıkrasındaki 'grev kararı uyuşmazlığın kapsamındaki işyerlerinin bir kısmı için alınmış olsa dahi, lokavt kararı o uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyerleri için de alınabilir' hükmü, işyeri ve işletme toplu iş sözleşmesi ile ilgilidir" sonucuna varmaktadır.⁶⁵ Oysa m. 27/ III hükmü ne tek işyeri ve ne de işletme sözleşmesi ile ilgilidir. Hükümde çok açık şekilde belirtildiği üzere, birden çok işyeri için yapılan toplu iş sözleşmeleri, yani grup toplu iş sözleşmeleri hakkında getirilmiştir.⁶⁶

Öğretide de bu hükmün üçüncü bir tür olarak getirilen grup toplu iş sözleşmeleri için Kanuna konulmuş olduğu ve hatta m. 27/ I'de yer alan "Bir veya birden çok işyerinde veya işletmede" ifadesinde geçen "birden çok işyeri" ile ilgili uyuşmazlığın grup toplu iş sözleşmeleri için düşünülen bir uyuşmazlık olduğu belirtilmektedir.⁶⁷ Yine öğretiye göre; 2822 sayılı Kanun m. 27'nin gerekçesi açıkça, grup toplu iş sözleşme-

⁶⁴ Çelik, *İş Hukuku 2009*, s. 622; Ekonomi, *Sorunlar*, s. 17vd.; birden çok işyerini kapsayan bir toplu iş sözleşmesi uyuşmazlığında işyerlerinin bir kısmı için grev kararı alındığında, o uyuşmazlık kapsamında hakkında grev kararı alınan veya alınmayan tüm işyerlerinde lokavt kararı alınabileceği yönündeki görüşün aksi yönündeki görüş için bkz. Reisoğlu, *Şerh*, s. 278.

⁶⁵ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 14; Oğuzman, *Değerlendirme*, s. 4.

⁶⁶ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 14vd.; Oğuzman, *Değerlendirme*, s. 4; Çelik, *İş Hukuku 2009*, s. 622.

⁶⁷ Şahlanan, *a. g. e.*, s. 30; Tuğ, *a. g. e.*, s. 37-39; Ekonomi, *Toplu İş Sözleşmesi Türleri*, s. 6; Ekonomi, *Sorunlar*, s. 15; Aktay, *a. g. e.*, s. 46; Sur, *a. g. e.*, s. 217; Aktay (Arıcı/Kaplan-Seneyen), *a. g. e.*, s. 427;

sinden bahsetmekte ve bu görüşü kuvvetlendirmektedir.⁶⁸ Madde gerekçesine göre; “birden çok işyeri için yürütülen toplu iş sözleşmeleri müzakerelerinde uyuşmazlık çıkması halinde, işçi sendikası uyuşmazlığın kapsamındaki işyerlerinin bir kısmı için grev kararı almış olsa dahi lokavt kararı o uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyerleri için de alınabilir. Şayet bu imkan tanınmasa idi, grup sözleşmeleri için yapılan görüşmeler açısından lokavt etkili olamazdı.”

O halde “grup toplu iş sözleşmesi” ifadesinin Kanun’da açıkça geçmiyor olması nedeniyle Yargıtay’ın yukarıda belirtilen sonuçlara varması isabetli görülmemektedir.⁶⁹ Bir hukuki işlemin, eylemin veya kurumun bütün unsurları ve şartları Kanun’da düzenlendiği halde, ona bir ad konmaması; kanunda düzenlenmediği anlamına gelmez.⁷⁰ Bu açıdan Yargıtay’ın incelediği uyuşmazlıkta “grup sözleşmesi” ifadesine takılmaksızın, yapılmak istenilen birden çok işyerini kapsayan bir toplu iş sözleşmesi yönünden Kanun’un aradığı şartların bulunup bulunmadığını araştırarak bir karara varması yerinde olurdu.⁷¹

Grup toplu iş sözleşmesi için yetki işlemleri işveren sendikasıyla başlatıldığı ve toplu görüşmeye çağrı yapıldığında, işçi sendikası toplu görüşmeye gelmezse veya devam etmezse, işveren sendikasının işçi sendikasını lokavt ile böyle bir sözleşmenin meydana getirilmesine zorlamak imkânı bulunmamaktadır. Bu durum, 2822 sayılı Kanun m. 27/ III, cümle 1 hükmüne göre; “Uyuşmazlığın tarafı olan işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren, işçi sendikasının almış olduğu grev kararının kendisine tebliğinden itibaren altı işgünü içinde lokavt kararı alabilir.” Bu kural sadece grup sözleşmeleri ile ilgili değildir, genel olarak tüm toplu iş sözleşmesi türleri için geçerlidir. Bu itibarla tek

⁶⁸ Aktay (Arıcı/ Kaplan-Senyen), *a. g. e.*, s. 427; Aktay, *a. g. e.*, s. 46.

⁶⁹ Şahlanan, *a. g. e.*, s. 30.

⁷⁰ Şahlanan, *a. g. e.*, s. 30; Tuğ, *a. g. e.*, s. 39; Tuncay, *Grup Toplu İş Sözleşmeleri*, s. 10-11; ayrıca bkz. Oğuzman, *Değerlendirme*, s. 4-5; *Ekonomi, Sorunlar*, s. 15-16.

⁷¹ Aktay (Arıcı/ Kaplan-Senyen), *a. g. e.*, s. 427; Şahlanan, *a. g. e.*, s. 30; Tuğ, *a. g. e.*, s. 40; Nuri Çelik, “Toplu İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Uyuşmazlıkları Açısından Yargıtay’ın 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay’ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990, s. 174; Çelik, *İş Hukuku 2008*, s. 506; Oğuzman, *Değerlendirme*, s. 6; Aktay, *a. g. e.*, s. 46-47; Tuncay, *Toplu İş Hukuku*, s. 136-137; Sur, *a. g. e.*, s. 217; *Ekonomi, Sorunlar*, s. 17vd.

işyeri veya tek işletme için yapılacak bir sözleşme için de işçi sendikası tarafından grev kararı alınıp tebliğ edilmedikçe işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işveren tarafından lokavt kararı alınması ve karşı taraf üzerinde lokavta dayalı bir baskı kullanılması söz konusu olamaz.⁷²

O halde grup toplu iş sözleşmesine çağrı işveren sendikası tarafından geldiğinde işçi sendikası buna karşı çıkar ve böyle bir sözleşme için arabuluculuğu takiben grev kararı alıp bildirmezse, işveren sendikası lokavt kararı ile işçi sendikasını zorlamak imkânına sahip değildir. Bu duruma işçi sendikasının üyelerine karşı sorumluluğu açısından olumlu bakılamaz. Zira işveren sendikasının grup sözleşmesine yaptığı çağrıya direnen işçi sendikası arabulucu tutanağının tebliğinden sonra Kanun'da öngörülen sürelerde grev kararı almazsa, yetki belgesinin hükmü kalmaz (m. 27/ I, II). Yetki işlemlerinin yeniden başlatılması ve işçi sendikası tarafından gelecek çağrı üzerine toplu görüşme ile diğer safhalar tamamlanarak sözleşmeye ulaşılması gerekecektir.⁷³

Grup toplu iş sözleşmesine çağrının işveren sendikası tarafından gelmesi durumunda, işçi sendikasının toplu görüşmeyi kabul etmesi üzerine tek toplu görüşme yürütülebilir ve görüşmede anlaşma sağlanamadığı takdirde çıkan uyuşmazlıkta arabuluculuktan sonra işçi sendikası grev kararı alabilir, bunun üzerine işveren sendikası da lokavt kararı alabilir ve karşılıklı zorlama ile bir denge kurularak grup toplu iş sözleşmesine ulaşılması mümkün olabilir.⁷⁴

Her iki kararda da önce 2822 sayılı Kanun'da açıkça grup sözleşmesi adı altında bir sözleşmenin yer almadığının belirtilmesi ve sonra taraflar anlaşmak suretiyle bir "grup sözleşmesi" yapabilirler denilmesi de yerinde değildir.⁷⁵ Toplu iş sözleşmesine verilen ad ne olursa olsun,

⁷² Ekonomi, *Sorunlar*, s. 17vd.; Aktay (Arıcı/ Kaplan-Seneyen), *a. g. e.*, s. 427; Şahlanan, *a. g. e.*, s. 30; Tuğ, *a. g. e.*, s. 40; Nuri Çelik, "Toplu İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Uyuşmazlıkları Açısından Yargıtay'ın 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990, s. 174; Çelik, *İş Hukuku 2008*, s. 506; Oğuzman, *Değerlendirme*, s. 6; Aktay, *a. g. e.*, s. 46-47; Tuncay, *Toplu İş Hukuku*, s. 136-137; Sur, *a. g. e.*, s. 217.

⁷³ Bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ekonomi, *Sorunlar*, s. 14vd.

⁷⁴ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 17vd.

⁷⁵ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 15.

eğer esas ve şartları itibariyle Kanun'da öngörülen sözleşme türüne girmiyorsa böyle bir sözleşmeyi 2822 sayılı Kanun anlamında bir toplu iş sözleşmesi olarak nitelemek mümkün olmayacaktır. Zira 2822 sayılı Kanun'da gerek toplu iş sözleşmesinin düzeyi ve gerek Kanun'da öngörülen işyeri düzeyindeki sözleşmelerin türleri sınırlı olarak belirlenmiş, taraflara seçtikleri düzeyde ve türde sözleşme meydana getirmek imkânı verilmemiştir.⁷⁶

Bütün bu anlatılanların yanı sıra bir grup toplu iş sözleşmesinin, işçi ve işveren taraflarının birbirini zorlaması olmaksızın da yapılması mümkündür. Örneğin, taraflardan biri birden çok işyeri için ayrı ayrı yetki belgeleri almış olsa bile taraflar anlaşarak tek bir grup toplu iş sözleşmesi yapmak üzere görüşmeleri sürdürebilirler. Bunun yanında, birden çok işyeri için alınmış tek bir yetki ve buna bağlı olarak tek bir çağrı ile grup toplu iş sözleşmesi yapılmak istenirse bile, taraflar toplu görüşmede işyerlerini ve/ veya işletmeleri ayırarak ayrı ayrı işyeri ya da işletme sözleşmesi görüşmelerine dönüştürebilirler.⁷⁷ Bu durumda ortaya çıkan uyuşmazlıklarda artık tek arabulucu değil, ayrı ayrı arabulucu tayini ve ayrı grev kararları söz konusu olacaktır.⁷⁸

Grup toplu iş sözleşmeleri ile ilgili bir başka sorun da, grup toplu iş sözleşmelerine sonradan katılma istekleridir. Bazı hallerde grup toplu iş sözleşmesinin bitim tarihi ile gruba dâhil edilmek istenen bir işyerinin uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin sona eriş tarihleri ya da yetki alınma tarihleri farklı zamana rastlamaktadır. Bu takdirde o işyerinin grup toplu iş sözleşmesi ile uyumunun nasıl saptanacağı meselesi tartışma konusu olmaktadır. Uygulamada bu sorunun çözümü için uygulanan usul, ara dönem için işçi sendikası ile işveren arasında geçici ve kısa süreli sözleşmelerin yapılmasıdır.⁷⁹

SONUÇ

1982 Anayasası, toplu iş sözleşmesinin kapsamı ve düzeyi ile ilgili olarak herhangi bir hükme yer vermeyerek, konuyu kanun koyucu-

⁷⁶ Ekonomi, *Sorunlar*, s. 15.

⁷⁷ Şahlanan, *a. g. e.*, s. 31; Çelik, *İş Hukuku 2008*, s.

⁷⁸ Şahlanan, *a. g. e.*, s. 31-32; Çelik, *İş Hukuku 2008*, s. 507; Ekonomi, *Sorunlar*, s. 22-23.

⁷⁹ Aktay (Aricı / Kaplan-Seneyen), *a. g. e.*, s. 428; Aktay, *a. g. e.*, s. 46-47.

nun tercihine bırakmıştır. 2822 sayılı Kanun'un gerekçesinde de açıkça dile getirildiği üzere, bir toplu iş sözleşmesi tek bir işyerini kapsamak üzere yapılan "işyeri toplu iş sözleşmesi" olabileceği gibi birden çok işyerini kapsamak üzere yapılan "işyerleri toplu iş sözleşmesi" veya uygulama ve öğretilerdeki yerleşmiş adıyla "grup toplu iş sözleşmesi" şeklinde de olabilir. Kanun'un sistemi içinde işyerleri (grup) toplu iş sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler de getirilmiştir.

Grup toplu iş sözleşmeleri esasen bir işyeri toplu iş sözleşmesi tipindedir ve aynı temel esaslara tabidirler. Ancak bazı belirli konularda tek bir işyeri için yapılacak sözleşmelerde bazı farklılıklar taşımaktadırlar.

Yargıtay konu ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlarında, Kanun'da açıkça grup toplu iş sözleşmesine yer verilmiş olmaması nedeniyle tarafların birbirlerini grup toplu iş sözleşmesi yapmaya zorlayamayacakları yönünde görüş belirtmektedir. Yargıtay'ın, her şeyden önce 2822 sayılı Kanun'da açıkça grup toplu iş sözleşmesi adı altında bir sözleşmenin yer almadığını belirtmesi isabetli değildir. 2822 sayılı Kanun m. 3/ I'de belirtilen "Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir." hükmündeki "birden çok işyerini kapsayan" toplu iş sözleşmesi ifadesi, grup toplu iş sözleşmesini ifade etmektedir. Nitekim 2822 sayılı Kanun m. 27/ I'de de açıkça "bir veya birden çok işyerinde ve işletmede" yapılan toplu iş sözleşmesinden bahsedilmektedir. Ayrıca toplu iş sözleşmesi için çağrıda bulunan bir işçi sendikası, işveren sendikası toplu görüşmeye gelmediği veya görüşmeye devam etmediği ya da yürütülen tek toplu görüşmede bir anlaşmaya varılamadığı takdirde, arabuluculuk safhasını geçirdikten sonra sözleşmenin kapsamına giren tüm işyerleri için grev kararı alabilecek ve Kanundaki sürelerle uyararak grevi uygulamak suretiyle işveren sendikasını grup sözleşmesinin meydana gelmesi için zorlayabilecektir.

Yargıtay, 2822 sayılı Kanun m. 27/ son hükmünün işyeri ve işletme toplu iş sözleşmeleri ile ilgili olup, grup toplu iş sözleşmesi müzakeresindeki uyuşmazlıklarda uygulanmasının mümkün olmadığı düşüncesindedir. Ancak işletme toplu iş sözleşmesinin yapılmasıyla ilgili bir uyuşmazlıkta, bir bütün olarak meydana getirilmesi zorunlu bu sözleşmelerde grev ve lokavt kararları sözleşmenin kapsamına girecek işyerlerinin tümüne yönelik olarak alınabilir. Sözü edilen m. 27/ III, son cümle hükmü sadece birden çok işyerini kapsayan grup toplu

iş sözleşmeleri için getirilmiş bir düzenlemedir. Ayrıca 2822 sayılı Kanun m. 27'nin gerekçesi açıkça, grup toplu iş sözleşmesinden bahsetmekte ve bu görüşü kuvvetlendirmektedir.

Toplu iş sözleşmesine verilen ad ne olursa olsun, eğer esas ve şartları itibariyle Kanun'da öngörölen sözleşme türüne girmiyorsa böyle bir sözleşmeyi 2822 sayılı Kanun anlamında bir toplu iş sözleşmesi olarak nitelemek mümkün değildir. Zira 2822 sayılı Kanun'da gerek toplu iş sözleşmesinin düzeyi ve gerek Kanunda öngörölen işyeri düzeyindeki sözleşmelerin türleri sınırlı olarak belirlenmiş, taraflara seçtikleri düzeyde ve türde sözleşme meydana getirmek imkânı verilmemiştir Üstelik "*Grup toplu iş sözleşmeleri*" sözcüğünün Kanun'da açıkça geçmiyor olması nedeniyle Yargıtay'ın yukarıda belirtilen sonuçlara varması isabetli görölmemektedir. Bir hukuki işlemin, eylemin veya kurumun bütün unsurları ve şartları Kanunda düzenlendiği halde, ona bir ad konmaması; o kurumun kanunda düzenlenmediği anlamına da gelmez.

O halde 2822 sayılı Kanun'un lafzından hareketle; grup toplu iş sözleşmelerinin işyeri düzeyinde yapılan ve farklı işverenlere ait olmakla birlikte aynı işkolunda yer alan birden fazla işyerini kapsayan bir toplu iş sözleşmesi türü olarak düzenlendiğini ifade edebiliriz. Aynı zamanda grup toplu iş sözleşmeleri, tek bir prosedürden geçen birden fazla üst üste oturmuş toplu iş sözleşmeleri bütünü olarak da düşünölemez; yukarıda da belirttiğimiz üzere, tek bir toplu iş sözleşmesi söz konusu olmaktadır.

KAYNAKLAR

- Aktay, A. Nizamettin, *Toplu İş Sözleşmesi*, TÜHİS, Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Ankara 2000.
- Aktay, A. Nizamettin / Arıcı, Kadir / Kaplan-Senyen / E. Tuncay, *İş Hukuku*, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık A.Ş., Ekim 2009, Ankara.
- Akyiğit, Ercan, *İş Hukuku*, 6. Basım, Seçkin Yayıncılık A.Ş., Ankara 2007.
- Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 22. Bası, Beta Basım A.Ş., Eylül 2009. (İş Hukuku 2009)

- Çelik, Nuri, "Toplu İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Uyuşmazlıkları Açısından Yargıtay'ın 1988 Yılı İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990, s. 171-187. (Değerlendirme)
- Çelik, Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, 5. Bası, İstanbul 1980. (İş Hukuku 1980)
- Demir, Fevzi, *İş Hukuku ve Uygulaması*, 4. Baskı, İzmir 2005.
- Ekonomi, Münir, "Birden Çok İşyerini Kapsamak Üzere Yapılan İşyerleri Toplu İş Sözleşmesi (Grup Toplu İş Sözleşmesi) ve Yargıtay'ın Bu Sözleşmelere İlişkin Görüşleri Sebebiyle Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", *Türk İş Mevzuatı Açısından Grup Toplu İş Sözleşmeleri*, MESS Yayını, İstanbul 1989, s.13-30. (Sorunlar)
- Ekonomi, Münir, "Toplu İş Sözleşmesi Türleri, Ehliyet ve Yetki", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi'nce düzenlenen Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri*, Ankara 1990, s.3-34. (Toplu İş Sözleşmesi Türleri)
- Ekonomi, Münir, "İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulamada Karşılaşılan Başlıca Sorunlar", *Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, Temmuz 1987, s.6-21. (İşletme Toplu İş Sözleşmeleri)
- Günay, Cevdet İlhan, *İş Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2004. (İş Hukuku)
- Günay, Cevdet İlhan, *Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku*, Ankara 1999. (Grev)
- İnce, Ergun, *Toplu İş Hukuku*, İstanbul 1983.
- Kabakçı, Mahmut, *Grev ve Lokavt*, İstanbul 2004.
- Kutal, Metin, "2822 sayılı Yasada Toplu İş Sözleşmesi Kavramı, Düzeyi, İçeriği ve Sona Ermesi", *İktisat ve Maliye Dergisi*, Mart 1984. (Kavram)
- Kutal, Metin, "Toplu İş Sözleşmeleri", *Kollektif İş İlişkilerini Düzenleyen 2821-2822 sayılı Yasalar ve Uygulaması Semineri*, İstanbul 1984. (Toplu İş Sözleşmeleri)
- Kutal, Metin / Ekonomi, Münir, "Türk Endüstri İlişkileri Sisteminin Yasal Çerçevesi ve Başlıca Sorunları", *Uluslararası Deneyimler Işığında Endüstri İlişkileri Semineri*, İstanbul 1977, s. 80-127.
- Narmanlıoğlu, Ünal, *İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001.
- Oğuzman, A. Kemal, "2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununda Yapılması Gereken Değişiklikler", *Milli Komite 15. Yıl Armağanı*, İstanbul 1991, s. 131-150. (Değişiklikler)
- Oğuzman, M. Kemal, "Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtay'ın Görüşününün Değerlendirilmesi", *Türk İş Mevzuatı Açıl-*

- sından Grup Toplu İş Sözleşmeleri*, MESS Yayını, İstanbul 1989, s.3-10. (Değerlendirme)
- Oğuzman, M. Kemal, *Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri*, 4. Bası, İstanbul 1987. (İşçi-İşveren İlişkileri)
- Oğuzman, M. Kemal, *Türkiye' de Toplu İş Sözleşmesi, Grev, Lokavt, Tahkim ve Arabuluculuk Düzeni Nasıl Olmalıdır*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, İstanbul 1973. (Toplu İş Sözleşmesi)
- Reisoğlu, Seza, "Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", *Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri, Grev ve Lokavt Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Bolu-Abant Semineri*, 16-19 Mayıs 1991. (Sorunlar)
- Reisoğlu, Seza, *2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi*, Ankara 1986. (Şerh)
- Sözer, Ali Nazım, "Grup Toplu İş Sözleşmesi ve 2822 sayılı Yasa Açısından Değerlendirilmesi", *İktisat ve Maliye Dergisi*, Ekim 1986, Cilt: 33, Sayı: 7.
- Sur, Melda, *İş Hukuku, Toplu İlişkiler*, Turhan Kitabevi, Kasım 2006, Ankara.
- Şahlanan, Fevzi, *Toplu İş Sözleşmesi*, BANKSİS (Banka ve Sigorta İşçileri Sendikası) Yayınları, No: 70, İstanbul 1992.
- Tuğ, Adnan, *Toplu İş Sözleşmesi*, Orman-İş Yayını, Ankara 1996.
- Tuncay, A. Can, *Toplu İş Hukuku (Sendikalar-Toplu İş Sözleşmeleri-Toplu İş Uyuşmazlıkları)*, ALFA Basım Yayım Dağıtım San. ve Tic. Ltd. Şti. İstanbul 1999. (Toplu İş Hukuku)
- Tuncay, A. Can, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye' de Grup Toplu İş Sözleşmeleri", *Çimento İşveren Dergisi*, Ocak 1987, s.11-17. (Grup Toplu İş Sözleşmeleri)
- Tuncay, A. Can/ Centel, Tankut, *Yeni Türk İş Hukuku Mevzuatı*, İstanbul 1984.
- Tunçomağ, Kenan/ Centel, Tankut, *İş Hukukunun Esasları*, Beta Basım A.Ş., 2. Bası, İstanbul 1999.
- Ulucan, Devrim, "Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Hukuki ve Uygulamaya İlişkin Güncel Sorunları", *Çalışma Hayatımızın Güncel Sorunları*, İstanbul 1987, s.171-209. (Güncel Sorunlar)
- Ulucan, Devrim, "Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıkları Açısından Yargıtay' ın 1986 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi*, İstanbul 1988, s. 109-132. (Değerlendirme)

VERGİLENDİRME VE VERGİ ALACAĞININ CEBREN TAHSİLİ SÜREÇLERİNDE TESİS EDİLEN İŞLEMLERİN AYRILABİLİR İŞLEM TEORİSİ ÇERÇEVESİNDE YARGISAL DENETİMİ

JUDICIAL REVIEW OF THE ACTS INSTITUTED DURING THE
PROCESS OF TAXATION AND COMPULSORY EXECUTION OF TAX
DEBTS WITHIN THE FRAME OF SEVERABLE ACT THEORY

Kerem CANBAZOĞLU*

Özet: Vergi alacağının doğumu ve tahsili süreçlerinde tesis edilen işlemler temel hakları doğrudan etkileyebilecek nitelik taşıdıkları için idari yargı denetiminin etkinliği bu konuda oldukça önemlidir. Söz konusu etkinlik ayrılabilir işlemler teorisi aracılığı ile iptal davalarına konu edilebilecek idari işlemlerin sayısının artırılması ile gerçekleştirilebilir. Ancak Danıştay'ın istikrara ulaşmış uygulamasında ayrılabilir işlemler teorisi ile ilgililere idari işlemin dava edilebilmesi yönünde ilgililerine tanınan hakkı daraltıcı biçimde yorumlandığı görülmektedir. Bu çalışmada vergi borcu yahut alacağının ortaya çıkması ve tahsili süreçlerinde tesis edilen işlemlerin ayrılabilir işlemler teorisi sayesinde iptal davasına konu edilebilirlikleri tartışılmak amaçlanmaktadır.

Anahtar Sözcükler: İdari işlem, ayrılabilir işlem teorisi, idarenin yargısal denetimi, hukuk devleti, vergi uyumsuzlukları

Abstract: The efficiency of judicial review of acts instituted during the process of taxation and compulsory execution of tax debts is fundamental for they can directly affect the civil rights. Mentioned efficiency can be realized by promoting the number of administrative acts that might be subject to revocatory action by means of severable act theory. However, one can see that the firm practice of Council of State on interpreting severable act theory restricts the right of filing of an action by the concerned. This study aims to discuss the judicial review of the administrative acts instituted during the process of taxation and compulsory execution of tax debts within the frame of Severable Act Theory.

* Av., Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (İdare Hukuku) doktora öğrencisi.

Keywords: The administrative acts, severable acts theory, judicial review of administration, state of law, tax disputes

GİRİŞ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

"Devletin akçalı işlerinin önemli bir bölümünü kapsayan vergilendirme işlemlerinin belli kurallar çerçevesinde gerçekleştirilmesini amaçlayan" vergi hukukunun, işlevinin ise, birey ile devlet arasında ortaya çıkan bu akçalı ilişkideki "çıkarlar dengesini korumak ve kurmak" olduğu şüphesizdir.¹ Genel idare hukukunda olduğu gibi,² vergi hukuku sistemi içerisinde de idarenin hukuka uygunluğunun denetimini sağlayacak yolların idari ve yargısal çözüm yolları olarak ikiye ayrıldığı söylenebilir.³ Belirtmek gerekir ki, sanılanın aksine yargısal denetimden daha eski bir geçmişi olan idari denetim yolları, günümüz hukuk devleti anlayışı için de onsuz olmaz bir unsur niteliği kazanmıştır.^{4,5} Ancak inceleme konumuz dışında kaldığından vergi uyuşmazlıklarının idari yollardan halli konusunu bir kenara bırakmak zorunludur.

Geniş anlamda devlet organlarından yasama ve yürütmenin vergilendirme alanına ilişkin tasarruflarının yargısal denetimi; Anayasa'nın 73/3. maddesi gereği kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminin Anayasa Mahkemesi; idari düzenleyici işlemlerin kanuna uygun-

¹ Kumrulu Ahmet, "Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri, İşlev-Yapı-İlkeler-Nitelik", Ankara 1989, s. 1.

² İdarenin denetiminde yargısal dışı yollardan idarenin denetimi meselesi eskiden beri birçok idare hukuku incelemesinde kendisine yer bulmuştur. Bunlar arasında Bkz. Derbil Süheyp, *İdare Hukuku*, Cilt: I (İdari Kaza-İdari Teşkilat) İkinci Bası, Ankara 1948; Artukmaç Sadık, *Bizde İdarenin Murakabesi*, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1950; Soybay Selçuk, *İdarenin Yargısal Olmayan Biçimlerde Denetimi*, İstanbul 2004, Yayınlanmamış Doktora Tezi; Erhürman Tufan, *İdari Denetim ve Ombudsman*, Ankara 2001, Yayınlanmamış Doktora Tezi.

³ Kumrulu, *a. g. e.*, s. 11.

⁴ Etkisiz yargısal ve idari başvuru yollarının varlığı söz konusu devletin hukuk devleti olup olmadığını tartışılır hale getirecektir. Bu konudaki görüşler için Bkz. Uler Yıldırım, "Yönetsel Yargıda Dava Süresi" , *I. Ulusal İdari Yargı Kongresi 1-4 Mayıs 1990*, Ankara, Birinci Kitap "İdari Yargı", Danıştay Yayınları No:53, Danıştay Matbaası, Ankara 1991, s. 227.

⁵ "Pek çok ülkede idarenin yargısal denetiminin temelleri yargı dışı denetim yollarının geliştirilmesi ile atıldığından, idarenin yargı dışı denetimi yollarının tarihçesi, sanılanın aksine, idarenin yargısal denetimi yollarından daha eskiye dayanmaktadır." Bkz. Erhürman, *a. g. e.*, s. 5

luğunun denetiminin ise idare mahkemeleri veya Danıştay, vergi idarelerince tesis edilen işlemlerin dayalı buldukları düzenleyici idari işlemlere ve kanuna uygunluklarının denetlenmesi için yine vergi mahkemelerince yerine getirilmektedir.

İncelememizin amacı vergi yargısının görev alanına giren vergilendirme ve cebren tahsil idari süreçleri içerisinde tesis edilen idari işlemlere, ayrılabilir işlemler teorisi perspektifinden yaklaşmak suretiyle, bu işlemlerin iptal davasına konu edilebilirliklerini saptamak ve tartışmak olduğu için, çalışmada kanun ve ikincil düzenlemelerin anayasa ve yasaya uygunluklarının denetimi sistemi içerisinde değil, bireysel idari işlemlerin dayalı oldukları ikincil düzenleme ve yasa hükümlerine uygunluklarının araştırıldığı salt idari işlemlerin iptali davalarına odaklanılmıştır. Bu bağlamda vergi idarelerinin vergilendirme işlemleri ve vergi alacağıının cebren tahsili aşamasında tesis edilen işlemlerinin tek tek ve mahiyetleri ortaya konarak idari işlem teorisine göre nitelendirilmeleri, söz konusu işlemlerin iptal davasına konu edilebilirlikleri için ayrılabilir işlemler teorisinin uygulanmasına imkan olup olmadığını ortaya koyabilmek adına önem taşımaktadır.

Gerek bireysel vergilendirme ve tahsil işlemleri gerekse vergi hukukuna ilişkin düzenleyici işlemlerin hem tesis süreçleri hem de bu işlemlerin geniş anlamda denetimi, idare hukuku kavramları ve kurumları ile iç içedir ve bu nedenle idare hukuku ve vergi hukuku söz konusu alanda doğal olarak etkileşim içerisinde. Hatta bu etkileşim nedeniyledir ki bu iki hukuk dalını ayrı hukuk dalları olarak kabul etmeyen görüşler de ortaya atılmıştır.⁶ Bu görüşlere paralel olarak vergi işlemleri konusu özellikle idari işlem teorisi bağlamından incelenmek üzere bazı idare hukuku kitaplarında da kendisine yer bulmuştur.⁷ Bu durum, iptal davası yoluyla idari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetiminde idari yargının etkinliğini ve denetim alanını arttırmaya yönelik “*ayrılabilir işlemler teorisi*” gibi teorilerin de vergi yargılama hukuku alanına aktarılmasına sebep olmaktadır. İnceleme alanımızı böylece belirleyip sınırladıktan sonra ortaya koymaya gayret edeceğimiz çözümlememiz için öncelikle iptal davalarının niteliği, iptal davasına

⁶ Öncel, Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, *Vergi Hukuku*, Ankara 2008, s. 3

⁷ Onar, Sıdık Sami, *İdare Hukuku*, C. I, 2. Baskı, İstanbul, 1944, s. 1073 ila 10; Özay, İl Han, *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, Ekim 2004, İstanbul s. 641.vd.

konu edilebilecek idari işlemler ve ayrılabilir işlemler teorisi ele alınmalıdır.

I. İptal Davaları

Bilindiği üzere, 1982 Anayasası, “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” düzenlemesini getirmiştir (m. 125/1). İYUK m. 2’de idari davaları; iptal davaları, tam yargı davaları ve idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar olmak üzere üç kategori içerisinde düzenlenmiştir.⁸ İptal davaları idarenin düzenleyici işlemlerinin yahut bireysel işlemlerinin objektif hukuka uygunluğunun denetlendiği davalardır. İptal davasında davacı olabilmek için iptali talep edilen işlem ile davacının bir menfaatinin ihlal ediliyor olması şartı aranmaktadır (İYUK m. 2/1,(a)). İptal davasının davacısı açısından aranan sübjektif ehliyete ilişkin bu belirleme, her ne kadar idari yargı yerlerince iki yanı keskin bir kılıç gibi farklı anlaşılıp aksine yorumlanabilmekte ise de, kural olarak iptal davasının objektif niteliğinden kaynaklanmakta ve işbu davaların nihai amacı olan idarenin hukuka uygun hareket etmesinde ve bunun sağlanmasında var olan kamu yararını temine yönelmektedir. Bu bağlamda idarenin hukuka uygun hareket etmesinin sağlanmasında davacının yanında tüm vatandaşların ve tabii ki kamunun da çıkarı bulunmaktadır.⁹ Öte yandan bu davalarda idare mahkemesi davacının sadece istem sonucu ile bağlı olup davacının iddia ettiği hukuka aykırılıklar yanında yapacağı resen araştırma sonucunda işlemin tüm unsurları yönünden hukuka uygun olup olmadığını tespitle de mükellef olduğundan, iptal davasında idari işlemin hukuka uygun olup olmadığını tespitle çalışan yargıç ile adli yar-

⁸ Anayasa’nın 155. maddesinde Danıştay’a idari uyuşmazlıkları çözümlmek yetkisi verildiğine göre, İYUK m. 2’de yer alan bu üç tip davanın esasen anayasa koyucunun iradesini daralttığı, bunların olsa olsa dava formatı olarak belirlenmiş oldukları ve bu bağlamda idari yargıda bu formatlardan birine sokulmuş olsa dahi idari uyuşmazlık teşkil eden bir idari işlemin yokluğunun yahut bir düzenleyici işlemin kapsamının tespitine ilişkin davaların açılabilmesi görüşünde olan yazarlar bulunmaktadır. Bu konuda Bkz. Erku, Celal, “İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı”, Danıştay 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, <http://www.danistay.gov.tr>, 01.12.2009.

⁹ Günday, Metin, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı”, Danıştay ... Yılı İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayınları. <http://www.danistay.gov.tr>, 01.12.2009.

gıda maddi gerçekliği araştıran ceza yargıcının işlevleri benzeşmektedir. Bu nedenle iptal davaları uyuşmazlığa uygulanacak usul nedeniyle de yoğun biçimde kamu yararını korumaya ve sağlamaya yönelik davalardır. Söz konusu davalar açıklanan nedenlerle kamu yararına yönelik ise de, pozitif hukukumuzda her idari işlemin dava konusu edilebilmesi açık anayasal kısıntılar, yasal kısıntıya yetki veren anayasa hükümleri yahut bu incelememizin konusunu oluşturan şekliyle yasa hükümlerinin yorumlanmasında ulaşılan farklı sonuçlar nedeniyle mümkün değildir. Bu konu aşağıdaki başlıkta incelenecektir.

II. İptal Davasına Konu Edilebilecek İdari İşlemin Taşınması Gereken Nitelikler ve Ayrılabilir İşlem Teorisi

İptal davalarının idarenin denetimi ve hukuk devleti ilkesi açısından taşıdığı önemi ortaya koyabilmek gayretinin ardından, iptal davasına konu edilebilecek idari işlemlerin, yasa koyucu tarafından dava edilebileceklerine ilişkin açık bir tercihte bulunulmamış ise, hangi nitelikleri bünyelerinde taşımaları halinde dava edilebileceklerini belirlemek gerekir. Bir başka deyimle, yasada dava edilebileceği açıkça belirlenmemişse, hangi özelliklere sahip idari işlemlerin idari dava konusu edilebilecekleri belirlenmesi meselenin özünü teşkil etmektedir. Bu bağlamda, pozitif düzenlemeden hareketle idari işlem teorisinden de yararlanarak bazı sonuçlara ulaşılabılır. Şu halde ilgilisince dava edilebileceği açıkça yasada belirtilmiş işlemler bir kenara bırakılırsa, İYUK m. 14/3,(b) bendiyle getirilen usuli düzenlemeye göre, ilk inceleme safhasında, iptal davalarına konu edilen idari işlemin "*idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı*"nın, mahkemece tespiti gerekecektir. Davaya konu işlem, kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem değilse, İYUK m. 15/1,(b) gereğince davanın reddine karar verilecektir. Bu noktada pozitif hukukumuz açısından, idari yargı denetimine tabi olabilecek idari işlemler, bu iki kıstası bir arada taşıyan, "*kesin ve yürütülmesi gereken*" idari işlemlerdir belirlenmesine ulaşılabılır.¹⁰ Yasa koyucunun seçmiş olduğu bu kavramların

¹⁰ Danıştay 5. Dairesi'nin 16.12.1987 tarih ve E:87/275, K:87/1789 sayılı kararını eleştiren Erkut' a göre "Söz konusu yasa hükmünde getirilen ilke sadece menfaat koşuluna ilişkin iken, Mahkeme ayrıca işlem ile menfaat ihlali arasında bir hukuki bağ kurabilmiştir. Ancak böyle bir yorum kabul edildiği takdirde -kesin ve yürü-

içeriği ve tanımları gerek doktrin ve gerekse mahkeme kararlarında yer almaktadır. Bu kavramları açıklamak, şüphesiz ki, idari yargı yetkisinin kapsamı ve nu yetkinin yukarıda açıklanan yönlerden kamu düzeni ile olan ilişkisi nedeniyle oldukça önemlidir.

Kesin işlem, idari karar alma sürecinin tamamlanarak nihai işlemin ortaya çıkmasını ifade etmektedir.¹¹ Nihai işlem genel itibariyle kendisinin oluşumunu sağlayacak idare içerisinde gerçekleşecek ve çoğunlukla hukuksal durumlara herhangi bir etkisi bulunmayan prosedür işlemlerden oluşan bir işlemler zinciri ile tesis edilmektedir. Nihai işlem tesis edilmediği taktirde bu prosedür işlemler yürürlüğe girmemiş kabul edilir. Bu prosedür işlemler içerisinde nihai işlemten ayrı ve bağımsız bir değer taşıyabilen ve yapıldıkları anda bazı sonuçlar doğurabilme gücüne sahip işlemler ise kendi içlerinde kesinlik niteliğine sahiptirler ve ayrılabilir işlem kuramı nedeniyle dava konusu yapılabilirler.¹² Bu nedenle ayrılabilir işlemler kuramı bakımından önem taşıyan kavram kesinlik kavramıdır.¹³

İdari işlemlerin iptal davasına konu edilebilmesi için taşınması gereken bir diğer ise kanunda “*yürütülmesi gereken işlem*” biçiminde tanımlanan icrailik özelliğidir. Bütün idari işlemler “icrailik” vasfına sahip olmayıp ancak belli bazı kayıt ve şartlar altında bu vasfa sahip ola-

tülebilir işlemler üçüncü kişilerin hukukunu şu yada bu şekilde etkileyen işlemlerdir- saptamasını yapmak gerekir ki, söz konusu formül ile bunun kastedildiği açıktır.” Yazara göre, “kesin ve yürütülebilir işlem kavramının içeriğinin belirlenmesinde “menfaat ihlali” koşulunun herhangi bir ölçüt olarak ele alınabilmesi mümkün değildir. İcrai, kesin, yürütülebilir, uygulanabilir ve benzeri hangi kavram kullanılırsa kullanılsın, tüm bunlar işlemin hukuksal sonuçlar doğurabilme; haklar yükümlülükler yaratabilme gücünü belirleyen tamlamalardır ve anonim niteliktedirler. Menfaat koşulu ise henüz bu aşamada değil işlemin kapsamına giren ilgililerin yada işlemin muhataplarının belirlenmesi ile gündeme gelir.” Bkz. Erkut, Celal, “İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi 1-4 Mayıs 1990*, Ankara, Birinci Kitap, İdari Yargı, Danıştay Matbaası, Ankara 1991, Danıştay Yayın No: 53, s. 110.

¹¹ Erkut, Celal, a. g. m., s. 112; Hauriou’da zincir işlemleri usuli tasarruflar olarak adlandırıp “nihai kararın ortaya çıkabilmesi için zorunlu olarak öngörülen bir zincirin parçaları niteliğindeki her türlü inceleme, araştırma ve hazırlık işlemleri” biçiminde tanımlamıştır. Bkz. Erkut, Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Matbaası, Ankara 1990, Danıştay Yayın No:50, s. 122.

¹² Erkut, a. g. m., s. 112.

¹³ Erkut, a. g. e., s. 110.

bileceklerdir. Bir idari işlemin hukuksal durumlarda yeni birtakım değişiklikler yapabilme gücüne sahip olmaları icrai işlemlerin diğer idari işlemlerden ayırt edilebilmelerini sağlayan en önemli kıstastır.¹⁴ Bir diğer ifade ile idarenin tek yanlı olarak, muhatabının kabul veyahut muvafakatine gerek olmadan açıkladığı iradesi ile hukuki sonuçlar doğurmasına, hukuk düzeninde değişikliğe yol açmasına idari kararların icrailik özelliği denir.¹⁵ Bu noktada idari işlemin icrailik niteliği ile işlemin resen icra edilmesini de birbirinden ayırmak gerekir.¹⁶

İdari işlemlerin “etkili” veya “yürürlüğe girmiş” olmaması nedeniyle muhatabınca dava konusu edilememeleri, bunların icrai nitelik de taşımadıkları anlamına gelmeyecektir. Bir başka ifade ile icrai işlemin henüz üçüncü kişiler üzerinde etkisini göstermediği yahut üçüncü kişilerin menfaatlerini etkilemediği için dava konusu yapılamaması işlemin icrai veya kesin olmamasından değil yürürlüğe girmemesinden veya girmiş olsa dahi menfaatleri etkilememesinden kaynaklanmaktadır.¹⁷

Bir idari işlemin iptal davasına konu edilebilmesi için bu iki unsurun bir arada varlığını arayan yasa koyucunun bu ifadesi yargı organınca yorumlanırken kesin işlem kavramı “ancak bir idari süreç sonunda tesis edilecek nihai işlemin dava konusu edilebilir” biçiminde yorumlanır ve anlaşılır ise zincir işlemler teorisi,¹⁸ “nihai işlemin tesisi sürecinde

¹⁴ A. g. e., s. 120 .

¹⁵ Gözler Kemal, *İdare Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, Cilt I, s. 594 .

¹⁶ Günday Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.s. 127; Duran resen icra edilmeyi şu şekilde tanımlamaktadır. “İşlemin resen icra edilmesi icrai işlemin hukuk alanında yapmış olduğu değişikliklerin olgularda kendisini gösterebilmesi için girişilecek uygulama ameliyelerini ifade eder” Bkz. Duran, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 413.

¹⁷ Erkut, a. g. e., s. 119; Sezginler Murat, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 45.

¹⁸ Zincir işlemler, belirli bir nihai sonucu doğurmak amacıyla birbirini belirli bir süreklilik ve devamlılık içerisinde takip eden, birbirleri ve nihai işlemle aralarında doğrudan ve zorunlu nitelik taşıyan gerçek anlamda bir hukuki bağ bulunan ve düzenleyici olmayan tamamlayıcı bir dizi işlem olarak tanımlanabilir. Nihai işleme böylesine bir hukuki bağ ile bağlı olan halka işlemlerin nihai işlemden ayrılarak iptal davasına konu edilebilmeleri mümkün değildir. Zincir işlemler kuramının kabulü ile, halka işlemin amacının nihai işlemi yaratmaktan ibaret bulunduğu, halka işlemlerden her biri hakkında, dava açma süresi geçirilmemiş olsa dahi, bağımsız bir iptal davası açılmayacağı, halka işleme ilişkin hukuka aykırılık iddialarının ancak nihai işlemin hukuka aykırılığının ileri sürüldüğü iptal davası ile bir-

kendi içerisinde bir kesinlik taşıyan icrai işlemlerin de nihai işlemde evvel ve ayrı olarak dava konusu edilebileceği" biçiminde anlaşılması halinde ise ayrılabilir işlemler teorisine¹⁹ uygulama alanı tanınmış olacaktır. Önemle vurgulamak gerekir ki, icrailik niteliğine sahip bulunmayan işlemlerin bu kuram içerisinde mütalaa edilerek iptal davasına konu edilmeleri olanağı bulunmamaktadır.²⁰ Bir idari usul içerisinde tesis edilen nihai işlemde önceki icrai işlemlerin kesin nitelik taşıyıp taşımadıklarının tespiti ise yargı organınca yapılacak yoruma bağlı görünmektedir. Ayrılabilir işlemler teorisi, işlemin dava konusu edilebilirliği bakımından nihailik değil kesinlik niteliğini baz almak suretiyle idari yargının denetim alanını genişletici bir teoridir.

Ayrılabilir işlem teorisinin kabulüne bağlanan sonuçlardan da yeri geldiği için bahsetmek gerekecektir. Erkut konuyla ilgili eserinde teorisinin kabulünün, ilgilileri yalnızca nihai işlemi dava edebilmek zorunluluğundan kurtaracağını ve ister kesin ve icrai halka işlemi isterse nihai işlemi dava konusu edilebilmek yönünden seçimlik bir hak sahibi kıldığını düşünmektedir.²¹ Eski uygulamasında farklı kararları bulunan Danıştay,²² yakın tarihli ve istikrar kazanmış uygulamalarında ise,

likte ileri sürülebileceği ilkeleri de benimsemiştir. Bu konuda Bkz. Erkut, *a. g. e.*, s. 122.

¹⁹ Zincir işlemler kuramında bir sıra içerisinde zincir işlemi oluşturan ve nihai işlemler aralarında doğrudan, zorunlu ve çözülemez nitelikte hukuki rabita bulunduğu kabul edilen halka işlemlerin, nihai işlemle arasındaki bağ zayıf ve çözülebilir nitelikte ise, bu halka işlemin zincirden koparılarak iptal davasına konu yapılabileceğini ileri süren görüş ise ayrılabilir işlemler teorisidir. Bir başka deyimle halka işlemlerden, kendi başlarına ve nihai işlemlerden ayrı bir kişilikleri ve etkileri bulunanlar, idari prosedürden çözülebilir ve ayrılabilir niteliktedirler. Ayrıntılı açıklama için, Bkz. *a. g. e.*, s. 123-124.

²⁰ *A. g. e.*, s. 128-129.

²¹ *A. g. e.*, s. 130.

²² Danıştay eski tarihli bir kararında, tahsil aşamasına ilişkin bir işlem olan ödeme emrine karşı açılan bir davada, vergilendirme sürecine ilişkin işlemler olan tahakkuk fişi veya ihbarnamenin tebliğ edilip edilmediğinin araştırılıp, tahakkuk fişi yahut ihbarname tebliğ edilmeksizin ödeme emri tanzim edilmiş ise bunun hukuka aykırı olacağına hükmetmiştir. Ve ödeme emrine karşı açılan davada ihbarname yahut tahakkuk fişinin tebellüğ olunmaması "borcun olmadığı" iddiası kapsamında nitelenmiştir. Bu kararda nihai zincir işleme karşı açılan davada işlemin kendisinden önce tesis edilen halkalarındaki hukuka aykırılığa dayalı olarak iptaline karar verilmiştir. Bkz. Danıştay 9. D. 26.03.1984 tarih ve E:1982/1886, K:1984/1644 sayılı kararı

İlgililerin öğretide savunulan gibi bir seçimlik hakka sahip olamadıkları, aksine zincirden ayrılabilir her işlemin tabi olduğu süre içerisinde dava edilmemesi halinde hukuka uygunluk karinesinden yararlanacağı için buna ilişkin hukuka aykırılık iddiasında bulunabilme hakkının ortadan kalkacağını, bu işlemden sonraki işleme karşı açılan davada bir önceki işlemdeki var olan ancak şu yada bu nedenle dava edilemeyen hukuka aykırılığın artık incelenemeyeceği ve dava konusu işlemi hukuka aykırı kılmayacağı düşüncesindedir.²³ Şu durumda öğreti

²³ “6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un maddelerde sözü edilen ödeme emri, konu edindiği kamu alacağını yaratan işlemten ayrı ve bağımsız bir idari işlemdir. Kuşkusuz, ödeme emri düzenlenmesinin sebeplerinden ilki, vadesinde ödenmeyen kamu alacağını yaratan bu işlemdir. Bu işlem olmadan kamu alacağı hukuken doğamayacağından, ödeme emri düzenlenmesi de söz konusu olamayacaktır. Başka anlatımla; ilki ikincisinin sebep unsuru oluşturan bir ayrılabilir işlemler zinciri söz konusudur. Bu işlemler zincirinin, kamu alacağının hukuken doğduğu, yani tahakkuk ettiği tarihten tahsiline kadar uzaması; örneğin, ödeme emrinin tebliğ edilerek ödeme süresi geçmesine karşın, ödenmeme eyleminin sürmesi halinde, önce haciz, daha sonra da satış işlemi yapılması olasıdır. Bu işlemler zincirinin ayrı bir halkasını oluşturan her işlemde mevcut hukuka aykırılıklar, yalnızca o işlemi hukuka aykırı kılabilecek ve yalnızca o işlemin iptali istemiyle açılacak idari davada ileri sürülmesi halinde idari yargı tarafından dikkate alınabilecek niteliktedir. Şayet, içerdiği hukuka aykırılıklara karşın, bu işlemlerden birisi dava konusu edilmeyecek olursa, idari dava açma süresinin geçmesiyle hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaya başlayan bu işlemin, zincirin sonraki halkasını oluşturan işleme karşı açılacak idari davada hukuka uygunluk denetimine tabi tutulması, anılan karine ile korunan kamu düzeninin ihlali sonucunu yaratır. İdari dava açma süresinin sonuncu gününü izleyen tarihten itibaren, içerdiği tüm hukuka aykırılıklara karşın, işlem hukuka uygun kabul edilip, zincirin sonraki halkasını oluşturan işleme dayanak alınabilir. Başka deyişle; işlemler zincirine dahil bir işlemdeki hukuka aykırılığın, işlemin bu nedenle idari yargı yerince iptal edilmiş olması hali dışında, bu işleme dayanılarak yapılan kendisinden ayrılabilir nitelikteki sonraki işlemi hukuka aykırı kılması söz konusu olamaz. Bu nedenle; kamu alacağının tarhuna ilişkin işlemde olabilecek hukuka aykırılıkların ödeme emrine karşı açılan davada “borcum yoktur” iddiası kapsamında değerlendirilmesine olanak yoktur.” Bkz. Danıştay 7. D. 31.10.2000 tarih ve E:2000/1173, K:2000/2984. Dairenin yakın tarihli bir diğer kararında da aynı formülü uygulamaya devam ettiği görülmektedir. Bkz. 04.10.2006 tarih ve E:2004/2636, K:2006/2901 künyeli kararı.

Bunun gibi, “Adı geçen Kanunun uygulanması sonucu yapılan işlemler, kamu gücüne dayanılarak yapılan tek taraflı idari işlemler olduğundan, bu kanuna göre yapılan ve ilgililerin hukukunu etkileyen yürütülmesi zorunlu bulunan bütün işlemler yargı denetimine tabi bulunmaktadır. Her ne kadar sözü edilen kanunda ihtiyati haciz işlemi ile ödeme emri tebliğine karşı dava açılabileceği öngörülmüş ise de, kanunda sayılan bu iki tip işlem dışında, idarece amme alacağının tahsili için ödeme emri tebliğinden sonraki aşamalarda yapılan tek taraflı yürütülmesi zorun-

ile uygulamada ayrılabilir işlemler teorisinin kabulüne farklı sonuçların bağlandığı görülmekte ve uygulamadaki katı biçimiyle söz konusu teorisinin kabulünün vergi uyumsuzlukları özelinde mükelleflerin aleyhine bir yorum getirdiğini belirtmek gerekir. Bu noktada, kanaatimizce, vergi yargısında ayrılabilir işlemler teorisinin uygulanmasında, tahakkuk aşaması temel alınmak suretiyle geliştirilebilecek yaklaşım yararlı olabilir. Böylelikle, 6183 sayılı Kanun kapsamında girişilen tahsil işlemlerine karşı açılacak davalarda vergi alacağının tahakkuku öncesi gerçekleşmiş ve dava açılmamış olan hukuka aykırılık iddialarının ileri sürülememesi makul karşılanabilir. Ancak, tahsil sürecinin son aşaması olan satış işlemine karşı açılacak davada daha önce ödeme emrine, haciz varakasına, haciz işlemine, kıymet takdirine dava açılmamış olsa dahi bu aşamalarda gerçekleşmiş ve nihai işlemi sakatlamış hukuka aykırılıkların da gerekçe gösterilmesiyle dava konusu edilebilmeleri ve mahkemelerce de, nihai işlem öncesi tesis edilip dava konusu edilmemiş işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanır kabul edilmeyip hukuka uygunluklarının ve dava konusu işlemi sakatlayıp sakatlamadıklarının resen araştırılmasının, ayrılabilir işlemler teorisinin hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesine bir araç olarak uygulanabilmesine daha uygun düşeceğini düşündüğümüzü ifa-

lu ve ilgilinin hukukunu etkileyen, haciz, diğer hakların paraya çevrilmesi, menkul malların haciz ve satışı, gayrimenkul malların haczi ve satışı gibi işlemlere karşı da dava açılması olanaklıdır. Ödeme emri tebliğinden sonra yapılan haciz, haczedilen malların satışı gibi işlemler ayrı davaya konu edilebildiğine göre, her işlemdeki hukuka aykırılığın o işleme karşı açılan davada incelenmesi gerekir. Dava konusu edilebilen bir işlemdeki hukuka aykırılığın, daha sonra yapılan işlem üzerine dava konusu edilebilmesi, daha önceki işlem ilgiliye duyurulmamasına veya daha önceki işleme sonraki işlemin tebliği üzerine muttali olunmasına bağlıdır. İlgiliye tebliğ edilerek kesinleşen işlemlerdeki hukuka aykırılıkların, daha sonra o işlemlere bağlı olarak yapılan diğer işlemler üzerine açılacak davalarda ileri sürülmesi ve incelenmesi olanaksızdır. Daha somut olarak açıklamak gerekirse; 6183 sayılı kanunun uygulanması sonucu ödeme emri tebliğinden ve ödeme emrinin kesinleşmesinden sonra yapılan haciz işlemlerine karşı dava açılabilir. Haciz işlemlerine karşı açılan davalar yargı yerlerince incelenmektedir. Bu durumda, haciz işleminden ilgilinin haberdar olması, başka bir anlatımla haciz işleminin ilgilinin nezdinde yapılması ve haciz işlemine karşı dava açılmaması nedeniyle kesinleşmesi ve kesinleşen haciz işlemine dayanılarak, hacizli malların satışına ilişkin işlem yapılması durumunda, satış işlemine karşı açılacak davada, kesinleşen haciz işlemindeki hukuka aykırılıkların ileri sürülmesi veya ileri sürülse dahi incelenmesi mümkün değildir." Biçiminde 3. Daire'nin de aynı içtihadı benimsemiş olduğu görülmektedir. Bkz. Danıştay 3. D. 19.03.1996, E:1994/4287, K.1996/779

de etmek gerekir. Kaldı ki İİK'nın düzenlemelerinde icra müdürlüklerinin işlemlerine karşı ilgililerin bazı hallerde süresiz şikayet imkanının da varolduğu düşünüldüğünde, amme alacakları için yapılan takiplerde ayrılabilir işlemler teorisinin bu şekilde yorumunun esasen kişilerin aleyhine olduğu da kolaylıkla savunulabilir. Kısaca teorisinin vergi yargılama hukukunda vergilendirme ve tahsil süreçleri açısından ayrı ayrı uygulanması daha isabetli olabilir. Biz de aşağıda vergilendirme süreci ve amme alacağıının tahsil sürecinde tesis edilecek işlemleri belirlemek suretiyle teorisinin uygulama alanını ortaya koymaya çalışacağız.

III. Vergilendirme Sürecinde Tesis Edilen İdari İşlemler (Vergilendirme İşlemleri) ve İptal Davasına Konu Edilebilirlikleri

A. Vergilendirme İşlemlerinin Tesisi İçin Gerçekleşmesi Gerekli Ön Koşullar

Vergi idaresinin vergilendirme işlemlerini tesis edeceği vergilendirme sürecinin başlayabilmesi için bir kısım ön koşulların varlığı şarttır. Bu bağlamda öncelikle vergilerin kanuniliği ilkesi gereği bir vergi yasası bulunmalı ve bu yasanın ilgili mali yılda uygulanacağı yolunda bütçe yasasında hüküm sevk edilmiş olmalıdır. Bir başka deyimle anılan vergi yasasının ilgili yıl Bütçe Kanunu'nun C cetvelinde yer alması, kanundan doğan yükümlülüğün tespiti ve diğer vergilendirme işlemlerine girişilebilmesinin, somut vergi ilişkisinin doğumunun ilk ön koşulunu teşkil etmektedir.²⁴

Daha önce de değinildiği gibi, vergilendirme sürecinde tesis edilen idari işlemler idare hukuku yazınında da birçok kez inceleme konusu yapılmıştır. Bu ilgi, anılan işlemlerde, bir idari işlemin tesisinde onun tüm unsurlarından evvel "*sebepe öğesi*"nin²⁵ ortaya çıkışının açık biçimde gözlenebilmesi özelliği nedeniyle.²⁶ Bir başka ifade ile ver-

²⁴ Öncel / Kumrulu / Çağan, *a. g. e.*, s. 87.

²⁵ " Bir idari işlemin sebebi, o idari işlemde önce gelen, İdareyi o işlemi yapmaya sevk eden ve nesnel hukuk kurallarınca belirlenmiş bulunan bir etkidir." Bkz. Günday, *a. g. e.*, s. 138.

²⁶ Özay, *a. g. e.*, s. 641.

gilendirme işlemleri, idarenin yasa ve yasaya uygun düzenleyici işlemlerle belirlenmiş bir sahada ve bunlara uyarlı olmak üzere kamu yararını gerçekleştirme nihai amacına dönük bir irade beyanında bulunabilmesinin hukuki sebebinin bu derece açık olarak ortaya çıktığı bir örnek olarak gösterilmektedir. VUK m. 19’da “*Vergi alacağı vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar.*” biçiminde hükme bağlanan vergiyi doğuran olay, idare açısından vergi alacağının, yükümlü açısından vergi borcunun bir bütün olarak vergi idaresi ile yükümlü arasındaki vergi borcu ilişkisinin sebebini teşkil eder. Vergilerin yasallığı biçiminde ifade edilen anayasal ilke gereği ancak bir parlamento tasarrufu olan yasa hükmüyle vergi konulabileceğinden, yani idare ancak bir yasaya dayalı olarak vergilendirme işlemlerini tesis edebilecek ve bu yolla bireyin yine sadece yasa ile sınırlanabilecek temel haklarına bu hakların özünü zedelememek kaydıyla dokunabileceğinden, söz konusu vergi borcu ilişkisinin doğumunun bağlandığı olay, öncelikle olay şahsında gerçekleşen mükellefin, ödemekle yükümlü olduğu verginin nevinin tespiti ve ardından bu verginin şahsileştirilmesi yoluyla mükellefçe ödenmesi gereken somut vergi tutarının belirlenmesi gibi bir kısım idari işlemlerin tesisinin sebebini teşkil edecektir.

Vergilendirme işlemlerinin tesisinin sebep unsurunu teşkil eden vergiyi doğuran olayın kendisi öğretide bizatihi bir idari işlem olarak tanımlayanlar vardır.²⁷ Oysa vergiyi doğuran olay, kanuni tanımda da görüldüğü üzere, bir hukuki muamele yahut fiili durum olup idarilik vasfı bulunmayan, idareden sadır olmayan ve idare işlevine de dâhil olmayan bir durumdur. Bu durumun tekemmülü kendisine bağlanan hukuki sonuçlar ve vergilendirme işlemlerinin tesisine sebep teşkil etmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle vergiyi doğuran olay bizce de bir idari işlem değil bir idari işlem olarak vergilendirme işlemlerinin tesisi yetkisi ve maddi sebebinin vergi dairesi bünyesinde ortaya çıkmasını sağlayan bir ön koşul olarak değerlendirilmelidir.²⁸

²⁷ Özay, İl Han, *Günışığında Yönetim*, Alfa Yayınları, 1996, İstanbul, s. 461-462; Ancak yazar aynı eserinin yukarıda atıfta bulunulan yeni tarihli basılarında bu görüşü muhafaza etmemiştir.

²⁸ Oğurlu, Yücel, “Vergilendirme İşlemlerinin Hukuki Niteliği”, *AÜHFD*, s. 1456.

Vergilendirme işleminin maddi sebebi, vergiyi doğuran olayın vukuu; hukuki sebebi ise, vukuu bulan vergiyi doğuran olayın tanımlandığı vergi yasası hükmüdür.²⁹ Burada somut olayın soyut norma uygunluğunun tespiti olarak ifade edilen bir zihinsel faaliyet olan yorum sonrasında, vergi dairesi, vergilendirme yetkisinin doğduğunu belirleyecek ve süreci işletmeye başlayacaktır. Vergi dairesinin yorum faaliyeti sonrasında vergiyi doğuran olayı gerçekleştiren yahut bu olay kişiliğinde gerçekleşen kimse ise vergiyi doğuran olayı düzenleyen yasa kapsamında yükümlü statüsünü kazanacaktır.

Vergi dairesi, söz konusu kişinin yükümlüsü bulunduğu verginin tarhu için gerekli işlemleri tesise başlayacaktır. VUK m. 8 vergi mükellefini, "*mükellef, vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettübeden gerçek veya tüzel kişidir.*" biçiminde tanımlamıştır. Böylelikle yükümlülüğün, vergiyi doğuran olayı düzenleyen vergi kanununda tanımlanan bir statü olduğu kuşkusuzdur. Zira vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesinin ardından da söz konusu vergilendirme işlemlerinin muhatabı hep bu yükümlü olacaktır.³⁰ Vergiyi doğuran olayı tanımlayan vergi kanunu kapsamında yükümlülük statüsü de vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi ile kendiliğinden doğmaktadır.³¹ Kişi vergiyi doğuran olayın kişiliğinde gerçekleşmesi ile birlikte kanunda tanımlanan genel, kişilik dışı ve objektif bir statü olan yükümlülük statüsünü kendiliğinden kazanacaktır.

Bir kimseyi vergi yükümlüsü durumuna sokan ya da onu ayırık tutan işlemler şart işlemler olduğu halde, vergi alacağıının yasal düzenlemelerde gösterilen kısım ve oranlar üzerinden hesaplanmasından sonra ortaya çıkan miktar olarak sonucu gösteren tarh işlemi ise tamamen subjektif bir işlemdir.³²

²⁹ Öncel / Kumrulu / Çağan, a. g. e., s. 87

³⁰ A. g. e., s. 87

³¹ A. g. e., s. 89

³² Özey, a. g. e., s. 643. Yazar ayrıca koşul ve öznel işlemler arasındaki ayrımı şu biçimde ortaya koymuştur. Nitekim "koşul" ile "öznel" işlem arasındaki en önemli fark birincisinde ortaya çıkan durumun tek tip ve önceden belli olması, ikincisinde ise subjektif verilerin değerlendirilmesine göre ortaya çıkan sonucun değişik olmasıdır.

B. Vergilendirme Sürecinde Tesis Edilen İdari İşlemler

1. Tarh

Vergiye doğuran olay kişiliğinde gerçekleşen kişinin ortaya çıkan vergi yükümlülüğü kapsamındaki borcunun somut olarak saptanması için verginin tarhı gerekir. VUK m. 20’de tanımlandığı üzere “*verginin tarhı, vergi alacağıının kanunlarında gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak bu alacağı miktar itibariyle tespit eden bir idari muameledir.*”

Tarhın bir idari işlem olduğu kuşkusuzdur. VUK m. 25 gereği beyan usulüyle alınan vergiler için düzenlenecek tahakkuk fişleri, aynı kanununun 26.maddesine göre mükellef bilgilerini de içerecektir. Bunun gibi beyan usulüne göre değil de resen yahut ikmalen yapılan tarhiyatlar ilgililerine ihbarname ile tebliğ edilirler ve bu ihbarnamelerde de mükellefin bilgileri yer alır (VUK m. 34, 35). Bu bağlamda matrahın tespiti, gerek mükellefin beyanına göre yapılsın gerekse idarece tespit edilsin, tarh işleminin muhatabı mükelleftir. Ancak mükellefiyet tarh işleminden evvel vergiyi doğuran olay ile birlikte doğduğundan, tarh işlemi bu açıdan mükellefiyeti kuran değil sadece tespit eden yani belirleyici bir idari işlemdir. Öte yandan somut vergi borcunu tespit etmesi nedeniyle tarh işlemi, bireysel hukuki durumlar doğuran ya da bireysel hukuki durumlarda değişiklik yapan sübjektif işlemlerdendir. Bu yönüyle tarh işlemi yükümlüyü genel, kişilik dışı, objektif hukuki durumdan çıkartıp özel ve kişisel bir hukuki duruma sokan idari işlemlerdendir.³³ Tarh işlemi ile yükümlü ile vergi idaresi arasında, talep edilen vergi borcunun miktar itibariyle somutlaştığı sübjektif bir ilişki kurulmaktadır. Dolayısıyla aynı vergi kanununun kapsamına gireseler dahi beyan ettikleri yahut tespit edilen kazançları ve bu kimselerin özel durumları nazara alınarak tesis edilen tarh işlemi mükelleflerin özel durumlarına göre tesis edilir. Bir başka açıdan ise tarh işlemi yükümlendirici idari işlemlerdendir. Tarh işlemleri, taşıdıkları icrailik özelliği nedeniyle vergilendirme süreci içerisinde asli işlem olarak da nitelendirilmektedir.³⁴

³³ Öncel / Kumrulu / Çağan, *a. g. e.*, s. 89.

³⁴ *A. g. e.*, s. 89.

Tarh işleminin hukuki sonuç doğurucu yani icrai niteliği vurgulandıktan sonra, işlemin ortaya çıkaracağı hukuki sonuçlar açısından da nitelendirilmesi gerekir. Tarh işlemi, aksi görüşü savunanların varlığına rağmen,³⁵ vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi ile doğan vergi borcunu somut olarak saptayan bir işlem olduğundan, bir başka deyimle vergi borcu tarh işlemi ile değil vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi ile doğduğundan bu tasnife göre tarh işleminin belirleyici, tespit edici idari işlemler arasında sayılması gerekir.³⁶ Tarh işlemi ile daha önceden doğmuş bir hukuki durumun yani vergiyi doğuran olayın belirlenmesi söz konusudur. Ancak bu belirleme sübjektif olarak yapılmaktadır.

Tarh işleminin konumuz açımızdan en önemli özelliği kesin bir idari işlem olmasıdır. Bu bağlamda itirazi kayıt konmadan verilen beyannameler üzerine aynı anda tarh ve tahakkuk eden vergiler hariç olmak üzere, tarh işleminin tesisinden evvelki idari usul içerisinde tesis edilen bir kısım işlemlerin de incelenmesi ve bunlar içerisinde kesinlik niteliği taşıyanlar var ise ayrılabilir işlem teorisi çerçevesinde iptal davasına konu edilebilirliği aşağıda incelenmiştir.

a. Beyana Dayalı Tarhiyata Karşı Dava Açılması

Tarh işleminin tesisi için vergi matrahının belirlenmesi zaruridir. Verginin tarhına esas matrahın belirlenmesi faaliyeti, bu faaliyetin idare yahut mükellef tarafından yerine getirilmesi hallerinde birbirlerinden farklı idari usullerin izlenmesini gerektireceğinden mükellefin beyanı üzerine matrahın belirlendiği haller hariç (=beyana dayalı tarh) matrahın belirlenmesi için nihai tarh işlemi oluşturacak bir kısım idari işlem ve eylemlerin tesis yahut icrasını gerektirebilir. Öte yandan, beyana dayalı tarh durumunda yine tarh ve tahakkuk aşamaları bir arada gerçekleştiğinden bu ikisi arasındaki klasik süreçte yer alan tebliğ işlemi de beyana dayalı tarhta bulunmamaktadır. Böylelikle beyana dayalı tarhta hem idarece matrahın belirlenmesi için bel-

³⁵ Bu görüşte olan Oğurlu, tarh işleminin genel niteliğine bakıldığında kurucu ve yükümlendirici bir şart işlem olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir. Bkz. Oğurlu, a. g. m., s. 1460.

³⁶ Öncel / Kumrulu / Çağan, a. g. e., s. 90; Oğurlu, a. g. m., 1456.

li bir idari usulün işletilmesine gerek bulunmamakta hem de matrahın belirlenmesi ve tarh işleminin oluşturulması sonrasında vergi alacağının tahakkuk ettirilmesi için VUK m. 25/3'te belirtilen ayrıksı durum hariç tarh işleminin mükellefe tebliği işlemine gereksinim ortadan kalkmaktadır. Bu durumda vergi, "tahakkuk fişinin düzenlenmesi" ile tarh ve tahakkuk etmektedir. Tahakkuk fişinin unsurlarını düzenleyen VUK m. 26/1,10'da "vergi mahkemesinde dava açılması ve düzeltme ile ilgili hükümlere ait kısa bilgi"nin tahakkuk fişinde muhtevi olması gerektiği düzenlenmiştir. Tahakkuk fişinin düzenlenmesi kesin bir işlem olarak kabul edilebilecek ise de icrai bir işlem değildir. Tahakkuk fişi, kural olarak, ilgilisi bakımından inşai sonuç doğurmayıp salt belirleyici nitelik taşımaktadır. Durumun istisnası ise itirazi kayıtla verilen beyannamelerdir, bu halde düzenlenen tahakkuk fişi icrai ve kesin bir idari işlem olup dava konusu edilebilir. Bunu teyit eder biçimde, VUK m. 378/2 "mükellefler beyan ettikleri matrahlara ve bu matrahlar üzerinden tarh edilen vergilere karşı dava açamazlar. Bu kanunun vergi hatalarına ilişkin hükümleri mahfuzdur." hükmünü; İYUK m. 27/3 düzenlemesi ise, dava açılması ile yürütmenin kendiliğinden durmayacağı işlemler arasında "itirazi kayıtla verilen beyannameler üzerine yapılan işlemleri" düzenlemekle, itirazi kayıtla verilen beyannameler üzerine düzenlenen tahakkuk fişlerinin dava konusu edilebileceklerini belirlemiş olmaktadır. Bir başka deyimle, mükellefler itirazi kayıtla beyanda bulunmamış veya VUK m. 116 vd. hükümleri çerçevesinde vergi hatası başvurusu yapmamış iseler, beyan üzerine tarh ve tahakkuk eden vergiye karşı vergi mahkemesinde dava açamayacaktır. Şu durumda itirazi kayıtla beyanda bulunulması halinde düzenlenecek tahakkuk fişi yukarıda değinilen kesinlik niteliği yanında, mükellefin hukuki durumunda değişiklik yaratan icrai nitelik de taşıyacağından, vergi davasına konu edilebilecektir.³⁷

b. Takdir Komisyonu Kararı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, söz konusu usulün işletilmesi halinde tarh işleminin tebliği edilmesi üzerine mükellefin tarh işlemine

³⁷ Taşdelen, Aziz, " Vergi Alacağının Tahakkuku: Bir Aşama ve Bir İşlem", AÜHFED, C. 56, S. 1, s. 289.

karşı süresi içerisinde dava açması esastır (VUK m. 377/1). Tarh işlemine esas matrahın belirlenmesi idare içerisinde bazı faaliyetlere girilmesini, bir kısım usuli işlemlerin tesisini gerektirebilir. Bu anlamda matrahın belirlenmesi için, İdare ve yükümlü temsilcilerinden oluşan "takdir komisyonlarınca matrahın saptanması noktasında takdir komisyonunun subjektif ve karma bir idari işlem niteliğindeki kararı" kanun gereği vergi dairesince dava edilebileceği gibi (VUK m. 377/2), ayrılabilir işlemler teorisi sayesinde, mükellefçe de vergi davasına konu edilebilir.

Mükellef, kural olarak, takdir komisyonunca belirlenen vergi matrahını ancak tarh işlemi ile öğrenebileceğinden, tarh işleminin (tahakkuk fişini) kendisine tebliğinden sonra açacağı iptal davasında, tarh işleminin dayanağı takdir komisyonu kararının hukuka aykırılığı nedeniyle tarh işleminin iptalini talep edebilecektir. Mükelleflerin kesin ve icrai nitelik taşıyan takdir komisyonu kararlarına karşı dava açamamasının sebebi, öğretide, işlemin idare açısından süreçten ayrılabilir bir işlem olmasına karşılık mükellef açısından bu niteliği taşımayan bir işlem olduğu biçiminde açıklanmaktadır.³⁸

Kural olarak, takdir komisyonu kararına karşı vergi dairesince iptal davası açılabilir ve fakat buna karşı mükelleflerce tarh işleminden evvel dava açılmayacağı görüşünü, ayırım bizatihi kanundan kaynaklandığından, ayrılabilir işlemler teorisinden farklı bir hukuki gerekçe ile savunmaktayız.

Öncelikle takdir kararları (VUK m. 31) bir idari işlem olarak, hem vergi dairesi hem de yükümlü açısından kesin ve icrai nitelikte idari işlemlerdir. Ancak, bilindiği üzere, bir idari işlemin dava konusu edilebilmesi için aranan tek şart İYUK m. 14/3,(c)'de yer alan ölçüt değildir. Söz konusu ölçütü sağlamakla beraber, idari işlemin üçüncü kişiler üzerinde doğurduğu hukuki sonucu ifade eden ve "işlemin kimliği"nden ziyade davacı tarafından dava edilebilirliğini sağlayacak menfaat ilişkisinin bir koşulu olan, etkililik niteliğini taşımayan işlemler, kesin ve yürütülmesi gerekli işlemlerden olsalar dahi, iptal davasına konu edilemeyeceklerdir. Bir başka deyimle bu işlemlerin mükellefler açısından dava konusu yapılamaması icrai ve kesin olmadıkları-

³⁸ Saban, Nihal, *Vergi Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s. 136-137; Öncel / Kumrulu / Çağan, *a. g. e.*, s. 102-103.

nı değil, mükelleflere bildirilmemeleri yani mükellefler açısından yürürlüğe girmemeleri yahut mükelleflerce işlemin öğrenilmemesi nedeniyle, işlemin bunların menfaatlerinin ihlal olduğunu henüz öğrenmemelerine dayalıdır.³⁹ Bu nedenle mükellef kural olarak tarh işlemi ile öğreneneği takdir komisyonu kararını tarh işlemimin kendisine tebliğinden evvel öğrenmiş ise, nihai tarh işleminin tesisinden evvel ondan ayırıp dava konusu edebilecektir.

Takdir komisyonu kararlarına dayalı olarak tarh edilen vergiler ilgililerine ihbarname aracılığı ile ve tarh işlemi içerisinde (erimiş biçimde) tebliğ olunurken (VUK m. 34) ve takdir komisyonu kararı üzerine tarh edilen vergilerde komisyon kararının bir suretinin ihbarnameye eklenmesi gerekirken (VUK m. 35),⁴⁰ bu işlemi ayrılabilir işlemler kuruşu sayesinde dava edebileceği savunulan vergi dairesine ise VUK m. 32. madde gereğince imza karşılığında doğrudan tevdi edilir, yani bildirilir. Bu nedenle vergi dairesi takdir kararına karşı süresi içerisinde dava açabilecektir. Şu halde takdir kararı, hem idare hem de mükellef açısından icrai ve kesin bir işlem olmasına rağmen idareye tarh işlemini tesis edebilmesi için tebliğ edildiği halde, mükellefe sadece tarh işlemi tebliğ edildiğinden mükellefçe doğrudan dava konusu edilememektedir. Mükellef bu durumda tarh işlemine karşı açacağı davada takdir komisyonu kararındaki usulsüzlüklere dayanarak tarh işleminin düzeltilmesi yahut iptalini talep edebilecektir.⁴¹ Mükellef daha

³⁹ Erkut, Celal, *a. g. e.*, s. 118-119.

⁴⁰ "Takdir komisyonu kararının ihbarnameye eklenmesinin ihbarnamenin hukuken geçerli olmasının ön koşulu" olduğuna ilişkin hüküm ve "VUK m. 108 gereği bu durumun esasa müessir olmayan bir şekil hatası olduğu için ihbarnamenin geçerliliğini etkilemeyeceği" yönündeki karşı oy gerekçeleri için Bkz. Danıştay 3. D. 01.03.1995 tarihli ve E:1994/499, K:1995/736.

⁴¹ Danıştay 4. Dairesi bir kararında, takdir komisyonunca hiçbir somut inceleme yapılmadan, genel ve soyut ifadelerle matrah takdir edilmesinin yerinde olmadığına, VUK m. 31/2, 8 gereği takdir kararının takdirin müstenidatı ve takdir kararının izahatını içermesi gerekirken bu dayanaklardan yoksun bulunan dava konusu tarihyatı tamamen terkin etmiştir. Bkz. Danıştay 4. D. 28.02.2000, E:1999/1904, K:2000/779; Aynı daire yakın tarihli bir kararında, öncelikle takdir komisyonu yoluyla matrah tespiti yapılabilmesi için VUK m. 30/2 'de sayılan hallerin var olup olmadığını incelemiş, bu şartların mevcudiyetini tespit ettikten sonra tarihyata esas takdir komisyonu kararının müstenidat ve izahattan yoksun bulunması halinde takdir edilen matrahın mahkemece gerçeğe uygun olup olmadığının araştırılması gerekeceğini belirlemiştir. Bkz. Danıştay 4. D. 13.10.2004, E:2004/874, K:2004/1969.

önceki bir aşamada takdir komisyonu kararını öğrenir ise kesin ve icrai nitelikteki bu karar tarh işleminden evvel dava edebilecektir. Bu halde ayrılabilir işlemler kuralı açıkça uygulama alanı bulacaktır. Vergi dairesi ise, söz konusu kesin ve icrai işleme dayalı olarak tarh işlemi tesis edebileceğinden, bu işlemi dava edebilmesi VUK' nun özel ve İYUK'un genel hükümlerine dayalı olup, ayrılabilir işlem kuramı sayesinde değildir.⁴² Şu durumda, takdir komisyonu kararının, vergi idaresi yönünden dava konusu edilebilip mükellef yönünden dava konusu edilememesi zincir işlemler veya ayrılabilir işlemler teorileri ile ilgisi bulunmamaktadır.

c. Vergi İnceleme Raporu

Mükellefçe "ödenmesi gereken verginin doğruluğunu araştırmak tespit etmek ve sağlamak" amacıyla vergi idaresince vergi incelemesi yapılabilir (VUK m. 134). Söz konusu inceleme sonucunda düzenlenecek inceleme raporu, inceleme sonunda inceleme yapılamayan verilecektir (VUK m. 140/1,(3)). İnceleme tutanağının mükellefe tebliğ ediliyor olması tutanağa karşı dava açılıp açılmayacağı tartışmasını beraberinde getirmektedir. İnceleme raporu tarh işlemi öncesinde matrahın idarece tespitine yarayan bir işlem olduğu için, ilgilinin hukuki durumunda değişiklik meydana getirebilecek "icrai" bir işlem olmasına rağmen, kesin işlem değildir. İnceleme raporu, nihai işlem olan tarh işlemi öncesi tesis edilen icrai bir usuli işlemdir. İnceleme raporu tarhiyata esas bazı noktaları tespiti yaramaktadır ve bu nedenle kesin işlem olup olmadığının tespiti, bu işlemin ayrılabilir işlemler teorisine göre dava edilip edilemeyeceğini de ortaya koyacaktır. Konu Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun da önüne gelmiş ve Kurul "vergi inceleme raporunun mükellefe etkisi yapılacak bir tarhiyat ile söz konusu olacağından, bu tarhiyatın yapılması ile birlikte dava açılması söz konusu olabilir" yönündeki tespiti ile vergi inceleme raporunun kesin bir nitelik taşımadığından tek başına dava edilemeyeceğini belirlemiş, inceleme raporunun bütünden ayrılamayacak bir zincir işlem olduğunu tespit etmiş ve

⁴² Takdir kararı bizatihi kendisinin nihai ve icrai bir işlem olduğu ve idarece tesis edilecek tarh işlemine dayanak teşkil ettiğinden yani idarenin menfaatini doğrudan etkilediği için ayrılabilir işlemler teorisi uygulanmaksızın iptal davasına konusu edilebilecektir.

bundaki hukuka aykırılığın ancak nihai ve icrai işlem olan tarh işlemi ile birlikte dava edilebileceğini belirlemiştir.⁴³

2. Tebliğ

Gerek kamu hukukuna gerekse özel hukuka ait olsun hukuki işlemler *"hukuksal iktidar kullanmak suretiyle gerçekleştirilen irade açıklamalarıdır."*⁴⁴ Hukuksal iktidarın özel hukuktan kaynaklanan bir hakka değil de, devletin egemenlik yetkisine dayandığı hukuki işlemlerden biri de idare organından kaynaklanan işlemlerdir. Bu yönüyle idarenin tek yanlı irade açıklamaları olan idari işlemlerin bünyelerinde barındırdıkları icrailik niteliği gereği yöneldikleri kişi ya da eşyanın hukuki durumunda değişik yaratmak yönünde oluşturulurlar ve bu yeteneğe sahiptirler. İşlemin muhatabına tebliğ edilmesi ile bünyesinde var olan bu etki doğmuş olur ve işlem bu kişilerin hukuki durumları üzerinde *"etkililik"* sıfatını kazanır.⁴⁵ Bu noktada idari işlemlerin yöneldikleri üçüncü şahısların hukuki durumlarında değişiklik yaratabilmesi için yahut idari işlemin muhatapları açısından yürürlüğe konulabilmesi için, *"yerine getirilmesi zorunlu birer şekil şartı yahut formalite"*⁴⁶ niteliği taşıyan tebliğ veya düzenleyici idari işlemlerde yayın gibi *"icrai nitelik taşımayan uygulama işlemleri"* tesis edilmektedir.⁴⁷ Hemen belirtmek gerekir ki, tebliğ işlemi muhatabına bildirimine aracılık ettiği idari işleme bir takım öğeler katmak ve böylece idari işlemin esasını etkilemek suretiyle bizzat kendisi hukuka aykırılık taşır hale gelir ise hem kesin hem de icrai nitelik taşıyacağından iptal davasına konu edilebilecek bir işlem haline gelecektir. Bunun gibi tebliğ işleminin, yapılış tarzının düzenlendiği yasalara aykırı olarak yapılması da, işlemi sakatlayacağı için dava konusu edilebilir.

⁴³ Danıştay 9. D. 26.12.1997 tarih ve E:1996/371, K:1998/91 sayılı kararı da aynı yöndedir. Bkz. Kızılot Şükrü, "Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları", Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2008, s. 316.

⁴⁴ Erkut, a. g. e., s. 9 da yapılan tanım aynen metne aktarılmıştır.

⁴⁵ Oğurlu, a. g. m., s. 1461.

⁴⁶ Erkut, a. g. e., s. 146.

⁴⁷ "Tahakkuk" madde başlıklı VUK m. 22, "verginin tahakkuku tarh ve tebliğ edilen bir verginin ödenmesi gereken bir safhaya gelmesidir" biçimindeki tanımıyla tebliğ işlemini tahakkukun bir unsuru olarak görmektedir. Bu konuda Bkz. Taşdelen, a. g. m., s. 283.

Vergilendirme işlemlerinde de mükellef açısından vergi borcunu somutlaştıran tarh işlemi gibi *“vergilendirmeyi ilgilendiren ve hüküm ifade eden hususların yetkili makamlar tarafından mükellefe veya ceza sorumlusuna yazı ile bildirilmesi”* gerekliliği, VUK m. 21’de düzenlenmiştir. *“Tahakkuk fişinden gayri, vergilendirme ile ilgili olup hüküm ifade eden bilmum vesikalar ve yazılar adresleri bilinen gerçek ve tüzel kişilere posta vasıtasıyla ilmühaberli taahhütlü olarak adresleri bilinmeyen kişilere ilan yoluyla tebliğ edilir.”* Hükmü de VUK m. 93/1’de vazedilmiştir. Bu durumda mükellef veya vergi sorumlusuna yapılacak tebligat, akçalı ve kişinin temel haklarına dair bir ilişki olan vergilendirme ilişkisi içerisinde, tebliğ edilen idari işlemin hukuka uygunluğunun yargısal denetimini sağlayabilmeleri yönünden, işlemlerin muhataplarına tanınan bir güvenceyi de ifade etmektedir.⁴⁸

Böylelikle kural olarak icrai nitelik taşımadığı belirtilen tebliğ işleminin, VUK’da gerek tesis ve gerekse icrası bakımından sıkı şekil şartlarına bağlanmış olduğu ortadadır. Bu bağlamda, VUK’nun *“Hatalı tebliğler”* başlıklı 108. madde düzenlemesini de incelemek gerekir. Maddeye göre, *“tebliğ olunan vesikalar, esasa müessir olmayan şekil hatalarından dolayı hukuki kıymetlerini kaybetmezler; yalnız vergi ihbarı ile ilgili vesikalarda mükellefin adının, verginin nevi veya miktarının, vergi mahkemesinde dava açma süresinin hiç yazılmaması veyahut bu vesikaların görevli bir makam tarafından tanzim edilmemiş bulunması vesikayı hükümsüz kılar.”*

Öncelikle madde *“hatalı tebliğler”* başlıklı ise de, içeriğine bakıldığında, ilk cümlesinin işlemin tebliği sırasında söz konusu olabilecek usul aykırılığına ilişkin olduğu görülmektedir. Bu durumda esasa müessir olan yani tebliğ ettiği işlemi etkileyen bir hukuka aykırılık taşıyan tebligat işlemi iptal davasına konu edilebilecektir.

Maddenin ikinci kısmı ise tebliğ işlemine değil, tebliğ işleminin aracılık ettiği tebliğ edilen işlemin şekil unsuruna ilişkin bir düzenlemeyi ifade etmektedir. VUK, ikmalen ve resen yapılan vergi tarhiyatlarının ilgililere tebliğinin vergi ihbarnamesi eliyle yapılacağını (m.

⁴⁸ Konunun yukarıda ifade edilen özelliği ve önemi gereği VUK’nun beşinci kısmı *“tebliğler”* başlığı altında düzenlenmiş ve bu bölüm tebliğ esasları ve muhataplar, posta ve ilan yoluyla tebliğe ilişkin özel hükümler ve çeşitli hükümleri düzenleyen 4 bölüm olmak üzere 14 maddede ele alınmıştır.

34) ve bu ihbarnameni içeriğini (m. 35) ayrıntılı olarak düzenlemiştir. VUK m. 108'in ikinci kısmı ise VUK m. 35'de düzenlenen ihbarnamenin içeriğine ilişkin bazı hususların "hiç yazılmamış olması" veya "bu vesikanın görevli makam tarafından tanzim edilmemiş olması"nın, vesikayı "hükümsüz" kılacağını düzenlemiştir. Buradaki vesika vergi ihbarnamesidir, tarh işlemi hükümsüz kalmayacaktır, tekrar ve usulüne uygun düzenlenen ihbarname ile tebliği gerekecektir. Mükellefe hakkında tesis edilen tarh işlemini bildiren bir işlem olan ihbarnamede öyle usulsüzlükler olabilir ki bunlar ihbarnameyi hükümsüz kılarlar.

O halde, yasanın açık hükmü gereği, "vergi ihbarı ile ilgili vesikalarda mükellefin adının, verginin nevi veya miktarının, vergi mahkemesinde dava açma süresinin yanlış yazılmış olması" durumunda, bunların hiç yazılmamış olmaları şartı gerçekleşmeyeceğinden yanlış yahut eksik yazılmış olmaları da hükümsüzlüğe sebep olmayacaktır.⁴⁹ Öte yandan görevli olmayan bir makam tarafından tanzim edilmiş bir vesikanın da hükümsüzlüğü iddia edilebilecektir.

Burada çözümü gereken son sorun kanunun lafzında yer alan "hükümsüzlük" ifadesinin ne anlama geleceği ve hukuk alanında ne sonuç doğuracağıdır. Doktrinde söz konusu şekil şartlarının yerine getirilmemesi halinde işlemi "yok" saymak gerekeceği ifade edilmektedir.⁵⁰ Bireysel idari işlemler açısından ise idari işlem şekil yönünden esaslı bir sakatlık taşıyor halde tebellüğ edilmiş ise yokluğu değil askıda geçerliliği söz konusu olacağından iptal davasına konu edilebilecektir.

Tarh işleminin tebliği sonrası mükellefçe yapılacak tarhiyat sonrası uzlaşma başvurusu üzerine "uzlaşma komisyonunca tesis edilecek uzlaşmanın vaki olmadığına ilişkin tutanak" iptal davasına konu edilebilecektir.

İdarece, resen yahut ikmalen yapılan tarhiyata ilişkin ihbarnamelerin ve buna dayalı vergi cezalarının kendisine usulünce tebliği üzerine mükellef, VUK ek m. 1/1'de belirtilen şartları sağlıyor ise süresi içe-

⁴⁹ Ancak bu durumda işleme karşı yargı yolu kendisine hatalı bildirildiği için hak arama özgürlüğü sınırlanan kişinin Anayasa m. 40/2 ihlali gerekçesi ile tam yargı davasına yönelebilmesi mümkün görünmektedir.

⁵⁰ Özellikle ilanı gereken düzenleyici işlemler ile bir düzenleyici işlem de ilga edilecek ise ve fakat bu işlemin ilanı yapılmamışsa ilgililerin hukuki durumlarının hala eski düzenleyici işleme tabi olduğu örneği verilmektedir. Bkz. Erkut, a. g. e., s. 146.

risinde tarhiyat ve cezalara karşı vergi davası açmak yerine ilgili vergi dairesine 30 gün içerisinde uzlaşma talebi ile idari başvuruda bulunabilir. Mükellef söz konusu tarhiyata karşı dava açmış olsa bile süresi içerisinde uzlaşma yoluna gidebilir (VUK ek m. 7/2). Mükellefin dava açmak yerine bu yola başvurması yahut dava açtıktan sonra uzlaşma talep etmesi halinde farklı bir idari süreç işleyecektir, bunlardan ikincisinde sürecin sonuçlanması açılan davanın vergi mahkemesince incelenmesini engelleyecektir (VUK ek m. 7/2). Uzlaşma talebi üzerine uzlaşma sağlanması halinde uzlaşma komisyonunca uzlaşma tutanağı düzenlenir ve burada belirtilen hususlar hakkında mükellef dava açamayacaktır (VUK ek m. 6/2; ek m. 7/3).

Uzlaşma sağlanamaması halinde, mükellef kendisine tebliğ edilen tarh işlemine ve vergi cezasına karşı dava açabilir.⁵¹ Uzlaşma başvuruları üzerine dava açma süresinin durumu hakkında VUK ek m. 7/4 hükmünde özel düzenleme getirilmiştir. Ancak uzlaşma kapsamında bulunmayan tarhiyatlar için uzlaşma talebinde bulunulması ve bunun reddi halinde ek süre hükmünden yararlanılamayacaktır.⁵² Kanun'da uzlaşma istemli başvuruların dava açma süresini durduracakları yönünde bir düzenleme bulunmamakla birlikte sürecin tamamlanması üzerine açılacak davalar bakımından ortaya çıkacak sorunlar öngörülerek davacı mükellefe ek süre tanınmış olduğundan, İYUK m. 11 hükmünün, bu idari başvuruların uzlaşma komisyonunca düzenlenecek tutanak ile hükme bağlanması ve bunun mükellefe tebliği üzerine açılacak idari davanın süresinin belirlenmesi açısından uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır.⁵³ VUK, uzlaşma talebinin açıkça reddedilme-

⁵¹ Ancak burada dava açma süresinin işlemeye tekrar başlaması için yasa ile aranan koşul uzlaşmanın vaki olmadığına ilişkin tutanağın mükellefe tebliği olduğu için uzlaşmanın vaki olmadığına ilişkin uzlaşma komisyonu tutanağının imzalanması yeterli değildir, tutanağın mükellefe tebliğ edilmesi gerekir. Bu konu hakkında Bkz. Danıştay 3. D. 29.01.2003 tarih E:2000/3173 K:2003/607 sayılı kararı

⁵² Nitekim Danıştay 3. D. E:2005/1796, K:2006/3042 künyeli ve 22.11.2006 tarihli kararında uzlaşma kapsamında olmayan durumlarda yapılan başvurular üzerine açılacak davalarda süre konusunun bu durumun dikkate alınması suretiyle incelenmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Aynı konuda bir diğer karar için Bkz. Danıştay 4. D. 09.02.1998 tarih E:1997/3104, K:1998/409

⁵³ Bu halde VUK ek m. 7/4 hükmünün İYUK m. 11 gibi işleyen dava açma süresini kesmeyeceğini ancak başvuru üzerine verilecek karar üzerine işlemeye devam eden 30 günlük dava açma süresi geçmiş yahut sürenin dolmasına 15 günden az bir süre kalmış ise bu sürenin uzlaşmanın vaki olmadığına ilişkin tutanağın tebliği

si halini düzenlemekle birlikte başvurunun cevaplanmaması halinde reddedilmiş sayılarak dava açılabilmesine ilişkin bir hüküm sevk etmediğinden bu durumda genel hüküm olan İYUK m. 11'in cari olduğunu düşünmek gerekecektir. Şu durumda, mükellefin dava açılmadan süresi içerisinde vergi dairesine vereceği uzlaşma dilekçesi üzerine, vergi dairesinin sessiz kalması halinde tarh işlemine karşı açılacak davanın süresinin tespitinde İYUK m. 11 hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.⁵⁴

“Uzlaşmanın vaki olmadığı şeklindeki uzlaşma komisyonu kararı” idari davaya konu edilebilir kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olduğundan mükellefin bu karara karşı genel süre hükümleri içerisinde dava açabilmesi mümkündür.⁵⁵ Ancak söz konusu komisyon kararına karşı açılan davada yürütmenin dava açılması ile kendiliğinden durması söz konusu olmayacağından ilgilinin dava etmesi halinde yürütmesi kendiliğinden duracak (İYUK m. 27/3) tarh işlemini dava etmesi kendisi açısından daha teminatlı görünmektedir.

Son olarak uzlaşma talebini süre veya yetkisiz temsilci tarafından yapılması halinde reddedebilecekleri ve bu kararların süresi içerisinde vergi mahkemelerinde dava konusu edilebileceklerini belirtmek gerekir.⁵⁶ Ancak bu halde mükellefin tarh işlemini tebellüğ ettikten sonra işlemeye başlayacak dava açma süresini de dikkate alarak bu işleme karşı da dava açması gerekecektir.

üzerine 15 gün uzayacağını düzenlemiştir.

⁵⁴ Mükellefe tebliğ edilen tarh işlemine karşı, dava açmadan evvel usulüne uygun biçimde uzlaşma başvurusunda bulunduğu halde idare başvurusu 60 gün içerisinde cevaplamamış ise, bu 60 günün hitamını takiben, uzlaşma başvurusuna kadar işlemiş olan dava açma süresinin kaldığı yerden devam etmesi suretiyle, tarh işlemine karşı dava açılacaktır.

⁵⁵ Nitekim Danıştay 4. Dairesi 1986 yılında vermiş olduğu ve bir kararda “ uzlaşmanın temin edilemediğine ilişkin olarak uzlaşma komisyonunca yükümlüye veya ceza muhatabına yapılan yazılı bildirim uzlaşma bildiriminde bulunan kişinin hukuki durumunu etkileyen idarenin tek yanlı ve icrai bir işlemi niteliğini taşıdığından iptal davasına konu yapılabilir” tespitinde bulunmuştur. Danıştay 4. D. 16.10.1986 tarih ve E:1986/5182, K:1086/3057.

⁵⁶ Kızılot, a. g. e., s. 307.

3. Tahakkuk

Tahakkuk aşaması, “*vergi alacağıının vergi idaresi bakımından bir işlem veya bir olguya bağlı olarak (verginin ödenme zamanları içinde) tahsil edilebilir (ödenmesi talep edilebilir) duruma geldiği bir aşama*” olarak tanımlanabilir.⁵⁷ Tahakkuk, tarh edilen verginin ödenecek aşamaya gelmiş olduğuna ilişkin bir saptamadır.⁵⁸ Tahakkuk aşaması bazı hallerde tarh işlemine “*adeta yapışık*”tır⁵⁹ ve bu durumda tarh işlemi ile borcun tahakkuku, tahakkuk fişinin düzenlenmesi işlemi ile gerçekleşmektedir.⁶⁰

Tahakkuk aşamasının gerçekleşmesi için ayrı bir tebliğ aşamasına ihtiyaç duyulan vergilendirme işlemlerinde tahakkuk, ihbarnamenin tebliği sonrasında mükellefin hareketsiz kalması yahut dava açması ihtimallerine göre farklı zamanlarda gerçekleşecektir.⁶¹ Burada matraha idarece tespit edildiğinden muhatap belirlenen bu matraha göre tesis edilen tarh işleminden haberdar edilmekte ve kendisine belli hukuiki yollar tanınmış olduğundan, vergi borcunun yargı organınca saptanabilme imkânı da bulunan belli sürecin işletilip işletilmemesine göre farklı zamanlarda, verginin tahakkuku gerçekleşmektedir. İşte burada ilgili kendisine tebliğ edilen kesin ve icrai nitelik taşıyan tarh işlemine karşı dava açabilecek ve vergi mahkemesi kararı ile tahakkuku sağlayacaktır.

C. Vergi Alacağıının Cebren Tahsili Sürecinde Tesis Edilecek İdari İşlemler ve İdari Davaya Konu Edilebilirlikleri

3. Genel Olarak

Yukarıda açıklanan usul çerçevesinde tahakkuk ettiği halde, mükellefin, 6183 sayılı Kanun’un 37 vd. maddeleri uyarınca rızaen ödeme-

⁵⁷ Taşdelen, a. g. m., s. 287.

⁵⁸ Öncel / Kumrulu / Çağan, a. g. e., s. 106.

⁵⁹ A. g. e., s. 108.

⁶⁰ Tahakkuk fişinin kural olarak kesin işlem niteliği taşımadığı gerekçesiyle iptal davasına konu edilemeyeceği ve bunun istisnaları hakkında Bkz. İnfra, s. 11.

⁶¹ Öncel / Kumrulu / Çağan, a. g. e., s. 108.

diği vergi borçları hakkında cebren tahsil süreci başlatılacaktır. Vergi borcunun vadesinde ödememesi halinde cebren tahsil aşamasına geçiş yönünden idarenin bağlı yetkisi bulunmaktadır (VUK m. 55).⁶²

Ancak tahsil aşamasına geçilebilmesi için yukarıda açıklanan vergilendirme usulü içerisinde, ya idari ve/veya yargısal başvurular üzerine alınacak kararlar sonucunda yahut bu başvuru yollarına gidilmesiyle kendiliğinden vergi alacağının tahakkuk ettirilmesi gerekecektir. Tahsil yetkisi, tahakkuk eden ve vadesinde ödenmeyen vergi alacağının tahsili için idarece bir takım işlem ve eylemlere girişilmesidir. Tahsil, vergi borcunu belirleyen icrai işlemin bünyesinde var olan hukuki sonuçların ilgisininin hukuk alanında meydana getirilmesi faaliyeti girişilmesidir ki bu, idarenin sahip olduğu resen icra yetkisinin kullanımudur.⁶³

Resen icra yetkisinin kullanımı bağlamında gerçekleştirilen takip ve tahsil işlem ve eylemlerin idarilik vasfına sahip olmaları ise resen icra ettikleri işlemin hukuka uygun olmasına sıkı biçimde bağlıdır ve usulüne uygun olmayan bir vergilendirme işlemine dayalı olarak tesis ve icra edilen takip ve tahsil işlem ve eylemleri idarenin idari değil özel hukuka dayalı sorumluluğunu oluşturacak, bu davalar adli yargının görev alanına gireceklerdir.⁶⁴

Amme alacağının cebren tahsili süreci, cebri icra yoluyla yapılacak tahsilât ile sona erebileceği gibi mükellefin cebren tahsil süreci işletilirken esasen cebren tahsil işlemleri nedeniyle oluşan “rızası” ile yapacağı ödemeye de sona erebilir.⁶⁵ Kamu alacağının cebren tahsili sürecinde, çeşitli idari işlemler ve eylemler tesis ve icra edilmek suretiyle ve bu işlemlerin sonucunda gerek rızai gerek cebri olarak alacağın tahsili yani borcun sona ermesi sağlanacaktır. “Ödeme” ile borcun sona ermesi subjektif nitelikte bir işlemdir ve inşai niteliktedir.⁶⁶

⁶² Özay, a. g. e., s. 645.

⁶³ Günday, a. g. e., s. 217.vd.

⁶⁴ Onar, a. g. e., s. 1653.

⁶⁵ Ancak tahsil aşamasına geçildikten sonra yapılacak rızai ödeme, VUK m. 51/1 gereği mükellefin gecikme zammı da ödemesini gerektirir.

⁶⁶ Öncel / Kumrulu / Çağan, a. g. e., s. 108.

Amme alacağıın cebren tahsili süreci, içerisinde idari yargı ile adli yargı arasında görev alanına ilişkin sorunların da var olduğu bir alandır. Menkul yahut gayrimenkullerin cebren satışında ihalenin feshi istemli davalar (AATUHK m. 99) ile hükümsüz sayılan tasarrufun iptaline ilişkin davalar (AATUHK m. 24-30), mülkiyet hakkına ilişkin olduklarından, çözümleri yasa gereği adli yargıya bırakılmıştır.⁶⁷ Bu ayrıksı durum dışında genel kural geçerlidir.

4. Teminat İstenmesi İşlemi (m. 9)

6183 sayılı Kanun'un 9. maddesinde iki bent halinde vergi idarelerince teminat istenmesi konusu düzenlenmiştir. Maddede düzenlenen iki durumdan ilkinde teminat istenmesine ilişkin bağlı yetki ikincisinde ise takdir yetkisi söz konusudur. Her iki halde de idarenin teminat istediği mükellef, kesin ve icrai nitelikli kendisinden teminat istenebilmesi işlemini, yasal koşullarının oluşmadığı gerekçesi ile ve süresi içerisinde vergi mahkemesine taşıyabilir.⁶⁸

Öte yandan, 6183 sayılı Kanun'un 13/1,(1) bendinde "9. maddeye gereğince teminat istenmesini mucip haller mevcudiyeti" tespiti, ihtiyati haciz kararının sebep unsurunu oluşturan hallerden biri olarak düzenlenmiştir. Bu halde teminat istenmesine ilişkin işlemin dava edilebilirliği, ihtiyati haciz işleminin sebep unsurunun ihtiyati haczin icrasından evvel idari yargı eliyle denetimine olanak sağlaması bakımından da önem taşımaktadır.⁶⁹ Teminat istenmesi işlemini olağan olarak ihtiyati haciz safhası izleyeceğinden, ilgilinin hukuki durumunu etkilediğinde kuşku bulunmayan ve kesin nitelik taşıyan bu kararın, haciz icrasından evvel yargısal denetime tabi olmasının hukuk devleti ilkesi açısından önemi de açıktır ve bu imkân ayrılabilir işlem teorisi ile ortaya çıkmaktadır.

6183 sayılı Kanun teminat altına alınmış alacakların tahsili için farklı bir usul öngörmüştür (m. 56).⁷⁰ Vergi borcunun teminatı olarak

⁶⁷ A. g. e., s. 165.

⁶⁸ Kızılot, a. g. e., s. 313; Bu konuda Danıştay 3. D. E:1997/361, K:1998/849 sayılı karar örnek verilebilir.

⁶⁹ Kızılot, a. g. e., s. 313.

⁷⁰ Teminatlı altına alınmış kamu alacaklarının vadesinde ödenmemesi halinde m. 56

birden fazla gayrimenkul gösterilmiş ise alacaklı kamu idaresi ile borçlunun menfaatlerini mümkün olduğunca gözetmek zorunda olan tahsil dairesinin (VUK m. 62/6) bu gayrimenkulleri satışa çıkarmak yönünde aldığı kararda kullandığı yetki de açılacak davada tartışmaya konu edilebilir.⁷¹

5. İhtiyati Haciz (m. 13 vd.)

İhtiyati haciz kamu alacağının güvence altına alınması önlemlerinden biri olarak görülmektedir.⁷² İhtiyati haciz, henüz vadesi gelmiş bir amme alacağının tahsili için ödeme emri gönderilmesine ve ödeme emrine karşı dava yolunun tüketilmesi veyahut dava açılacak 7 günlük sürenin dolması beklenmeden, haciz kararı alınıp icra edilebilmesini sağlayan bir güvence önlemidir. İhtiyati haciz, idare hukuku bakımından öncelikle ancak belli sebeplerin varlığı halinde tesis edilebilecek ve kesin ve icrai bir “ihtiyati haciz kararının alınmasına” ve “bu kararın resen icra edilmesine” ilişkin iki yönü içermektedir. Belirtmek gerekir ki “idari ihtiyati haciz” genel hükümlerde yer alan ihtiyati hacizden esaslı biçimde farklıdır.⁷³

İhtiyati haciz kararı, “alacaklı amme idaresinin mahalli en büyük memurunun kararı ile” alınacaktır (m. 13/1). Bir başka deyimle ihtiyati haciz kararı alabilme yetkisi kanunda “bu irade açıklamasının hangi idari merci tarafından yapılacağı”⁷⁴ yani kişi yönünden ve yer yönünden

gereği borçluya borcu 7 gün içerisinde ödemesi aksi takdirde teminatın paraya çevrileceği ve cebren tahsile devam olunacağını bildirilmesi gerekmektedir. Bu işlem yapılmadan teminatın paraya çevrilmesine ilişkin işlemlere başlanmasının hukuka aykırılığı hakkında Bkz. Danıştay 4. D. 09.03.2005 tarihli ve K:2005/348, E:2004/2271künyeli kararı

⁷¹ Nitekim DVDDK 03.05.2002 tarih ve E:2002/78, K:2002/230 sayılı kararı ile “birden çok gayrimenkulün teminat olarak gösterilmesi halinde idarenin bunlardan öncelikle hangisini satacağına ilişkin takdir yetkisini sınırlayan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.” Tespiti ile bu halde idarede var olan takdir yetkisini vurgulamıştır.

⁷² Öncel Öncel / Kumrulu / Çağan, *a. g. e.*, s. 167; Kızılot, *a. g. e.*, s. 312.

⁷³ “Hususi hukukta ihtiyati haciz ancak bir hakimin kararı ile ve icra dairelerince tatbik edildiği halde idari ihtiyati haciz idari bir tasarruf mahiyetinde olan icrai bir kararlar ve idarece resen tatbik olunabilir.” Alıntı ve ayrıntılar için Bkz. Onar, *a. g. e.*, s. 1655.

⁷⁴ Günday, *a. g. e.*, s. 125.

açık biçimde belirlenmiştir, bu nedenle ihtiyati haciz kararı münhasıran bu kişi tarafından alınmalıdır, aksi hal kararı yetki unsuru yönünden sakatlayacaktır.⁷⁵ Kanun ihtiyati haciz kararlarının tesisinde taşıdıkları önem itibariyle, haciz kararlarının tasdik yetkisinde tanıdığı aksine (m. 64), yetki devrine cevaz vermemiştir.⁷⁶ Öte yandan haciz kararının tasdiki bakımından bir yetki devrine cevaz verilmiş olmasına rağmen, ihtiyati haciz kararının tesisi münhasıran tek bir makama bırakılmış, tasdike tabi kılınmamıştır. Katılmak mümkün olmamakla beraber, 6183 sayılı Kanun'un ihtiyati haciz kararı alma yetkisinin devrine ilişkin herhangi bir ifadesi bulunmadığı halde, yakın tarihli bir Danıştay kararında, 6183 sayılı kanun m. 64'de getirilen yetki devrine ilişkin hükümlerin burada da cari olacağına ilişkin tespiti rastlamak da mümkündür.⁷⁷

İhtiyati haciz kararı, sebep unsurunu teşkil edecek ve kanun hükmünde açıkça sayılan durumların gerçekleşmesi ile tesis edilebilecektir. Bu nedenle ihtiyati haciz kararı açıkça kanunda belirtilen bir sebebe dayalı bir işlemdir.⁷⁸ İhtiyati haciz kararı kesin ve icrai bir karar olduğundan uygulanması beklenmeksizin dava edilebilecektir. Açılacak davalarda işlemin sebep unsurunun gerçekleşmediği gerekçesi ile de iptali talep edilebilecektir. İhtiyati haczin icrası, ihtiyati haciz kara-

⁷⁵ Nitekim Danıştay 4. Dairesi, bir ihtiyati haciz kararına karşı açılan davada, bida-yet mahkemesinin alacaklı amme idaresinin mahalli en büyük memurunun vali olduğu tespitinin hatalı olduğunu belirlemiş ve kararın defterdar tarafından alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Danıştay 4. D. 15.03.2004 tarih ve E:2003/2119, K:2004/467 künyeli karar.

⁷⁶ "Yetki devri istisnaidir ve ancak kanunlarda açıkça öngörülen hallerde ve açıkça öngörülen işlem ve kararlar için mümkündür." Bkz. Günay, *a. g. e.*, s. 129.

⁷⁷ Danıştay 4. D. 15.03.2004 tarih ve E:2003/2119, K:2004/467 künyeli kararında "... söz konusu 13. maddede, ihtiyati haczin, *haczin ne suretle yapılacağına* dair olan hükümlere göre derhal tatbik olunacağı hükmüne yer verildiğine göre, hacizle ilgili 64 üncü maddedeki *teokile ilişkin hükmün ihtiyati haciz için de geçerli olacağı sonucuna ulaşılmaktadır*. Uyuşmazlık konusu ihtiyati haciz kararı defterdar yardımcısına vekalet eden kişi tarafından alındığından, mahkemece, defterdar tarafından bu kişinin yetkilendirilmiş olup olmadığı incelenerek buna göre bir karar verilmesi gerekmektedir." Biçiminde bir gerekçe getirmekte ise de buna katılmak mümkün değildir. Zira ihtiyati haciz kararının alınması ile uygulanması farklı aşamalar olduğundan, bunlardan sadece uygulama aşamasına atıf yapan bir hükmün tesis aşamasına ilişkin yetki konusunu da kapsar biçimde anlaşılması olanaklı görünmemektedir.

⁷⁸ Onar, *a. g. e.*, s. 1656.

rına uygun biçimde gerçekleştirilmelidir, aksi halde hukuka aykırılıklar ortaya çıkabilecek ve bu durum dava konusu edilebilecektir.

İhtiyati haciz kararının sebebine karşı haczin uygulanmasından yahut haciz gıyapta yapılmış ise ihtiyati haczin bildirilmesinden itibaren 7 gün içerisinde yetkili vergi mahkemesi nezdinde dava açılabilir (m. 15/1). Maddede sadece haczin icrası üzerine ihtiyati haciz kararının öğrenilmesi halinde ihtiyati haciz sebebine karşı dava açılabileceği belirtilmekte ise de ihtiyati haciz kararına karşı uygulanmadan evvel de, ayrılabilir işlemler teorisi gereği, dava açılabilir. Ayrıca işlem sadece sebep ögesi yönünden değil yukarıda tartışılan yetki ögesi yönünden de hukuka aykırılığı nedeniyle dava edilebilir.

6. İhtiyati Tahakkuk Kararı (m. 17 vd.)

Tahakkuk aşaması yukarıda da belirtildiği üzere kanuni ifadesi ile tarh ve tebliğ edilen verginin ödenecek aşamaya gelmesidir (VUK m. 22). Kamu alacağının cebren tahsili işlemlerine geçilebilmesi kural olarak tahakkuk aşamasının gerçekleşmesine bağlıdır. Ancak bazı durumlarda (m. 17) vergi alacağının tarh ve tebliğ aşamaları gerçekleşmeden vergi dairesi müdürünün yazılı isteği ile defterdar tarafından vergi alacağının ihtiyaten tahakkukuna karar verilebilecektir. İhtiyaten tahakkuk ettirilen alacaklar ödeme zamanı gelmeden vergi dairesince tahsil olunamaz, ancak bunlar için derhal ihtiyati haciz tatbik olunur (m. 18/3). Amme alacağının tabi olduğu kanuna göre tahakkukunun ardından, ihtiyati tahakkuk buna göre düzeltilecektir (m. 19/1).⁷⁹ İhtiyati tahakkuk kendisinden sonra ihtiyati haciz icrasına geçilmesi gereken icrai ve kesin bir karardır. Başka bir deyimle, kendisini izleyecek ihtiyati haciz kararı ve bunun icrası beklenmeksizin, icrai ve kesin niteliği gereği, süreçten ayrılarak dava konusu edilebilir.⁸⁰

⁷⁹ Bu özelliği nedeniyle Onar ihtiyati tahakkuku, "ihtiyati tahakkuk hukuki mahiyeti itibarıyla infisahi bir şarta bağlı muvakkat bir tahakkuktan, yani amme alacağının infisahi bir şartla muvakkaten doğumundan ibarettir" biçiminde tanımlamaktadır. Bkz. Onar, *a. g. e.*, s. 1657.

⁸⁰ İhtiyati tahakkuk kararı, yetkili merci tarafından alınıp alınmadığı, miktarı ve sebep unsuru yönünden hukuka aykırılık iddialarıyla iptal davasına konu edilebilir bir işlemdir.

7. Tecil Talebinin Reddi (m. 48)

Vergi borcunun vadesinde ödenmesi veya haczin tatbiki veyahut haciz olunmuş malların paraya çevrilmesi amme borçlusunu çok zor duruma düşürecekse, borçlu tarafından yazı ile istenmiş ve teminat gösterilmiş olmak şartıyla, alacaklı amme idaresinin yetkili kılacağı makamlarca tecile karar verilebilecektir (m. 48/1). Tecil talebinin reddi kesin ve icrai bir karar olduğundan vergi davasına konu edilebilecektir.

8. Ödeme Emri (m. 55)

Usulüne uygun olarak tahakkuk etmiş amme alacağıının vadesinde ödenmemesi üzerine, m. 55/2’de yer alan hususları içeren ödeme emri borçluya gönderilir ve bunu tebliğ alan borçlu 7 gün içerisinde ödeme emrine karşı açacağı dava ile “yargı uyuşmazlığı” çıkartabilir⁸¹. Ödeme emri, iptali için dava açma süresinin ve yerini içermelidir.⁸²

⁸¹ Öncel / Kumrulu / Çağan, *a. g. e.*, s. 163.

⁸² Bu hususun Anayasa’nın 40/2.maddesinin doğrudan uygulanırlık niteliğinin bir sonucu olduğu ve ödeme emrine karşı kanun yolu ve süresini içermeyen ödeme emrine karşı açılan davanın süre yönünden reddedilemeyeceğine ilişkin kararının gerekçesinde “Yukarıda sözedilen Anayasal ve yasal kurallar karşısında, Anayasa’nın emredici kuralına rağmen, 6183 sayılı Kanun’un 55. maddesinde bir ödeme emrinde bulunacak açıklamalar veya ibareler arasında ödeme emrine karşı yapılacak başvuru yeri ve süresinin öngörülmemiş olmasının, Anayasa’nın doğrudan uygulanabilirliği tartışmasının yapılmasını zorunlu hale getirmektedir. Kural olarak Anayasa hükümleri doğrudan uygulanacak hükümler olmayıp, Anayasa’da öngörülen düzenlemelere ilişkin olarak uygulama ile ilgili kanunların çıkarılması gerekir. Ancak Anayasa’nın ayrıntılı biçimde düzenlediği konularda uygulama kanunu çıkarılması gerektiği gibi, mevcut kanunda Anayasa’ya uygunluğu sağlayacak değişiklik yapılması gerekiyorsa bu değişikliğin yapılması beklenilmeden ayrıntılı Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanacağı kabul edilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin 8.12.2004 günlü ve E:2004/84, K:2004/124 sayılı kararında; “Özel kanunlarda aksi yönde bir kural bulunmaması halinde idari yaptırımlara karşı ilgililerin belirtilen düzenlemeler uyarınca idari yargı yoluna başvurabilecekleri kuşkusuzdur. Bu bağlamda, 5225 sayılı Kanun’da iptali istenen kurallar yönünden başvurulacak kanun yolu ve süresinin özel olarak öngörülmemiş olması, Anayasa’nın 40. maddesine aykırılık oluşturmaz. Kaldı ki, 40. maddenin ikinci fıkrasıyla devlete verilen görev, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerin belirtilmesi zorunluluğu olup, bu hususlara ilişkin olarak her yasada özel bir düzenleme yapma yükümlülüğü içermemektedir.” açıklaması da Anayasanın söz konu-

Ödeme emrine karşı İYUK m. 11 kapsamında idari başvuruda bulunulamayacağı da Danıştay'ın yerleşik içtihadıdır.⁸³

Ödeme emrine kendisine tebliğ olunan kişi açacağı davada, sadece böyle bir borcu olmadığını veya kısmen ödediğini veya borcun zamanlaşımına uğradığını ileri sürebilir. Bunlar arasında en tartışmalı nokta "borcun olmadığı" iddiasının içeriğine ilişkindir.⁸⁴ Ödeme emrinin iptali davalarında borcun olmadığı iddiasının incelenmesinde mahkeme-

su 40. maddesinin ikinci fıkrasının doğrudan uygulanabilirliği konusuna açıklık getirmektedir. Bu nedenle, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrası, ayrı bir yasal düzenlemeyi gerektirmeyen, doğrudan uygulanabilir nitelikte bir kural olup, öncelikle uygulanma zorunluluğu vardır. Buna göre; yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak idari mercileri ve kanun yolları ile sürelerini belirtmeleri zorunludur." Bkz Danıştay 4. D. 13.11.2006 tarih ve E:2005/2143, K:2006/2156 künyeli kararı.

⁸³ Ayrıntılı açıklama için Bkz. Öncel / Kumrulu / Çağan, *a. g. e.*, s. 163; Konu yakın tarihli bir Danıştay kararında da tartışılmıştır. Anılan kararın karşı oy gerekçesinde yer alan bazı önemli tespitler aşağıya aynen aktarılmıştır. "2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 4. fıkrasının yürürlükten kaldırılmasıyla güdülen amacın, tıpkı diğer idari işlemlerde olduğu gibi, tarh, tahakkuk ve tahsil işlemleriyle karşılaşan yükümlülere, bu işlemlerin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması için dava açma süresi içinde idareye başvuru yolunu açmak, bu başvuru ile dava açma süresini durdurmak ve böylece uyuşmazlıkların, dava aşamasına gelmeden, idari süreç içerisinde yeniden incelenip halledilmesi olduğu anlaşılmaktadır. ödeme emirlerine karşı da itiraz yoluna başvurulup başvurulamayacağı hususunun tespiti bakımından, idari işlemler içerisinde ödeme emirlerinin mahiyet ve niteliğinin saptanması önem arz etmektedir. Ödeme emri de ... bir idari işlemdir. Yani, ödeme müddeti içinde ödenmeyen amme alacağının, tahsil dairesince, cebren tahsili yoluna başvurulmasından önce, ilgililerin amme borcunu ödemeleri konusunda uyarılması; aksi takdirde, karşılaşacakları müeyyidelerin duyurulması amacına yönelik, kamu alacağının cebren takibi ve tahsili yolunda tesis edilen bir idari işlemdir. Bu anlamda ödeme emri tebliğ edilmekle, kamu gücü kullanılmak suretiyle bir alacağın takibine başlanılmış olmaktadır. Başka bir deyişle; ödeme emri, kamu alacağının, cebren tahsiline yönelik tesis edilmesi zorunlu ilk işlemdir. Bu haliyle, vergi kanunlarına göre tahakkuk etmiş ve vadesinde de ödenmemek suretiyle kesinleşmiş bir verginin, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun çerçevesinde ve bu Kanun'un idareye tanıdığı yetkiye dayanılarak cebren tahsili aşamasında tesis edilen bir idari işlem olan ödeme emrinin, diğer idari işlemlerden ayrı hukuksal statüye tabi tutulması, İdare Hukuku İlkeleleriyle bağdaşır nitelikte değildir." Bkz. DVDDK'nın 18.10.2006 tarih ve E:2006/75, K:2006/300 künyeli kararı

⁸⁴ Sorunun ortaya çıkma nedenlerinden biri de konunun genel hükümlere göre yapılan icra takiplerinde ödeme emrine itiraz üzerine açılacak davalarda alacak miktarının araştırılıyor olmasına bağlanabilir.

nin inceleme yetkisi tahsil işleminin denetimiyle sınırlıdır. Mahkeme tarh aşamasında ileri sürülmesi gereken hukuka aykırılık iddiasını bu aşamada inceleyemez.⁸⁵ Bu tespit Danıştay'ın ayrılabilir işlemler teorisine ilişkin geliştirdiği uygulamaya dayanmaktadır.⁸⁶

Ancak borçlu, ödeme emrine karşı dava açma süresini geçirdikten sonra düzeltme ve devamında şikâyet başvurusu yaparak konuyu yargı önüne taşır ise vergi hatası olduğundan bahisle matrah ve mükellefte hata iddiaları incelenecektir.⁸⁷

9. Haciz

Haciz, borçlunun mal, hak ve alacağı üzerindeki zilyetliğinin kaldırılması, o mal üzerinde yetkili vergi dairesinin zilyetliğinin tesisi ve bunların paraya çevrilmesi suretiyle bedeli ile borcun ödenmesi faaliyetidir.⁸⁸ Haciz kararı ve icrası ile borçluya ait menkul ve gayrimenkul mallar ile hak ve alacakların amme alacağına yetecek miktarının tahsil dairesince haczedecektir (m. 62).

Haciz işlemine geçilebilmesi için tahsil aşamasındaki ilk işlem olan ödeme emrinin usulüne uygun olarak borçluya tebliği⁸⁹ ve ödeme em-

⁸⁵ DVDDK'nın 12.04.2002 tarih ve E:2002/57 K:2002/227 sayılı kararında "... .. nakliyecilik yapan davacı, 1996 yılı beyanı üzerinden tahakkuk ettirilen vergileri vadesinde ödemediğinden tahakkuk kesinleşmiş ve hukuken kamu alacağı niteliği kazanmıştır. Davacının; ticari faaliyetini terk ettiği, gelir vergisi beyannamesini kendisinin vermediği yolundaki iddiaları ancak tarh aşamasında ileri sürülebileceğinden ödeme emrine karşı açılan davada incelenmesi mümkün değildir.

⁸⁶ Bkz. *Infra*, s. 6'da dipnotlarda yer alan Danıştay kararları.

⁸⁷ DVDDK'nın 13.06.2003 tarih ve E:2002/611, K:2003/320 künyeli kararı.

⁸⁸ Onar, *a. g. e.*, s. 1665.

⁸⁹ "Yasanın 64. maddesinde haciz işlemlerinin haciz varakalarına dayanılarak yapılabacağı belirtildiğinden, inceleme raporuna bağlı vergi borçları nedeniyle uygulanan haciz işleminde de hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Kaldı ki, inceleme raporuna göre yapılan tarhiyata ilişkin vergi ve ceza ihbarnameleri ile ödeme emirleri davacıya bilinen adresinde tebliğ edilememesi nedeniyle ilan edilen tebliğ edilmiş ise de, dosyada bulunan tebliğ alındıklarının incelenmesinden, tebliğ işlemlerinin 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun anılan 102. maddesine uygun olarak yapılmadığı, muhatabın bulunamaması haline ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmediği, tarih ve imza gibi şekil unsurlarının tamamlanmadığı görülmüştür. Ayrıca inceleme raporunun, defter ve belgelerin ibraz edilmemesi nedeniyle düzenlenmesine karşın, defter ve belgelerin ibrazına ilişkin yazının tebliğ edildiği kişilere ihbar-

rine karşı süresi içerisinde dava açılmaması yahut açılan davanın reddi ile bu aşamanın tamamlanması gerekecektir.⁹⁰

Haciz işlemleri, yukarıdaki şartın gerçekleşmesi üzerine yetkili mercilerce düzenlenecek haciz varakalarına göre yapılacağından, bu noktada da haciz kararının alınması ve haczin icrasından kaynaklanabilecek ve vergi davasına konu edilebilecek çeşitli sorunlar ortaya çıkacaktır.

6183 sayılı Kanun'un 64. m. "*Haciz işlemleri, tahsil dairelerince düzenlenen ve alacaklı amme idaresinin mahalli en büyük memuru veya tevkil edeceği memur tarafından tasdik edilen haciz varakalarına dayanılarak yapılır.*" hükmünü amirdir. Haciz işlemlerinin dayanağını teşkil eden haciz varakası icrai nitelik taşıyan ve kesin bir idari işlemdir. Eski tarihli bir Danıştay kararında nihai işlem olan haciz tutanağından evvel kesin ve icrai bir nitelik taşıyan haciz varakasının, iptal davasına konu edilebilecek bir işlem olduğu ayrılabilir işlemler teorisinin uygulanması bağlamında ortaya konulmuştur.⁹¹ Bu nedenle ilgilisi, haciz kararının

name ve ödeme emirleri tebliğ edilmemiştir. Bu durumda, ihbarnameler ile ödeme emirleri yasada öngörülen usule uygun tebliğ edilmediğinden davacı hakkında tesis edilen haciz işleminde yasaya uyarlık bulunmamaktadır." Bkz. Danıştay 4. D. 08.04.2003 tarih ve E:2003/1996, K:2004/713

⁹⁰ Örneğin, haciz işleminin dayanağı ödeme emri mahkemece iptal edilmiş olduğu halde, tekrar ödeme emri göndermeksizin haciz işlemi yapılması Danıştay 4. D. 21.12.1998 tarih ve E:1998/3236, K:1998/5401 sayılı kararında isabetli biçimde hukuka aykırı bulunmuştur.

⁹¹ DVDDK eski bir kararında konuyu şöyle ifade etmiştir. "haciz varakaları tahsil dairesine borçlunun malvarlığı üzerine, borca yetecek miktarda ve paraya çevrilmek üzere haciz konulmasına izin veren, idarenin kesin, yürütülmesi gerekli, etkili ve tek yanlı işlemlerindedir. Borçlunun mal varlığı üzerine haciz konulması, sadece bu işlemlerin uygulanmasını gösterir. Kanun'da, haciz varakasının borçluya bildirilmesi öngörülmemiştir. Borçluya bildirim zorunlu olmayan bu işlemler kural olarak, haczin uygulanması suretiyle borçlunun bilgisine sunulmaktadır. Haczin uygulanması yoluyla hakkında haciz varakası düzenlenerek haciz kararı verildiğini öğrenen borçlunun, 6183 sayılı Kanun'un 78. maddesinde yazılı haciz tutanağının düzenlenmesi veya tebliği üzerine açtığı dava ile tebliği zorunlu olmayan haciz varakasının bildirim üzerine açtığı dava arasında konu bakımından da bir ayırım bulunmamaktadır. İdari işlemlerin temel niteliklerini taşıdığından kuşku bulunmayan haciz varakalarının, vergi dairelerinin herhangi bir servisi tarafından düzenlenmesi yasa gereği ve bürokrasinin doğal ve zorunlu sonucu olduğundan, haciz kararının uygulandığını gösteren haciz tutanaklarının idari davaya konu yapılabileceği, haciz varakalarının idarenin kesin ve yürütülmesi gerekli işlemlerinden olmadığı görüşüyle davayı incelemeksizin reddeden vergi mahkemesi kara-

icrasından evvel öğrendiği haciz varakasına karşı dava açabilecektir.⁹² Haciz varakaları yetki unsurundaki sakatlık nedeniyle de dava konusu edilebilirler. Zira haciz varakasını tanzim edecek makam tahsil daireesi olduğundan bu noktada kuşku bulunmamakla beraber, tutanağı tasdik edecek makam alacaklı amme idaresinin mahalli en büyük memuru veya tevkil edeceği memurdur. Bu yetki devirlerinin açılacak davalarda incelenmesi gerekecektir.⁹³

rında yasaya uygunluk görülmemiştir.” Bkz. DVDDK 02.06.1989 tarih E:1989/40, K:1989/45

⁹² Danıştay 7. Dairesi'nin bir emsal kararı şu şekildedir. “Maddenin (m. 64) ikinci fıkrasında verilen yetkiye dayanılarak şekli ve kapsamı anılan Bakanlıkça belirlenen ve bir örneği dosyada bulunan haciz varakalarının alt bölümünde; “Borçlunun mal bildiriminde gösterdiği veya tahsil dairesince saptanan (kendi elinde veya üçüncü şahıslar elinde bulunan) menkul ve gayrimenkul mallar ile alacak ve hakların amme alacağına yetecek miktarının haczine karar verilmiştir.” açıklaması yer almıştır. Haciz varakası, bu niteliği itibarıyla, ödeme emrinin tebliğine rağmen ödenmeyen kamu alacağının tahsil edilebilmesi için alınan haciz kararını içeren, her an uygulanması ve sonuç doğurması mümkün olan, tek taraflı, kesin, yürütülmesi zorunlu ve ilgililerin hukukunu etkileyen, idari davaya konu edilebilecek bir işlemdir. Henüz uygulamaya konulmamış olması, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlem olma niteliğini değiştirmeyeceğinden, temyize konu kararın, davanın bu kısmının reddine ilişkin hüküm fıkrasında yasaya uyarlık görülmemiştir.” Bkz. Danıştay 7. D. 16.09.2004 tarih ve E:2002/3307, K:2004/2237.

⁹³ Danıştay 3. D. 20.12.1994 tarih ve E:1994/1746, K:1994/4455 sayılı kararında “6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun 3. maddesinde, alacaklı amme idaresi teriminin; devleti, vilayet hususi idarelerini ve belediyeleri ifade ettiği belirtildikten sonra 64. maddesinde haciz muamelelerinin, tahsil dairesince düzenlenen ve alacaklı amme idaresinin mahalli en büyük memurluğunca tasdik edilen haciz varakalarına dayanılarak uygulanacağı hükme bağlanmış olup, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 4. maddesinde de il düzeyinde mahalli en büyük memurunun vali olduğu belirtilerek aynı kanunun 9. maddesinin (H) fıkrasında da devlet gelirinin tahakkuk ve tahsilinin ve ödemelerinin muntazam bir şekilde yapılmasının sağlanması için tedbir alınması ve alınan tedbirlerin uygulanması valinin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Anılan kanun hükümlerinin incelenmesinden haciz varakalarını tasdik yetkisi valiliğe ait bulunmakla beraber valilikçe yetkili kılınmak koşuluyla bu yetkinin defterdarlıkça kullanılmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, 6183 sayılı Kanun'un 13. maddesinde, “ihtiyati haczin alacaklı amme idaresinin “en büyük memurunun kararıyla” tatbik olunacağı hükmüne yer verildikten sonra aynı kanunun 64. maddesinde, alacaklı amme idaresinin “en büyük memurluğunca” deyiminin kullanılması suretiyle 13. maddede sözü edilen yetkinin valinin şahsına verilmesine karşın 64. maddede sözü edilen yetkinin valinin şahsına verilmesine karşın 64. maddede valilik makamına verilmiş bulunmakla bu yetkinin haciz uygulamasında defterdarlığa devredilmesinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.”

VUK m. 5/2 gereğince haciz işlemleri niyabeten borçlu veya mallarının bulunduğu yer amme idaresince yapılmakta ise, haciz icrasından doğan davanın İYUK m. 37/d gereği ödeme emrini düzenleyen alacaklı amme idaresinin bulunduğu yerde açılması gerekecektir.⁹⁴

Haciz kararının icrası haciz zaptına geçirilir (m. 78). Haciz zaptı, kesin ve icrai bir işlem olduğundan ilgililer nihai satış işleminin tesisini beklemeksizin bu işlemi dava edebilirler. Bu noktada m. 70'de sayılan haczedilemeyecek malların haczedildiği gerekçesi ile dava açılabilir.⁹⁵

Haciz işlemine karşı haczedilen malın yasa gereği haczedilemez olduğuna ilişkin iddia, yalnızca malı haczedilen malik borçlu tarafından değil ondan alacaklı olan diğer kişilerce de menfaatlerini doğrudan etkiliyor olması sebebiyle bunlar açısından da kesin ve icrai olup dava edilebilir.⁹⁶

⁹⁴ Danıştay 3. D. 19.02.2004 tarih ve E:2001/4323, K:2004/390 sayılı kararı şu şekilde dir. "... alacaklı amme idaresi ... Kurumlar Vergi Dairesi Başkanlığı olduğuna, ... Vergi Dairesi Müdürlüğü tarafından davacının arsası üzerine konulan haciz ... Kurumlar Vergi Dairesi Başkanlığı'nın verdiği yetkiye dayanılarak niyabeten yapıldığına göre İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 37. maddesi "d" bendi uyarınca bu vergi dairesinin bulunduğu yerdeki İstanbul Vergi Mahkemesi davanın görüm ve çözümüne yetkili olduğundan, Malatya Vergi Mahkemesi'nce davanın yetki yönünden reddi gerekirken esastan karara bağlanmış olması hukuka uygun düşmemiştir."

⁹⁵ Borçlunun hacizli gayrimenkulunun satılıp satış tutarından borçlunun haline münasip bir ev satın alabileceği miktarının borçluya bırakılması kaydıyla sahip olduğu tek evin haczedilebileceğine Danıştay 4. D. 27.01.2004 tarih ve E:2002/1144, K:2004/162 sayılı kararıyla hükmetmiştir. Bunun gibi, borçlunun sahip olduğu tek evin haline münasip olup olmadığı araştırılmadan, haline münasip bir evden daha fazla değere sahip olduğu tespiti yapılmadan haczedilemeyeceğine ilişkin olarak Bkz. Danıştay 3. D. 10.02.2004 tarih ve E:2002/2790, K:2004/268 sayılı kararı

⁹⁶ Örneğin yedinde bulunan borçlu şirket hesaplarına haciz konulan banka, borçlu ile arasındaki sözleşmeden kaynaklanan hapis, takas, mahsup haklarını ileri sürerek haciz işlemine karşı dava açabilir. Danıştay böyle bir davada verilen davacının ehliyeti bulunmadığından davanın reddine ilişkin bir bidayet mahkemesi kararını şu gerekçe ile bozmuştur. "Olayda, davalı idare tarafından 22.10.2002 günlü yazı ile ... Holding Anonim Şirketi ile Basın Servisleri Ticaret Anonim Şirketi'nin davacı nezdindeki tüm hak ve alacaklarına 6183 sayılı Kanun'un anılan 6 ve 79. maddelerine göre haciz konulması nedeniyle borçlunun tüm hak ve alacaklarının daireleri adına bloke edilmesinin istenildiği, davacı tarafından 4.11.2002 günlü yazı ile, adı geçen şirketlerin kendilerinin kredi müşterileri olmalarından dolayı bankalarına borçları bulunduğu, imzaladıkları kredi sözleşmesi gereği borçlunun tüm hesapları, doğmuş ve doğacak her türlü hak ve alacakları üzerinde öncelikle bankalarının rehin, hapis, takas ve mahsup haklarının bulunduğu belirtilerek itirazın ce-

Bu davanın görüleceği yer idari yargı yeridir.⁹⁷

Bunun gibi başka bir mükellefin vergi borcu nedeniyle davacı üçüncü şahsın mallarına uygulanan haciz işlemine karşı açılacak dava bir istihkak davası olmayıp işlemin konu unsuru yönünden hukuka aykırılığına dayalı iptal davasıdır ve idari yargının görev alanına girmektedir.⁹⁸

Haciz uygulandıktan sonra, satış işlemlerine geçilmeden evvel alacaklı amme idaresi tarafından borçluya yazılan borcun ödenmesi halinde satış işlemlerine geçileceğine ilişkin yazının idari davaya konu edilebilmesi için bünyesinde taşınması gereken icrailik vasfını haiz bulunmadığı gerekçesi ile dava konusu edilememesi gerekir ki Danıştay kararları da bu yöndedir.⁹⁹

10. Satış İşlemleri

Menkul ve gayrimenkul malların haczinden sonra, bunların paraya çevrilmesi aşamasında da ayrılabilir işlemler teorisinin uygulama alanı bulabileceği çeşitli usuli işlemler söz konusudur ve bunlar dava konusu edilebilecektir. Satış aşamasında ihalenin yapılması ile mülkiyet alıcıya geçeceğinden ihalenin feshi davası adli yargının görevine girmektedir. Ancak ihaleden önce tesis edilen idari işlemler idari yar-

vap verildiği, bu cevabı takiben, hesabında nakit bulunduğu bildirilen ... Holding Anonim Şirketi'nin hesabındaki paraların davalı İdarenin hesabına aktarılmasının dava konusu yazı ile istenildiği anlaşılmış olup, mahkemece, ... Holding Anonim Şirketi'nin vergi borcu nedeniyle davacıya tebliğ edilen içeriği yukarıda belirtilen idari işleme karşı davacı bankanın dava açma ehliyetinin bulunmadığından söz edilerek dava reddedilmiş ise de, haciz bildirisinin muhatabı olan davacının, gerek haciz konulduğu belirtilen hesaplar üzerinde rehin, hapis, takas, mahsup hakkının bulunması, gerekse 6183 sayılı Kanun'a göre yapılan bildirim gereğinin yerine getirilmemesi halinde aynı Kanun'un yukarıda metni yazılı 6 ve 79. maddelerine göre takibata maruz kalması söz konusu olabileceğinden, davacının dava konusu haciz bildirisine karşı dava açmakta menfaatinin bulunmadığından söz edilemez." Bkz. Danıştay 4. D. 19.02.2004 tarih ve E:2003/1752, K:2004/291.

⁹⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi 28.12.1998 tarih ve E:1998/77, K:1998/73.

⁹⁸ Bkz. Danıştay 4. D. 26.02.1998 tarih ve E:1997/5788, K:1998/621.

⁹⁹ Danıştay 4. D. 12.03.1999 tarih ve E:1999/77, K:1999/1951. Ancak aynı karara karşı oy yazan üyeler söz konusu işlemin icrai olduğundan bahisle dava konusu edilebileceklerini ileri sürmüşlerdir.

gıda dava konusu edilecektir.¹⁰⁰

Menkul malların haczi tahmini kıymetleri haciz tutanağına geçirelecektir (m. 78/2). Borçlunun müracaatı yahut tahsil dairesince görülen lüzum üzerine hacizli malın değeri yeniden bilirkişi tarafından belirlenecektir (m. 81). Haczedilen malın değerinin tam olarak tespitinde sadece alacaklı amme idaresinin değil borçlunun ve borçlunun genel hükümler dairesinde alacaklısı olan diğer kimselerin de menfaatleri bulunmaktadır. Bu durumda söz konusu kıymet takdirini haciz tutanağından öğrenen borçlu ya bu işleme karşı dava açacak yahut m. 81 kapsamında bilirkişi incelemesi talep edecektir. Borçlunun alacaklıları ise haciz ve satış işleminden haberdar edilemeyeceklerinden bu işlemleri öğrenmeleri üzerine dava açabilmelidirler.¹⁰¹ Bu durumda kıymet takdiri kararı, icrai ve kesin nitelik taşıdığından nihai işlem olan satış işleminden evvel dava konusu edilebilir.

Hacizli gayrimenkullerin cebri icra yoluyla satışı işleminden önceki bilirkişi raporları ve buna dayalı kıymet takdiri kararları bir Danıştay kararında asıl işlemi hazırlayıcı işlem olarak nitelendirilmiş ve bu işlemlerin dava konusu yapılamayacaklarına karar vermiştir.¹⁰² Oysa 6183 sayılı Kanun'un gayrimenkullerin satışına ilişkin hükümlerine göre, gayrimenkullere biçilen değerin 92. maddeye göre düzenlenecek

¹⁰⁰ DVDDK 28.04.1989 tarih ve E:1989/8, K:1989/38.

¹⁰¹ Danıştay 4. D. 21.03.2005 tarih ve E:2004/2397, K:2005/431 sayılı kararında "Metal Sanayi Ticaret Limited Şirketi'ne ait vergi borçlarının tahsili amacıyla haczedilen menkul mallarla ilgili satış işleminin iptali istemiyle açılan davayı; adli yargının görevli olduğu gerekçesiyle, görev yönünden reddeden vergi mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir. 2576 sayılı Kanunu'nun 6/b maddesinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un uygulamasına ilişkin davaların vergi mahkemesince çözümleneceği hükme bağlanmış, 6183 sayılı Kanun'un 99. maddesinde ise gayrimenkullerin satışında ihalenin feshine ilişkin başvuruların icra tetkik mercii tarafından incelenip sonuçlandırılması öngörülmüştür. Ancak aynı Kanun'un menkul malların haczi ve satışı başlıklı ikinci bölümünde yer alan 77 ve 87. maddelerinde menkul mal satışlarındaki ihalenin feshi konusundaki başvurular için bir merci belirtilmemiştir. Olayda, davacı, vergi dairesinin usulüne uygun olmayan satış işlemleriyle ihaleye katılımı engellediği, hacizli malların rayicin çok altında düşük bedelle satışını yaparak alacaklıların menfaatlerini ihlal ettiği, böylece menkul mal ihalesinin usulüne uygun yapılmadığını ileri sürerek işlemin iptalini istediğinden, 6183 sayılı Kanun'dan kaynaklanan ve hacze dayalı olarak gerçekleştirilen menkul malların satış işleminin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümü idari yargıya aittir."

¹⁰² Karar Gözler'in eserinden alınmıştır. Bkz. Gözler, *a. g. e.*, s. 600.

satış şartnamesinde gösterilmesi ve 93. maddesine göre satış ilanında da yer alması gerekir. Kıymet takdiri, sadece kamu alacağıın tahsil edilecek olması nedeniyle vergi alacaklısı ve borçlusu için değil, vergi borçlusundan alacaklı diğer gerçek ya da tüzel kişilerin de menfaatlerini etkileyecek bir idari işlemdir. Satışa çıkarılan gayrimenkulün tapu sicil kaydına şerh edilmiş hak sahiplerine de satış ilanı tebliğ edilir (m. 93/3). Bu durumda gayrimenkul için yapılan kıymet takdirini satış ilanının tebliği ile öğrenecek tapuda kayıtlı hak sahipleri açısından kesin ve icrai işlem olan kıymet takdirinin ve satış ilanı işleminin iptali için süresi içerisinde dava açabilmeleri gerekir.¹⁰³

İhale kararı da bu kimselere tebliğ edilecektir ancak ihalenin feshi için yasa farklı bir yol öngörmüştür (m. 94/5). Bunlardan her biri ihale kararının kendilerine tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde gayrimenkulün bulunduğu yer icra mahkemesinden ihalenin feshini talep edilebilecektir (m. 99).

SONUÇ

Vergilendirme ve tahsil sürecinde tesis edilen işlemler mükellefin ve özellikle tahsil işlemlerinde bu işlemlerden menfaati etkilenen diğer kişilerin de temel haklarını doğrudan etkileyebilecek işlemler oldukla-

¹⁰³ Danıştay 4. D. 17.10.1995 tarih ve E:1995/1974, K:1995/4032 sayılı kararı ; “6183 sayılı Kanun’un “gayrimenkul malların haczi ve satışı” başlıklı üçüncü bölümünde satışın gerçekleştirilmesi için haciz, değer biçme ilan, ihale gibi satış öncesinde bir dizi işlemin yapılması öngörülmüş tür. Hacizli gayrimenkullerin satışı için idarece yapılması gereken değer biçme, ilan gibi işlemler ve alınması gereken kararların, sonuçta gerçekleştirilecek olan satış işleminin hukuka uygunluğunun tespitinde doğrudan etkili olduğu ve bu işlem ve kararlardaki hukuka aykırılıkların nihai tasarrufu da sakatlayacağı kuşkusuzdur. 6183 sayılı Kanun’un 99. maddesi uyarınca ihalenin feshi istemiyle icra tetkik merciine yapılacak başvuruda hacizli gayrimenkulün satışı ile ilgili satış komisyonunun teşkili, rayiç değer tespiti, satış şartnamesinin düzenlenmesi, ilan ve bildirimler ile borçlunun hukukunu etkileyen diğer idari işlemlerin tamamlanıp tamamlanmadığının incelenmesi olanağının bulunması, her biri idarenin tek taraflı ve icra gücüyle tesis ettiği satış öncesi değer biçme, ilan gibi borçlunun hukukunu doğrudan etkileyen işlemlerin hukuka aykırılıkları nedeniyle vergi mahkemesinde dava edilmesine engel değildir. Davacının hukukunu doğrudan etkileyen bu idari işlemlerin hukuka uygunluğunun vergi mahkemesince esastan incelenip karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlığın görüm ve çözümünün adli yargı içerisinde yer alan icra tetkik merciine ait bulunduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.”

rı için idari yargı denetiminin etkinliği bu konuda oldukça önemlidir. Bu noktada vergilendirme ve tahsil sürecinde daha da fazla ortaya çıkan bu gerekliliğin, hukuk devletinde oldukça büyük önem taşıyan davalar olarak gösterilen iptal davalarında ayrılabilir işlemler teorisi aracılığı ile daha etkin şekilde gerçekleştirileceği düşünülebilir. Bu bağlamda Danıştay'ın istikrara ulaşmış uygulamasında ayrılabilir işlemler teorisi ile ilgililere idari işlemin dava edilebilmesi yönünde tanınan hakkın daraltıcı biçimde yorumlandığı tespit edilmiştir. Bu durum genel hükümler dairesinde esasen idari işlemler olan icra müdürlüğünün işlemlerine karşı adli yargı (icra mahkemeleri) bünyesinde tanınan şikâyet imkânından daha güvencesiz görülmektedir. Bir başka deyimle İİK'da bazı durumlara hasredilen süresiz şikâyet imkânı ile bazı hukuka aykırılıkların dava açma süresi sonrasında dahi denetimine imkân tanınmış iken Danıştay uygulamasında ayrılabilir işlem teorisi yönünden geliştirilen uygulama ile bu durum kısıtlanmış olmaktadır.

Vergilendirme sürecinde, takdir komisyonu kararının ilgilileri olan mükellef ve vergi dairesince farklı gerekçelerle dava konusu edilebilecekleri ve mükellefin tarh işleminden evvel takdir komisyonu kararını dava edebilmesinin ayrılabilir işlemler teorisine ilişkin olduğu ve yine tarha esas vergi inceleme raporunun Danıştay içtihadı doğrultusunda tarh işleminden evvel dava konusu edilemeyeceği burada ulaşılan sonuçlar arasında sayılabilir. Vergilendirme işlemi esasen icrai nitelik taşımayan uygulama işlemi olan tebliğ, öyle bazı hukuka aykırılıklar içerebilir ki, bu halde kendisi icrai bir hal alır ve tebliğ ettiği işlemde ayrılıp dava konusu edilebilir. Tarhiyat sonrası uzlaşma başvurusu üzerine tesis edilen uzlaşmanın vaki olmadığı şeklindeki uzlaşma komisyonu kararı nihai ve icrai bir işlem olduğu için ayrılabilir işlemler teorisi uygulanmadan da dava konusu edilebilir niteliktedir.

Vergi alacağının cebren tahsili sürecinde teminat istenmesi işlemi, ihtiyati haciz kararı ve bunun icrası işlemleri, ihtiyati tahakkuk kararı, tecil talebinin reddi işlemi, ödeme emri, haciz kararı ve haciz icrası işlemleri ve hacizli menkul ve gayrimenkullerin satışı sürecinde tesis edilen işlemlerin iptal davasına konu edilebileceklerdir. Ancak bu işlemlerden; icra edilmeden önceki aşamada ihtiyati haciz kararı, yine ihtiyati haciz işlemleri yapılmadan evvel ihtiyati tahakkuk kararı, ha-

ciz icrasından evvel haciz varakası tesis işlemi, hacizli menkul mallarda kıymet takdiri ve satış kararı, hacizli gayrimenkullerde de kıymet takdiri, satış ilanı ve satış kararı, ayrılabilir işlemler teorisi sayesinde dava konusu edilebilecektir.

KAYNAKLAR

- Artukmaç, Sadık, *Bizde İdarenin Murakabesi*, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1950.
- Derbil, Süheyp, *İdare Hukuku*, Cilt :I (İdari Kaza-İdari Teşkilat) İkinci Bası, Ankara 1948.
- Duran, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul1982.
- Erhürman, Tufan, *İdari Denetim ve Ombudsman*, Ankara 2001, Yayımlanmamış Doktora Tezi.
- Erkut, Celal, *İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı*, *Danıştay Yılı İdari Yargı Sempozyumu*, Danıştay Yayınları.
- Erkut, Celal, *İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı*, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi 1-4 Mayıs 1990*, Ankara, Birinci Kitap İdari Yargı, Danıştay Matbaası, Ankara 1991, Danıştay Yayın No: 53.
- Erkut, Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Matbaası, Ankara 1990, Danıştay Yayın No: 50.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt I, Ekin Kitabevi, Bursa 2003.
- Günday, Metin, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı*, *Danıştay ... Yılı İdari Yargı Sempozyumu*, Danıştay Yayınları.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003.
- Kızılot, Şükrü, *Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2008.
- Kumrulu, Ahmet, *Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri, İşlev-Yapı-İlkeler Nitelik*, Ankara 1989.
- Oğurlu, Yücel, *Vergilendirme İşlemlerinin Hukuki Niteliği*, AÜHFD.
- Onar, Sıdık Sami, *İdare Hukuku*, C. I, 2. Baskı, İstanbul 1944.
- Onar, Sıdık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Üçüncü Bası, İstan-

bul 1966.

Öncel Mualla / Kumrulu Ahmet / Çağan Nami, *Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara 2008.

Özay, İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul Ekim 2004.

Özay, İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul 1996.

Saban, Nihal, *Vergi Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2006.

Sezginler, Murat, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

Soybay, Selçuk, *İdarenin Yargısal Olmayan Biçimlerde Denetimi*, İstanbul 2004, Yayınlanmamış Doktora Tezi.

Taşdelen, Aziz, *Vergi Alacağıının Tahakkuku: Bir Aşama ve Bir İşlem*", *AÜHFD*, C. 56, S. 1.

Uler, Yıldırım, *Yönetimsel Yargıda Dava Süresi, I. Ulusal İdari Yargı Kongresi 1-4 Mayıs 1990 Ankara, Birinci Kitap, İdari Yargı, Danıştay Yayınları No: 53, Danıştay Matbaası, Ankara 1991.*

ELEKTRONİK KAYNAKÇA

www.danistay.gov.tr

AVUKATLIK KANUNU M. 35/A'NIN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI ÇERÇEVESİNDE İRDELENMESİ VE BİR DÜZENLEME ÖNERİSİ

EXAMINING THE LAW OF ATTORNSHIP ARTICLE 35/A IN THE FRAME OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS AND A SUGGESTION ON THE SYSTEMIZING

Alper BULUR*

Özet: Av. K. m. 35/A ile getirilen düzenlemeyle, mahkemelerin iş yükünün azaltılması amaçlanmaktadır. Buna göre, avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.

Anahtar Sözcükler: Alternatif uyuşmazlık çözümleri, arabuluculuk, uzlaşma, avukat, ilâm.

Abstract: In the Article 35/A of the Law of Attorneyship, it is intended to decrease the caseload of the courts. According to the Law of Attorneyship Article 35/A, in actions and cases that have been entrusted to them, attorneys, together with their clients, may invite the other party to conciliation before a suit has been filed or before hearings have commenced for an already filed suit, provided that such conciliation pertains exclusively to matters that the parties may elicit of their own will. If the other party takes up the invitation and conciliation is reached, the subject of the conciliation, its place and date, and the actions that each party will carry out are laid out in a memorandum and signed jointly by the attorneys and the clients. Such memoranda are in the nature of a court decision in the sense of Article 38 of the Enforcement and Bankruptcy Law.

* Uzman, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra- İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

Keywords: Alternative dispute resolutions, mediation, conciliation, attorney at law, judgment.

GİRİŞ

Günümüzde bilim ve teknikte hızlı gelişmeler yaşanmakta, insanlar arasındaki iletişim ve etkileşim hızla artmaktadır. Buna paralel olarak, insanlar arasındaki ekonomik ve sosyal ilişkiler de gelişim göstermekte ve çeşitlilik arz etmektedir. Söz konusu hızlı değişim ve gelişim, birçok yeni sorunu da beraberinde getirmiştir. Bu durumun bir sonucu olarak da hukuki uyuşmazlıkların çözümünde yeni arayışlar başlamıştır.

Uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma işlevi, esas olarak devlete ait bir görevdir. Bununla birlikte, uyuşmazlık içine düşmüş olan taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı çeşitli yöntemlerle çözüme kavuşturabilirler. Bu yöntemler, sürecin ne kadar resmiyet taşıdığı, tarafların süreç içerisindeki etkinliği, üçüncü kişilerin süreç boyunca üstlendiği işlev ve varılan anlaşmanın hukuki niteliği gibi birtakım kıstaslar ile birbirlerinden ayrılırlar.

Geleneksel anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, tüm kültür ve uygarlıklarda yüzyıllardır uygulanmaktadır; ancak, profesyonel anlamda, Anglo-Sakson kökenli bir kurum olarak ortaya çıkmış ve özellikle küreselleşmenin de etkisiyle Kıta Avrupası ülkelerinde de hızla işlerlik kazanmaya ve uygulama alanı bulmaya başlamıştır.

Biz de çalışmamızda, öncelikle genel olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını, daha sonra ise söz konusu yöntemler içerisinde en başarılı ve yaygın olarak kullanılan arabuluculuk yöntemini temel hatları ile değerlendirdik. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve arabuluculuk ile ilgili vermiş olduğumuz genel bilgilerden sonra, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun ile eklenen m. 35/A hükmü uyarınca mevzuatımıza girmiş olan, "*avukatların uzlaşma sağlama yetkisi*" üzerinde durduk ve özellikle bu kurumdan beklenen faydanın neden sağlanamadığından hareketle, söz konusu düzenlemenin eksik yönlerine dikkat çekmeye çalıştık.

1. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

A. GENEL OLARAK

Alternatif uyuşmazlık çözüm (AUÇ) yolları, ilk olarak Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen ve uygulayan ülkelerde kullanılmaya başlanmıştır. Söz konusu yöntemlerin Amerika Birleşik Devletleri'ndeki tarihi gelişim süreci, 1960'lı yılların başında başlamıştır. Ancak, söz konusu alanda yaşanan esas gelişim hareketleri, 1980'li yıllarda meydana gelmiştir. İngiltere'deki geçmişi ise daha yenidir ve özellikle son 20 yılda İngiltere'de de önemli ilerleme kaydetmiştir.¹ Kıta Avrupası ülkelerinde ise, küreselleşmenin de etkisiyle, son yıllarda hızla gelişim göstermeye ve uygulanmaya başlanmıştır.²

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile ilgili genel bir tanım yapmak gerekirse, *"bağımsız, tarafsız ve objektif bir üçüncü kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları bir araya getirerek, ortaklaşa bir çözüm bulmaları konusunda iletişim kurmalarını sağladığı ve aralarındaki uyuşmazlığı ya kendi kendilerine çözmeleri için onlara yardımcı olduğu ya da somut olayın özelliklerine göre onlara üzerinde fikir birliğine varabilecekleri çözüm önerileri sunduğu; tamamen gönüllülük esasına göre işlerlik kazanan ve devlet mahkemelerinde gerçekleşen yargılamaya göre seçimlik bir yol olarak uygulama alanı bulan uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür"* denilebilir.³ Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin diğer karakteristik özellikleri ise, süreç sonunda bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunulması ve yine süreç sonunda uzlaşma sağlanamaması hâlinde yargıya başvuru hakkının korunuyor olmasıdır.⁴

Uzlaşma suretiyle uyuşmazlıkların çözümü, son yıllarda pek çok ülkenin kanun koyucularını meşgul etmektedir. Bunun nedeni, bu ülkelerde yargı yükünün ve yargı giderlerinin giderek artması, bunun

¹ Ildır, G., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2003, s. 31.

² Tanrıver, S., *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*, *Makalelerim* (2006), Ankara 2007, s. 1.

³ Benzer tanımlar için bkz. Ildır, s. 30; Özbek, M., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, B. 2, Ankara 2009, s. 127-128; Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M., *Medenî Usûl Hukuku*, B. 6, Ankara 2007, s. 721; Yıldırım, M. K., *İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında*, *Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan*, İstanbul 2007, s. 349-350.

⁴ Tanrıver, s. 2.

sonucunda yargının yavaş işleyişi ve bunların getirdiği olumsuzlukların çözümüne yönelik arayışlardır.⁵ Uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümü yerine, tarafların kendi iradeleri ile uzlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri, toplumsal barışın korunması açısından da tercih sebebi sayılmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözümü, aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargıyı ortadan kaldırmak da değildir.⁶ Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır.⁷

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sınırlı değildir. Her ülke, kendi sosyal ve ekonomik gerçeklerini gözetererek, bu süreçlerden birini tercih edebileceği gibi, bunlardan birkaçını bir araya getirmek suretiyle karma yöntemler de oluşturabilir veya söz konusu yöntemler dışında başka yöntemler de geliştirebilir.⁸ AUÇ yollarının belli başlı olanları, müzakere, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların tespiti, kısa duruşma, uzlaştırma ve arabuluculuktur.⁹

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu da tahkimin hukuki niteliğinin ne olduğudur. Tahkim, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünü, anlaşmak suretiyle, devlet mahkemeleri yerine, hakem olarak adlandırılan özel kişilere bırakmalarınıdır.¹⁰

Doktrindeki bir görüşe göre, tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birisi ve hatta en yaygın olarak kullanılanıdır.¹¹

⁵ Biçkin, İ., Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, *HPD*, 2006, S. 7, s. 34.

⁶ Ildır, G., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Ankara 2005, s. 397; Yıldırım, s. 358.

⁷ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Genel Gerekeçe.

⁸ Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin farklı toplumsal yapılar göre sınıflandırılması ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Ceylan, Ş. S., *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, İstanbul 2009, s. 122-148.

⁹ Biçkin, s. 36-39; Pekcanitez, H., Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, *HPD* 2005, S. 5, s. 15-16; Yılmaz, E., Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Ankara 2005, s. 845.

¹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 692.

¹¹ Özbek, s. 638-639; Yılmaz, s. 845.

Bizim de katılmakta olduğumuz bir diğer görüşe göre ise, tahkim bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu değildir.¹² Devlet mahkemelerinde görülen yargılamanın yerine ikame edilen ve ona göre istisnai nitelikte olan bir yargısal yoldur.¹³ Zira hakemler de taraflar arasındaki uyuşmazlığı, Devlet mahkemesi hâkimi gibi bir yargılama yaparak çözüme kavuşturur.¹⁴ Hakemler, maddi hukuku uygulamak zorunda olmasalar da yine taraflar arasındaki maddi vakıaları bir hukuki kalıba göre nitelendirerek hüküm vereceklerdir.¹⁵ Ayrıca iç tahkim bakımından bir değerlendirme yaptığımızda, hakem hükmünün, hâkimlerin yargılama sonunda verecek oldukları hükme benzerliği daha iyi ortaya çıkmaktadır. Zira, hakem kararları kesin hüküm niteliğindedir,¹⁶ temyizi mümkündür, yargılamanın iadesi davasına konu oluştururlar ve cebri icraya elverişlidirler.¹⁷

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ve kamu düzeninden sayılmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulabilecektir. Kamu düzeni kavramı, zamana ve mekâna göre değişkenlik gösteren, genel geçerliliğe sahip bir tanımının yapılması güç olan bir kavramdır. Bununla beraber, genel bir çerçeve çizilmesi gerekirse, *“belirli bir toplumda ve belirli bir zaman diliminde geçerli olan; sosyal, ekonomik, siyasi, ahlaki ve hukuki yönden o toplumun temel yapısını ortaya koyan ve temel çıkarlarını koruyan kurallar bütünüdür”* biçiminde bir tanım yapılabilir.¹⁸

Türk kamu düzenine aykırılık oluşturmadığı sürece, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin hukukumuzda uygulanmasına her-

¹² Akıncı, Z., Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, *BATİDER*, 1996, C. 18, S. 4, s. 100, dn. 30; Küçükgüngör, E., Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri, *BATİDER*, 2004, C. 22, S. 4, s. 48; Pekcanitez, s. 15; Tanrıver, s. 20.

¹³ Küçükgüngör, E., Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği, *AÜHFD*, 2001, C. 50, S. 2, s. 141.

¹⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 718.

¹⁵ Yıldırım, s. 337.

¹⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 692.

¹⁷ Tanrıver, s. 20.

¹⁸ Tanrıver, S., Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, *Makalelerim* (1985-2005), Ankara 2005, s. 110-111.

hangi bir engel bulunmamaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 518'de düzenlenen "*Yalnız iki tarafın arzusuna tâbi olmayan meseilde tahkim cereyan etmez.*" hükmü de bu doğrultuda düzenlenmiş bir hükümdür. Söz konusu madde gibi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri de iki tarafın arzusuna tâbi olan durumlarda mümkündür.¹⁹

Türk hukukunda, temel noktaları ve ilkeleri bakımından farklılıklar taşımalarına rağmen, AUÇ yolu olarak değerlendirilebilecek çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Örneğin medenî usul hukukunda (HUMK m. 213/I), toplu iş hukukunda (TSGLK m. 22, 23 ve 34/I), avukatlık hukukunda (Av. K. m. 35/A ve m. 95/II, b. 5), tüketici hukukunda (TKHK m. 22) aile hukukunda (4787 sayılı Kanun m. 7), 442 sayılı Köy Kanunu'nda (Köy K. m. 53), 6326 sayılı Petrol Kanunu'nda (Petrol K. m. 26) ve hatta kamu düzeninin korunması düşüncesinin en yoğun hissedildiği ceza hukuku alanında (CMK m. 253-255) alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak değerlendirilebilecek birtakım düzenlemelere yer verilmiştir.²⁰

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yargının yerine ikame edilmek istenen bir kurum değildir. Aksine, yargının daha etkin ve verimli bir biçimde çalışabilmesine, yargı ile bağlantılı olan Anayasal ilke ve kuralların tam anlamıyla işlerlik kazanabilmesine hizmet eden; yargının yanında yer alan ve onunla yan yana yürüyen, etkin ve barışçıl hukuksal korunma yöntemleri bütünüdür.²¹

B. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ MAHKEMEDE CEREYAN EDEN YARGILAMAYA GÖRE OLUMLU YÖNLERİ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet hâlinde olan bir çözümler süreci değildir. Söz konusu yöntemlerin asıl amacı, küçük çapta olan ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların, adli bir soruna dönüşmeden çözümünü gerçekleştirmektir.²² Alternatif uyuşmaz-

¹⁹ İldır, s. 122.

²⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 724.

²¹ Tanrıver, s. 4-5.

²² Pekcanitez, s. 15.

lık çözümleri ile taraflar uzlaştırma sürecine dahil olmakta, kendi iradeleriyle uzlaşarak menfaatlerini dengelemekte ve haklarına ulaşmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bu yönüyle, devletin, yargı yetkisi dışında uyuşmazlıkların çözümü konusunda vatandaşlarına sunduğu bir imkândır.

Aralarında uyuşmazlık bulunan taraflar, yargısal yollara veya alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmak konusunda tam bir serbestiye sahiptir. Uyuşmazlığın çözümü için alternatif bir çözüm yönteminin kararlaştırılmış olması, devletin mutlak yargılama yetkisini ortadan kaldırmadığı gibi; alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi ile ilgili bir kayıt, diğer tarafa herhangi bir itiraz hakkı vermez.²³ Bununla beraber, tarafların, devlet mahkemelerinde görülen “yargılama” yerine, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu tercih etmeleri, kendilerine birtakım avantajlar getirebilir.²⁴ Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, mahkemede cereyan eden “yargılama”ya göre olumlu yönlerini değerlendirmek gerekirse:

- Taraflar uyuşmazlık çözüm sürecine doğrudan doğruya katılırlar ve özellikle sonucun elde edilmesinde egemendirler,
- Uyuşmazlık çözüm sürecinde gizlilik ilkesi geçerli olduğu için, taraflar arasındaki ilişkiler zarar görmeden gelecekte de devam edebilir,
- Uyuşmazlıklar daha az giderle ve daha seri bir şekilde çözüme kavuşturulur,
- Tarafların haklılığından ziyade aralarındaki menfaatler dengesinin tekrar kurulması gözetilir; bir başka ifadeyle, geçmişi değil geleceği gözetilen bir anlayış hakimdir,
- Her iki tarafında tatmin edilmesini amaçlayan (kazan-kazan) bir anlayış egemendir,
- Daha esnek ve daha ılımlı bir süreç olması dolayısıyla daha yaratıcı çözümler ortaya konulabilir,

²³ İldır, s. 48; Tanrıver, s. 3.

²⁴ Özkes, M., Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi, *HPD*, 2006, S. 7, s. 43; Pekcantez/Atalay/Özkes, s. 722-723.

- Uyuşmazlık konusu, uzman kişilerce incelenebilir ve değerlendirilebilir.

Tüm bu olumlu yönlerinin dışında, elbette AUÇ yolları bakımından birtakım olumsuz durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin, tarafların herhangi birinde uzlaşmaya varmak konusunda genel bir isteksizlik olması durumunda, süreç işlerlik kazanamayacaktır.²⁵ Yine, taraflar arasında mali veya hukuki bir eşitsizliğin olması durumu, sürecin olumlu bir şekilde işlemlenmesini ve her iki tarafın da memnun olacağı bir çözüme ulaşılmasını engelleyecektir. Ayrıca, çözüm sürecine katkı sağlayacak olan üçüncü kişilerin bağımsızlığındaki, tarafsızlığındaki ve kalitesindeki yetersizlik, AUÇ yollarının kendisinden beklenen olumlu etkiyi yaratmasını engelleyebilir.²⁶ Son olarak söylemek gerekir ki AUÇ yolları, küçük uyuşmazlıklar ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda işlerlik kazanan bir çözümler süreci olduğu için, işlevinin sınırlı kalması durumu ortaya çıkmaktadır.²⁷

C. ARABULUCULUK YÖNTEMİ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sınırlı değildir. Her ülkeye ve ülkelerin sosyolojik gerçeklerine uygun alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri mevcuttur. Ancak, arabuluculuk yöntemi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde en yaygın ve başarılı olarak uygulanıdır.²⁸

Arbuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle "*kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak*" için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, uzmanlık eğitimi almış, tümüyle bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısı ya da katılımıyla yürütülen, gönüllü, bir başka ifadeyle-

²⁵ Akıncı, s. 109.

²⁶ Pekcanıtez, s. 14; Subaşı, İ., Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk, *Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. 2, İstanbul 2003, s. 816.

²⁷ Tanrıver, s. 8-9.

²⁸ Yıldırım, s. 349.

le ihtiyarî olarak işlerlik kazanan bir uyuşmazlık çözme yöntemidir.²⁹ Bir başka deyişle, arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez.³⁰ Taraflara çözüm önerilerinde bulunamaz.³¹ Arabulucu, sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar.³² Taraflara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları tümüyle kendilerine ait olmak üzere, kendi çözümlerini kendilerinin bulmasına yardımcı olur. Diğer bir anlatımla arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil; ikna ve telkin yöntemiyle, tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlama-larına imkân veren bir ortamı oluşturmayı hedefler. Arabulucu, haklı-yı veya haksızı bulmaya yahut belirlemeye yönelik olarak değil; tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun şekilde dengelenmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunmasına çaba sarf ederek, uyuşmaz-lığın çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışır.³³

Arabulucu, tarafların üzerinde anlaşabilecekleri noktaları, ortak paydaları tespit eder ve bu zemin üzerinde mutabakata varmalarına yönelik olarak faaliyet gösterir.³⁴ Taraflara çözüm önerisi geliştirip bunu onlara empoze edemez ve geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamaz.³⁵ Arabuluculuk görüşmelerinde, tarafların birbirleri ile iletişim kurmaları ve bu iletişimin pekiştirilmesi suretiyle, birbirlerine ait menfaatleri ve ortak yönleri daha iyi anlamaları ve somut duruma göre işlerlik kazanabilecek değişik çözüm seçeneklerini genel bir çerçevede üretip, değerlendirmeleri sağla-

²⁹ Özekes, *Arabuluculuk*, s. 44.

³⁰ Yıldırım, s. 349.

³¹ Bu noktada arabuluculuk, "uzlaştırma" yönteminden ayrılmaktadır; Uzlaştırma kavramının tanımı ve arabuluculuk ile uzlaştırma yöntemleri arasındaki diğer farklar için bkz. Tanrıver, s. 15-16; Aksi görüş için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 725.

³² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 725.

³³ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Madde Gerekçeleri m. 2.

³⁴ Akıncı, s. 101.

³⁵ Subaşı, s. 759-760.

nır. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucun elde edilmesinde tümüyle taraflar egemendir.³⁶

Arabuluculuk yöntemi çerçevesinde, vurgulanması gereken bir diğer konu ise, uyuşmazlığın çözümü bağlamında taraflardan birisinin sunmuş olduğu somut bir önerinin, arabulucu tarafından karşı tarafa iletilmesinin, arabulucu tarafından çözüm önerisi geliştirilip diğer tarafa empoze edilmesi şeklinde yorumlanamayacağıdır. Yine bu çerçevede, üzerinde tekrar durulması gereken bir diğer önemli konu ise, arabuluculuk faaliyetinin, sürecin başından sonuna dek tümüyle ihtiyarî olarak işlerlik kazanan ve gönüllü olarak uygulanma alanı bulan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğudur.³⁷

Arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözme yönteminin en temel ilkeleri, “gönüllülük” ve “eşitlik” ilkeleridir. Bu ilkeler, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözme yönteminin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira devlet yargısı dışında, bu yola başvurmak, süreci yürütmek ve sonuçlandırmak bakımından gönüllü olmak, bu yöntemin başarılı olmasını sağlamaktadır. Ayrıca, taraflar bu yola başvururken ve süreci yürütürken, eşit oldukları ve bunu hissettikleri ölçüde sürecin başarılı olması mümkündür. Ayrıca, “*bizzat hazır bulunma*”, “*taraf hakimiyeti*” ve “*gizlilik*” de diğer ilkeler olarak sayılabilir.³⁸

Taraflar, öncelikle, uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla sonuçlandırmak konusunda anlaşmalıdırlar.³⁹ Tarafların her ikisini veya birini, zorla bu sürecin içine dahil etmek mümkün değildir. Uyuşmazlığın devlet yargısına taşınmadan çözülmesi için, hem kanunî düzenlemelerle hem de uygulamada, taraflar teşvik edilebilir.⁴⁰ Arabuluculuk sürecini cazip kılacak bazı tedbirler alınabilir.⁴¹ Ancak, tarafları buna

³⁶ Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 722.

³⁷ Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 725.

³⁸ Subaşı, s. 761; Yıldırım, s. 349.

³⁹ Biçkin, s. 37; Subaşı, s. 761.

⁴⁰ Örneğin, borçlu ile arasındaki uyuşmazlığı arabuluculuk (sulh) yoluyla çözerek, mahkemeleri gereksiz yere meşgul etmeyen alacaklının alacağı bakımından birtakım vergi kolaylıkları getirilebilir.

⁴¹ Örneğin, ekonomik durumu iyi olmayan; ancak, uyuşmazlığı arabuluculuk (sulh) yoluyla çözmek iradesini ortaya koyan taraf bakımından, oldukça sıkı şekil şartlarına bağlanmış olan “adli yardım” kurumu tekrar gözden geçirilip, “yoksulluk” şartı ile birlikte aranan “haklılık” şartının değerlendirilmesinde, birtakım esneklik-

mutlak anlamda zorlamak, bu yolun niteliğine tamamen aykırıdır.⁴² Bu bağlamda, teşvik etmek ile zorlamak arasındaki sınırın iyi çizilmesi gerekir. Şüphesiz, bir uyuşmazlığı inatla sürdürmek veya çözümü zora sokmak için çaba gösteren tarafı engellemekte, tarafların dışında, kamunun da yararı vardır. Nitekim mahkeme önünde yapılan yargılamalarda da kötü niyetle dava açan ya da dürüstlük kuralına aykırı davranan taraflar için birtakım yaptırımlar öngörülmüştür. Ancak, bu durum, ne olursa olsun tarafları mahkeme dışında bir çözüme zorlamak sonucunu doğuramaz; aksi halde, herkesin meşru vasıta ve yollardan hak arama özgürlüğüne sahip olduğu konusundaki Anayasa hükmüne aykırılık meydana gelir.⁴³ Gönülsüz ve isteksiz, sırf mecbur olduğu için başlayan böyle bir süreçten başarılı sonuç da elde edilemez. Tarafı zorla masaya getirmek mümkün olsa da zorla masada tutmak ve bir müzakere zemini oluşturmak mümkün olmaz. Ayrıca, gönülsüz yapılan bir anlaşma da kalıcı olamaz ve en azından uygulamasında bir çok sorun ortaya çıkabilir. Taraflar, sürecin gönüllü olması bağlamında, arabuluculuk faaliyetinin başlangıcında sürecin hangi kapsamda ve nasıl yürütüleceğini belirleyebilirler.

Arbuluculuk faaliyetinin gönüllü (iradî) olmasının gereği olarak, tarafların, başlattıkları bu süreci devam ettirip ettirmemek konusunda da serbestileri söz konusudur. Taraflar, istedikleri zaman bu süreçten çekilebilirler. Bu sürecin nasıl sonuçlandırılacağı da taraflara bağlıdır. Uyuşmazlığı tamamen çözen bir anlaşmaya varılabileceği gibi, kısmen de çözüme varılabilir veya farklı bir çözümle de arabuluculuk faaliyeti sonuçlandırılabilir. Bir başka ifadeyle süreç, her zaman bir uzlaşma ve anlaşmayla sonuçlandırılmak zorunda değildir. Bu durum, arabuluculuğun esnek yapısının da bir gereğidir.⁴⁴

Taraflar, arabuluculuk çözüm yoluna başvururken ve süreç boyunca eşit haklara sahiptir. Eşitlik, hemen her konuda, özellikle de uyuşmazlığın çözümünde öncelikle göz önünde tutulması gereken anayasal bir ilkedir. Eşitlik, hem yargılama yapılarak varılan çözüm

ler öngörülebilmek ve "sulh olabilmek" kıstasından hareketle yeni bir düzenleme yapılabilir.

⁴² Yıldırım, s. 358.

⁴³ İldır - Hak Arama Özgürlüğü, s. 398-399.

⁴⁴ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Madde Gereççeleri m. 3.

yöntemlerinde hem de yargılama yapılmadan varılan çözüm yöntemlerinde ortak bir ilkedir. Ancak, her iki çözüm yönteminde uygulanması ve kapsamı belirli farklılıklar taşımaktadır. Bu farklılıklar, uyuşmazlık çözüm yönteminin niteliği ve tarafların bu yöntem içindeki konumlarından kaynaklanmaktadır. Kendisini diğer taraf ile tam olarak eşit hissetmeyen veya kanunen böyle işlem görmeyen bir tarafın, uzlaşmasından değil, zorunlu olarak bir sonuca katlanmasından söz edilebilir. Kanun önünde eşit olmak ve uyuşmazlık çözüm sürecinde eşit haklara sahip olmak, bir uyuşmazlık hangi yolla çözülürse çözülsün gözetilmesi gereken bir ilkedir. Yargı organları önünde uyuşmazlıklar çözülürken de eşitlik, adil yargılanma ve hukukî dinlenilme hakkının bir gereğidir.⁴⁵ Aynı şekilde, silahların eşitliği ilkesi olarak da ifade edilen, yargılamada tarafların eşit hak ve imkânlarla sahip olması, her zaman göz önünde tutulması gereken bir ilkedir. Benzer bir durum, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözümünde de söz konusudur. Taraflardan birisini dışlayarak veya ona daha az söz hakkı vererek varılan sonuçta, gerçek bir uzlaşmadan ya da anlaşmadan söz edilemez. Devlet yargısı önünde eşit olan tarafların, gönüllü olarak başlatıp yürüttükleri arabuluculuk sürecinde eşit olmamaları düşünülemez.

Arbuluculuk yönteminde, gözetilmesi gereken ilkelerden birisi de gizliliktir.⁴⁶ Tarafların devlet yargısı dışında, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığı çözmek istemelerinin en önemli sebeplerinden biri, aralarındaki uyuşmazlığın üçüncü kişilerce bilinmesini istememeleridir. Mahkeme önünde yapılan yargılamada duruşmaların alenî olması, temelini Anayasa'da bulan bir kuraldır ve gizlilik istisnaidir. Gizlilik, bazen, tarafların mahkeme dışındaki uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmalarındaki en önemli etken olabilir. Önemli ticarî ilişkileri olan iki tarafın, yüksek meblağlara varan bir konuda uyuşmazlık içinde olduklarını üçüncü kişilerin bilmesi, onların piyasadaki itibarlarını ve iş ilişkilerini etkileyebilir ya da iki taraf arasında sır niteliğindeki birtakım konuların kamuoyu önüne çıkması istenmeyebilir. Karşılıklı suçlamalarla yürütülen bir yargılamadan sonra, tarafların tek-

⁴⁵ Hukukî dinlenilme hakkının yargısal bir temel hak olması sebebiyle, sadece davayla ilgili olamayıp kişinin hukukî durumunu etkileyen her türlü yargılama faaliyetinde göz önünde bulundurulması gerektiği ile ilgili olarak bkz. Özekes, M., *Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Ankara 2003, s. 62-63.

⁴⁶ Özekes, *Arbuluculuk*, s. 44.

rar eski ilişkilerini sürdürmeleri mümkün değildir. Bununla birlikte, gizli ve sadece taraflar arasında kalan bir uyuşmazlık çözüm sürecinde, tarafların daha dikkatli davranması, birbirlerine zarar vermek yerine uyuşmazlığı çözmeye odaklanmaları mümkün olabilmektedir. Bu durum ise, çözümün daha kolay bulunmasına yardımcı olacağı gibi, duygusal tepkiler yerine, kendi kontrollerinde mantıklı çözüm arayışlarını mümkün kılacak, gelecekte de ilişkilerin sürdürülmesine katkı sağlayacaktır.⁴⁷

Gizlilik, tarafların kendi arasında söz konusu olduğu gibi, arabulucu bakımından da dikkat edilmesi gereken bir ilkedir. Arabulucu, kural olarak, kendisine sunulan veya başka yollarla elde ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür. Ancak, taraflar, isterlerse bunun aksini kararlaştırabilirler. Aksini kararlaştırma açık şekilde olmalı ve arabulucu, açık bir irade yoksa yorumla bu sonuca varamamalıdır.

2. AVUKATLIK HUKUKUNDA UZLAŞMA

A. GENEL OLARAK

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na, 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile eklenen yeni düzenleme uyarınca; *"Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkiliyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkili tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir."* (Av. K. m. 35/A).

Bu düzenleme ile avukatlara, aldıkları işlerde, dava açılmadan veya dava açılmışsa duruşmaya başlanmadan önce uzlaşma sağlanması hususunda karşı tarafı davet etme yetkisi verilmektedir. Uzlaşma sonucu düzenlenecek, taraflar ve avukatlarınca imzalanacak olan tutanağın ilâm niteliğinde olması esası getirilerek uyuşmazlıkların mahke-

⁴⁷ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Madde Gereççeleri m. 4.

melere intikalinden veya duruşmaya başlanmadan önce çözümlenmesi amaçlanmaktadır.⁴⁸

Av. K. m. 35/A ile getirilen düzenlemeyle, mahkemelerin iş yükünün azaltılması amaçlanmaktadır. Buna göre dava açılmadan evvel veya dava açılmakla beraber duruşmaya başlanmadan önce avukatlar kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucunu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, karşı taraf avukatını uzlaşmaya davet edebilecektir. Taraf vekilleri ve müvekkilleri hazır oldukları hâlde, düzenlenen uzlaşma metni, İİK m. 38’de sözü edilen ilâm niteliğinde olacaktır.⁴⁹

Uyuşmazlıkların çözümünde, yargılama içinde ve yargılama dışında farklı çözüm yollarının aranması, geçmişten bu güne kadar her zaman gündemde olmuş bir konudur. Örneğin, HUMK m. 213/I’de de sonuç vereceği umulan hâllerde, hâkimin tarafları sulha teşvik edebileceği açıkça belirtilmiştir.⁵⁰ Avukatlık Kanunu m. 35/A ile getirilen düzenleme de bu doğrultuda, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak değerlendirilmelidir.⁵¹

B. AVUKATLIK KANUNU M. 35/A’NIN İRDELENMESİ

a. Uzlaştırmanın Yapılabileceği Zaman

Av. K. m. 35/A ile getirilen düzenlemede, taraflar arasında uzlaşma sağlanabilmesi belirli bir zaman kesiti ile sınırlandırılmıştır. Bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: *“Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda ... müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler.”* Burada kullanılan ölçüt bakımından, *“duruşma başlamadan”* ibaresini, *“ilk duruşmadan önce”* şeklinde anlamak daha doğru olacaktır.⁵²

⁴⁸ 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun’un Genel Gereğesinden alınmıştır.

⁴⁹ 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun, Madde Gereğçeleri m. 15.

⁵⁰ Güner, S., *Avukatlık Hukuku*, Ankara 2007, s. 122.

⁵¹ Yılmaz, s. 847.

⁵² Ulukapı, Ö., *Avukatlık Kanununda Değışiklik Yapılmasına Dair 4667 Sayılı Kanunla Getirilen “İlam Niteliğinde Belge” Üzerine İnceleme*, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağın, İstanbul 2003, s. 456-457; Yılmaz, s. 848.

Burada üzerinde durulması gereken konu, davanın açılmadığı bir dönemde veya davanın açılmış olması hâlinde en geç ilk duruşmadan önce, yapılması gereken eylemin, “uzlaşmaya davet” mi, yoksa “görüşmeler sonunda imza edilecek olan tutanağın hazırlanması” mı olduğudur. Kanaatimizce, kanun koyucunun gerekçede ortaya koyduğu “taraf- lar arasında uzlaşma sağlama düşüncesinin mahkemelerin iş yükünü azaltma amacı taşıması”ndan ve uzlaştırma görüşmelerine başlanma- sının sürelerle etkisinin ayrıca düzenlenmemiş olmasından hareketle, zaman kesiti ile sınırlanan eylem, yapılan görüşmeler sonunda uzlaş- ma sağlanması durumunda, tarafların ve vekillerinin imzaladığı, uz- laşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirilmesi gereken hususları içeren bir uzlaşma tutanağının hazırlanmasıdır.⁵³

Bununla birlikte, ilk duruşmanın görülmeye başlanmasından ve duruşma aşamasına geçilmesinden sonra, dava bitinceye kadar, ta- rafların veya avukatlarının, karşı tarafa uzlaşma teklifinde bulunma- sı ve aralarında anlaşarak bir uzlaşma tutanağı hazırlamaları müm- kündür. Ancak, bu şekilde hazırlanan tutanağın, m. 35/A kapsamın- da değerlendirilmesi mümkün değildir. Söz konusu tutanak ve orta- ya koyduğu irade, ancak mahkeme dışı sulh olarak nitelendirilebilir ve ilâm niteliğinde bir belge olmaz. Mahkeme dışında, taraflar, karşı- lıklı fedakârlıkları sonucunda aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmiş- ler ve bu durumu bir sözleşme ile belgelenmişler ise, mahkeme dışı sulhtan söz edilir. Mahkeme dışı sulh ise, alelade bir borçlar hukuku sözleşmesidir ve böyle bir sözleşmenin doğrudan bir yargılama ilişki- sini etkileyip sonuçlandırması mümkün değildir.⁵⁴

Taraflar eğer isterlerse, mahkeme dışında yapmış oldukları böy- le bir uzlaşma tutanağını mahkemeye sunabilirler. Bu şekilde, taraf- ların sulhe ilişkin irade açıklamalarını yansıtan yazılı sulh sözleşme- sinin mahkemeye verildiğinin duruşma tutanağına yazılması, bunun taraflara yüksek sesle okunması ve okunduğunun da tutanağa geçi- rilmesi, taraflara imza ettirilmesi; ayrıca, bu tutanağın hâkim ve zabıt kâtibi tarafından da imzalanması ile mahkeme dışı sulh, mahkeme hu-

⁵³ Kanun koyucunun aradığı hususun, en geç ilk duruşmadan önce uzlaşma çağrısı- nın karşı tarafa yapılmış olması gerektiği ile ilgili aksi görüş için bkz. Kaymaz, S./ Gökcan, H. T., *Uzlaşma ve Önödeme*, Ankara 2007, s. 218; Yılmaz, s. 848.

⁵⁴ Önen, E., *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara 1972, s. 144.

zurunda yapılan sulhe dönüşür ve İİK m. 38 anlamında ilâm niteliğinde belge olarak kabul edilir.⁵⁵ Mahkeme huzurunda yapılan sulh ile dava kendiliğinden sona erer. Mahkemenin, sulhtan sonra ayrıca bir hüküm vermesine gerek yoktur. Mahkeme, sadece, davanın sulh nedeniyle konusuz kaldığını tespit ve tevsik eder⁵⁶. Verilen karar ise, sadece yargılama giderleri bakımından önem kazanır. Zira, mahkeme huzurunda yapılan sulhun temel işlevi, hükmün tamamlayıcısı olmak değil, hükmü bertaraf ederek onun yerine geçmek ve hükmü gereksiz kılmaktır.⁵⁷

b. Uzlaştırmanın Konusu

Kanun koyucu, uzlaştırmanın konusunu, sadece tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmiştir. Bir başka ifadeyle, uzlaştırma konusu, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile sınırlandırılmıştır. Bu kıstastan hareketle, taraflar, tüm alacak, taşınır ve taşınmazlara⁵⁸ ilişkin uyuşmazlıklarda uzlaşma sağlayabileceklerdir.⁵⁹ Buna karşılık, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri

⁵⁵ Tanrıver, S., Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, *Makalelerim* (1985-2005), Ankara 2005, s. 41-42.

⁵⁶ Buna karşılık, m. 35/A kapsamında cereyan eden uzlaştırmada, mahkemenin herhangi bir kararı ya da etkisi yoktur (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 540).

⁵⁷ Önen, s. 134.

⁵⁸ Buna karşılık, taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklarda uzlaşma yoluna gidilemez; "Somut olayda, yanlar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi yanında yükleniciye devri yapılan tapu kaydının iptal ve tescili de istenmiştir. Burada tarafların uyuşmazlıkları aynı hakka ilişkin olduğundan ve taşınmazın tapuda mülkiyet nakli ancak rızaen veya mahkeme ilamı ile olabileceğinden, kanunun kamu yararı ile getirdiği kurala aykırı olan bu konuda tahkim yargılamasının cereyanı olanaksızdır..." 15. HD, 23.09.2002, 4321/4067 (YKD, 2003/6, s. 929 vd.); "Davada, satış vaadi sözleşmesi uyarınca taşınmaz mal mülkiyeti geçirimi istenmektedir... Türk Medeni Kanunu'nun 706 ve 1017, Tapu Kanunu'nun 26 ve 27. maddeleri ile 5519 sayılı Kanun hükümlerine göre, tapu kayıtlarında yapılacak intikaller taraflar tarafından tapu memuru huzurundaki takirleri ya da Mahkeme kararları ile mümkündür. Anılan bu hükümler kamu düzeni ile ilgili olup, bu konudaki tahkim şartı geçersizdir..." 14. HD, 07.10.2003, 6387/6813 (www.kazanci.com.tr).

⁵⁹ Ulukapı, s. 457.

(boşanma davaları ve neseple ilgili davalar gibi) uyuşmazlıklar hakkında, taraflar ve avukatları kendi aralarında uzlaşma sağlayamazlar.⁶⁰

Söz konusu kıstas, HUMK m. 518' de ifade edilen, “Yalnız iki tarafın arzularına tâbi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez.” hükmü ile de paralel bir düzenlemedir.⁶¹ Bu doğrultuda, uzlaştırmanın konusunun, hukuken geçerli işlemlerle ilgili olması gerektiği söylenebilir. Hukuken geçerli olmayan, örneğin ahlâka aykırı bir sözleşme hakkında varılan anlaşma ve hazırlanan uzlaşma tutanağı geçerli olmaz. Bir başka ifadeyle, kanunen batıl olan sözleşmeler nedeniyle ortaya çıkan bir uyuşmazlığın, m. 35/A kapsamında uzlaştırma yolu ile çözüme kavuşturulması da geçersiz olacaktır.⁶²

Uzlaştırmanın konusunun, aynı zamanda uzlaştırmaya elverişli olması da gerekir.⁶³ Örneğin, sözleşme serbestisinin olmadığı, taşınmazın aynı ile ilgili uyuşmazlıklar, boşanma davaları, neseple ilgili davalar gibi, kamu düzenine ilişkin konular uzlaştırmaya elverişli değildir.⁶⁴ Zira kamu düzenini ilgilendiren konularda ve özellikle de belirli bir uyuşmazlığın çözümünde belirli bir makama verilen münhasır bir yetkinin bulunduğu durumlarda, kişilerin, sadece iradelerini ortaya koyarak hukuki sonuç doğurmaları kanunen mümkün değildir.⁶⁵

⁶⁰ Güner, s. 123; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 539.

⁶¹ Özbek, M., Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk, ABD, 2001/3, s. 131; Yılmaz, s. 849.

⁶² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 696.

⁶³ Özbay, İ., Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlâm Niteliği, EHFD, 2004, C. 8, S. 3-4, s. 402-404.

⁶⁴ Yılmaz, s. 850; Bununla birlikte, Yargıtay bazı kararlarında, taşınmazlara ilişkin olmakla beraber, tarafların üzerinde serbestçe sözleşme yapabilecekleri uyuşmazlıklar hakkında tahkim sözleşmesi yapabileceklerini belirtmiştir, “...Borçlar Hukuku alanının aksine aile hukukunda ve aynı haklar alanında yanlar ancak yasanın öngördüğü tipler ve koşullar içinde özgürce sözleşme yapabilirler. Öğretide tartışmalı olmakla beraber (Bakınız:...); aynı haklar ve özellikle taşınmaz mallar konusunda ancak yanların üzerinde özgürce işlem yapabilecekleri konularda tahkim sözleşmesi yapabileceklerinin kabulü gerekir. Bunların dışındaki sözleşmeler geçersizdir...” 4. HD, 14.05.1974, 2094/2496 (www.kazanci.com.tr).

⁶⁵ Kaymaz/Gökcan, s. 218-219.

c. Karşı Tarafın Uzlaştırma Görüşmelerine Davet Edilmesi ve Davetin Kabulü

Uzlaştırma görüşmelerine başlanabilmesi için, taraflardan herhangi birinin (davacı veya davalı-alacaklı veya borçlu) avukatı ile birlikte karşı tarafa bir çağrı (davet) yapması zorunludur. Kanun'da yer alan, "*davetin karşı tarafa yapılması*" ifadesinden anlaşılması gereken, uzlaşma teklifinin, "*karşı tarafa ve karşı taraf vekiline*" birlikte yöneltilmesi gerektiğidir (Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği⁶⁶ m. 16/I). Bununla birlikte, bu durum daha çok, davanın açılmasından sonra ancak duruşma aşamasına geçilmesinden önce cereyan eden uzlaştırma görüşmelerinde geçerli olacaktır. Zira henüz dava açılmadan ve özellikle de karşı tarafın kendisini hangi avukat ile temsil ettireceği netlik kazanmadan, karşı tarafın avukatına bir çağrı yapılması (vekilin vekâletnamesi genel vekâletname olsa bile) hukuken bir hüküm ifade etmez. Eğer karşı tarafın avukatı belli değilse veya kendisini bir avukat ile temsil ettirmiyorsa, uzlaşma teklifi doğrudan karşı tarafa yapılacaktır. Bundan sonra ise, karşı tarafın, uzlaştırma görüşmelerine katılması için bir avukat tayin etmesi gerekmektedir.⁶⁷ Kanaatimizce, böyle bir durumda, karşı tarafa gönderilen davetiyede, karşı tarafın kendisine bir avukat tayin etmesi gerektiği ve davetin olumlu karşılanması durumunda da bu avukatın kimliğinin ve adresinin kendilerine bildirilmesinin prosedürü hızlandıracağı hatırlatılmalıdır.

Uzlaşma çağrısında bulunabilmek için, avukatın vekâletnamesinde özel bir yetkinin (örneğin, sulh olma yetkisinin) bulunup bulunmadığının bir önemi yoktur.⁶⁸ Zira kanun koyucu, avukata, tek başına karşı tarafa çağrıda bulunabilme olanağı vermemekte, bu teklifin müvekkil ile birlikte yapılmasını öngörmektedir.⁶⁹

Karşı tarafın çağrılması usûlü hakkında Kanun'da herhangi bir düzenleme ve açıklık yoktur. Bu nedenle, karşı tarafa yapılacak çağrı,

⁶⁶ Bundan sonra "Yönetmelik" olarak anılacaktır.

⁶⁷ Karşı tarafı avukat tutmaya zorlamanın mümkün olmadığı ve uzlaştırma görüşmelerini bizzat kendisinin de yönetebileceği ile ilgili karşı görüş için bkz. Yılmaz, s. 851.

⁶⁸ Avukatın sulh yapabilmesi için, vekâletnamesinde özel bir yetkisinin olması gerekir (HUMK m. 63).

⁶⁹ Güner, s. 123-124; Yılmaz, s. 850-851.

yazılı veya sözlü olarak yapılabilir.⁷⁰ Aynı şekilde, faksla veya elektronik posta yoluyla da karşı taraf davet edilebilir.⁷¹

Karşı tarafın daveti kabul etmesi üzerine, taraflar arasında uzlaştırma görüşmeleri başlar (Yönetmelik m. 16/I). Uzlaştırma önerisinde bulunan avukat, önerinin kabulü hâlinde, uzlaştırma müzakerelerinin yapılacağı yeri ve zamanı karşı tarafa bildirir (Yönetmelik m. 16/IV). Toplantı yerinin ve tarihinin de tarafların ve vekillerinin anlaşması ile kararlaştırılacağı işin doğası gereğidir.⁷²

Burada üzerinde durulması gereken önemli bir konu da uzlaştırma kurumuna başvurunun ve uzlaştırma sürecinin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle etkisinin ne olacağıdır. Bu konuda madde hükmünde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bir uyuşmazlığın çözümü için, ister yargı yoluna ister yargı dışında bir yola başvurulmuş olsun, bir hak kaybının doğmaması açısından, bunun sürelerle etkisi önem taşımaktadır. Bu konudaki tereddüt ve yanlışlıkların önüne geçmek için, uzlaştırma faaliyetinin başlamasının sürelerle etkisi ayrıca düzenlenmelidir.⁷³

Kanaatimizce, m. 35/A hükmünde, dava açılmadan önce ve dava açıldıktan sonra uzlaştırma sürecinin hangi andan itibaren başlayacağı ve hangi hâllerde sona ereceği açık bir şekilde düzenlenmelidir ve uzlaştırma sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen sürenin, uyuşmazlık konusu olan hakka ilişkin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı belirtilmelidir. Böylece uzlaştırma faaliyeti sebebiyle geçirilen sürelerin taraflar açısından hak kaybına neden olması önlenilecek ve uzlaştırma kurumundan beklenen yararın elde edilmesi sağlanabilecektir. Zira ülkeyimizin sosyal ve ekonomik gerçeklerinden hareketle söylenebilir ki tarafların uyuşmazlığın çözümü konusunda avukatlara son anda başvurdukları ve bu durumun da hak arama özgürlüğü ve bu bağlamda dava açma süresi ile ilgili olarak sıkıntı yarattığı izahtan varestedir.

⁷⁰ Yılmaz, s. 851; Aksi görüş için bkz. Kaymaz/Gökcan, s. 219.

⁷¹ Sungurtekin Özkan, M.: Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaştırma Sağlama Yetkisi, *MİHDER*, 2005/2, s. 363.

⁷² Yılmaz, s. 851.

⁷³ Sungurtekin, Özkan, s. 358.

ç. Uzlaştırma Görüşmeleri

Karşı tarafın daveti kabul etmesi üzerine, taraflar arasında uzlaştırma görüşmeleri başlar (Yönetmelik m. 16/I). Uzlaştırma müzakereleri, aksi kararlaştırılmadıkça, yalnızca uyuşmazlığın taraflarının ve avukatlarının katılımıyla gerçekleştirilir (Yönetmelik m. 16/V). Bununla birlikte, taraflar isterlerse, görüşmelere katkı sağlayacak bir tercümanı ve/veya uyuşmazlık konusu ile ilgili olan tanık ve/veya bilirkişileri de görüşmelere davet edebilirler (Yönetmelik m. 17/II, c. 3).

Uzlaştırma müzakereleri avukatlar tarafından yönetilir. Uzlaştırma müzakereleri sırasında avukatlar, taraflara hukuki durumları hakkında bilgi verir,⁷⁴ çözüm önerilerinde bulunur ve uzlaşmaları konusunda tarafları teşvik ederler (Yönetmelik m. 16/II). Bu nedenle, uzlaştırma görüşmelerine başlamadan önce, her iki taraf avukatının bir araya gelerek, görüşmeleri nasıl yürütecekleri ve optimum çözüme ulaşmak adına uzlaşma ortamını nasıl sağlayacakları konusunda fikir alışverişinde bulunmaları yerinde olacaktır.⁷⁵ Ayrıca, müvekkillerini, karşı taraf ile yaşadıkları uyuşmazlığın çözülmesi bakımından, yargı önünde varılacak bir çözüm ile uzlaştırma yöntemi sonucunda varılacak bir çözüm arasında ne gibi farklılıkların söz konusu olabileceği⁷⁶ ve uzlaştırma görüşmelerinin nasıl bir yöntem ile yürütüleceği konusunda önceden bilgilendirmeleri yerinde olacaktır.⁷⁷

Uzlaştırıcı avukatlar, kural olarak, taraflarla müzakere etmezler, tarafların birbirleri ile müzakere etmesine katkıda bulunurlar. Sistemik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlarlar. Taraflara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratırlar. İkna ve telkin yöntemiy-

⁷⁴ Örneğin, taraflar dava sonucu hakkında aşırı bir iyimserliğe sahip iseler, uzlaştırıcı avukatlar tarafından uzlaştırma görüşmelerinin içinde "tarafsız ön değerlendirme" yapılabilir. Ancak burada, araç ile amaç arasındaki dengenin iyi kurulması gerekir. Zira tarafsız ön değerlendirme, menfaatler yerine hak temelli bir yaklaşım taşıdığı için, bu durum, tarafların da konuya hak temelli yaklaşımlarına neden olabilecek; bu doğrultuda da onları, ilgilerini ve gerçek önceliklerini gizlemeye ve diğer tarafa üstünlük kurmaya sevk edebilecektir.

⁷⁵ Yılmaz, s. 852.

⁷⁶ Örneğin, serilik, basitlik, ucuzluk, gizlilik ve taraf hâkimiyeti gibi.

⁷⁷ Kaymaz/Gökcan, s. 219-220; Özbay, s. 407.

le, tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve anlaşma sağlamlarına imkân veren bir ortamı oluşturmayı hedeflerler. Bu arada taraflara, tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun şekilde dengelemesini öngören bir çözüm önerileri kataloğu sunarak uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışırlar.

Uzlaştırma faaliyeti ile avukatlar sadece mahkemede iddia ve savunmada bulunan kişiler değil, aynı zamanda taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunan kişiler olarak da yetkilendirilmişlerdir.⁷⁸ Söz konusu düzenleme, birtakım eksikliklerine rağmen, aynı zamanda uyuşmazlıkların çözümü konusunda önemli bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu yöntemle, taraflar arasındaki uyuşmazlıklar, mahkemede dava açılmadan veya dava açılmış olsa bile henüz duruşma aşamasına geçilmeden önce tarafların uzlaşması ile çözülebilmektedir.⁷⁹

Avukatlar, uzlaştırma müzakereleri sırasında, uyuşmazlığın tarafları arasında yansız bir şekilde hareket etmeye ve taraflardan hiçbirinin etkisi altında kalmaksızın tarafları uzlaştırmaya özen gösterirler (Yönetmelik m. 16/III). Esasen burada ifade edilen özen, avukatın müvekkiline karşı taşıdığı özen ve sadakat yükümlülüklerinin de bir gereğidir.⁸⁰ Avukat, kendisine müvekkilce verilmiş bir işin görülmesi sırasında, müvekkiline her türlü bilgiyi vererek, onun dikkatini olası risklere çekmeli ve onu uyarmalıdır.⁸¹ Ayrıca, avukatın müvekkiline karşı aydınlatma yükümlülüğü de bunu gerektirir.⁸²

Avukatlar, uzlaştırma görüşmeleri sırasında tarafsız kalmalı ve taraf temsilcisi olarak görüşmelere katılmış olsalar dahi kendilerine verilen kurumsal görevi ifa ederken gereken özeni göstermelidirler.⁸³ Bu durum, Av. K. m. 34'te de açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmü uyarınca, avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kut-

⁷⁸ İldır, s. 139-140.

⁷⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 539.

⁸⁰ Avukatın sadakat ve edimini özenle ifa yükümlülükleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sungurtekin, Özkan M., *Avukatlık Hukuku*, İzmir 2006, s. 161-193.

⁸¹ Avukatın müvekkiline yol gösterme ve tavsiyede bulunma yükümlülüğü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sungurtekin Özkan, *Avukatlık Hukuku*, s. 218-227.

⁸² Güner, s. 328-329; Sungurtekin, Özkan, s. 361.

⁸³ Güner, s. 124-125; Kaymaz/Gökcan, s. 220.

sallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.

Burada, m. 35/A ile getirilen düzenlemenin hukuki niteliğinin ne olduğu konusunun üzerinde de durmak gerekmektedir. Bir görüşe göre, m. 35/A ile getirilen yasal düzenleme, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında yer alan müzakere yönteminin somut bir örneğini oluşturmaktadır.⁸⁴ Bir diğer görüşe göre, uyuşmazlığın çözümünde avukat, artık bir taraf değil, tarafsız üçüncü kişi konumundadır.⁸⁵ Bu durumda, avukat ya arabulucu rolünü üstlenmiş olabilir ya da uyuşmazlığın ileride devlet veya tahkim yargılamasına taşınması hâlinde, muhtemel sonucu öngörebilen niteliği nedeniyle, vakıa saptayıcısı veya tarafsız ön değerlendirici niteliğine sahip olabilir.⁸⁶

Kanaatimizce, m. 35/A, söz konusu madde hükmünün gerekçesi ve ilgili Yönetmelik hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, avukatlar burada tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi sıfatıyla hareket etmekte; deyim yerindeyse, üzerlerindeki gömlekleri, bir başka ifadeyle avukat cübbelerini çıkarmakta ve uzlaştırıcı gömleklerini giymektedirler. Burada, Avukatlık Kanunu'nda 2001 yılında yapılan değişiklikler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, özellikle de "*Avukatlığın Amacı*" başlığını taşıyan m. 2'de yer alan ifade ile avukatlığın amacının, hukuki ilişkilerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak olduğundan hareketle; avukat, uzlaştırma sürecinde, sadece iş sahibinin temsilcisi olarak değil, uzlaşma teklifi yapıp kabul edildikten sonra gerçekleşecek olan uzlaştırma görüşmelerinde, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmeye yönelik davranışları nedeniyle, tarafsız, bağımsız ve objektif bir uzlaştırıcı olarak nitelendirilmelidir. Ayrıca bu durumda, uzlaştırma sürecinde aynı özen yükümlülüğünü taşıyan iki

⁸⁴ Özbek, s. 734; Tanrıver, s. 22.

⁸⁵ İldır, s. 140.

⁸⁶ İldır, s. 143; Sungurtekin, Özkan, s. 365.

avukat söz konusu olacağından, burada kanun koyucunun ortaya çıkardığı durum, bir tür “*co-conciliation*”; bir başka ifadeyle, “*ortaklaşa (yardımlaşmalı) uzlaştırma*”dır.

Bununla birlikte, kanun koyucunun güttüğü amaç bir uzlaştırma prosedürü işletmek olsa bile, kanaatimizce, birtakım psikolojik, sosyal, ekonomik ve hukuki nedenlerden dolayı, öngörülen düzenlemenin uygulaması, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan “*müzakere*” yönteminin somut bir örneği olmaktan öteye gidemeyecektir.

Uzlaştırma görüşmelerinin süresi ile ilgili Kanun’da ve Yönetmelik’te bir açıklık bulunmamaktadır. Uzlaştırma görüşmelerinin ne kadar süreceği ve tarafların kaç defa bir araya geleceği, her somut olayın özelliğine ve tarafların taleplerine göre değişecektir. Bu durumda, görüşmeler, tarafların uzlaşmaya varmalarına kadar veya görüşmelerin bir uzlaşma ile sonlandırılmayacağı anlaşılana kadar devam edecektir.⁸⁷

Uzlaştırma müzakereleri sırasında taraflarca veya avukatlarınca yapılan beyan ve ikrarlar, uzlaşmanın sağlanamaması hâlinde geçerli olmayıp, uzlaşma konusuyla ilgili olarak açılmış veya daha sonra açılacak davalarda taraflar aleyhine delil olarak kullanılamaz. Uzlaştırma müzakereleri esnasında anlaşmazlık konusunda beyan edilen hususlar, taraflarca ve avukatlarınca hiçbir şekilde açıklanamaz (Yönetmelik m. 16/VI).

Uzlaştırma sırasında taraflarca yapılan beyanların ve ikrarların ileride delil olarak değerlendirilememesi,⁸⁸ uzlaştırma kurumunun doğası gereğidir.⁸⁹ Bununla birlikte, bu yükümlülüğe aykırı davranılması durumunda, tarafların veya vekillerinin hangi yaptırım ile karşılaşacakları konusu belirsizdir. Bu düzenleme uyarınca, avukatların “*sır saklama yükümlülüğü*” ile paralellik kurulabilir (Av. K. m. 36/I) ve TCK m. 258 uyarınca “*göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu*” kapsamında bir

⁸⁷ Yılmaz, s. 852-853.

⁸⁸ HUMK m. 236/III’te, sulh görüşmeleri sırasında gerçekleşen ikrarın geçerli olmayacağı düzenlenmiştir.

⁸⁹ Sungurtekin, Özkan, s. 364.

değerlendirme yapılabilir⁹⁰ ancak, tarafların bu hükme aykırı davranması durumunda ne gibi sonuçlar doğacağı tam bir belirsizlik içindedir. Ayrıca, Anayasa'da da belirtildiği gibi, hangi fiillerin suç oluşturduğunun Kanun'da açık bir şekilde düzenlenmesi gerekir (Anayasa m. 38/III). Bu ilkenin bir sonucu olarak, ancak bir kanuni tanımda ifade edilen belirli fiiller ceza yaptırımını gerekli kılabilir. Bu bakımdan, belirli bir Kanun'a yollamada bulunmak suretiyle, soyut olarak, ilgili Kanun'a aykırı davranışların ceza yaptırımına bağlanması düşüncesi, suçta kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Kanaatimizce, uzlaştırma görüşmelerinin arzu edilen bir ortamda gerçekleşmesini sağlamak amacıyla, söz konusu düzenlemenin Kanun metninde yer alması daha yerinde olacaktır. Uzlaştırma konusundaki temel ilkelerden birisi olan gizlilik, tarafların arasındaki uyuşmazlığın kendisinin, içeriğinin ve uyuşmazlık içinde kullanılan bilgi ve belgelerin de gizli kalmasını gerektirir. Bu gizliliğin korunacağına olan güven, tarafları uzlaştırma kurumuna başvurma konusunda daha fazla teşvik edecektir. Bu sebeple, Av. K. m. 35/A'da, gizlilik ilkesine ilişkin olarak, uzlaştırma faaliyeti sırasındaki beyan, bilgi ve belgelerin kullanılmayacağı hâller, kapsamı çizilerek belirtilmeli, böylece uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütler engellenmelidir. Yargılama dışında, özgür bir müzakere ortamında kabul edilen vakıa ve iddialarla bağlı olacağını düşünen taraflar, çok dikkatli davranacaklar; bu nedenle, tartışma ve görüşmede istenen samimiyet sağlanamayacaktır. Söylediklerinin daha sonra aleyhlerine kullanılma ihtimali, tarafların açık olmaması sonucunu doğuracaktır. Bu ise, uzlaştırmada sağlıklı sonuç almaya engel bir durum teşkil edecektir.

Bununla birlikte, bir hukuk davasında veya tahkimde ileri sürülen caiz deliller, sırf uzlaştırmada sunulmuş ve kullanılmış olmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller hâline gelmemelidir. Bir başka ifadeyle, uzlaştırma faaliyeti söz konusu olmasaydı dahi, taraflar bir delili ellerinde bulundurabiliyor veya elde edebiliyorlarsa ve aynı zamanda da mahkeme veya tahkimdeki yargılamada o uyuşmazlık için caiz delil olarak kullanabiliyorlarsa, sırf daha önce bir uzlaştırma faaliyetinde kullanılmış olması, delilin geçerliliğini etkilememelidir.⁹¹

⁹⁰ Özbay, s. 409.

⁹¹ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Madde Gerekçeleri

d. Uzlaşma Tutanağının Düzenlenmesi

Uzlaştırma görüşmeleri sonunda taraflar arasında uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak,⁹² avukatlar ile müvekkileri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesi anlamında ilâm niteliğindedir (Av K. m. 35/A, c. 2 ve c. 3).

Uzlaştırma müzakereleri sonunda anlaşma sağlanması hâlinde, uzlaşma konusu ve uzlaşma sonucunda alınan kararlar, müzakerelere katılan avukatlar ve anlaşmazlığın taraflarınca en az iki nüsha olarak tanzim olunacak bir tutanakla tespit edilir ve imza altına alınır (Yönetmelik m. 17/I).

Bu tutanağın şu hususları içermesi gerekir:

a. Müzakerelere katılan avukatların adı, soyadı, adres ve bağlı oldukları Baro sicil numaraları,

b. Tutanağın düzenlendiği yer ve tarih,

c. Tarafların ve varsa kanuni temsilcilerinin, tercüman, tanık ve bilirkişilerin kimlik ve ikametgâhları; alacaklı taraf yabancı ülkede oturuyorsa Türkiye'de göstereceği ikametgâhı,

d. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın kısa ve özlü bir şekilde anlatılması ve uzlaşmanın konusu,

e. Uzlaşma sonunda varılan anlaşma,

f. Uzlaşma müzakerelerine katılan tarafların ve avukatların imzaları (Yönetmelik m. 17/II).

m. 5/son.

⁹² Uzlaşma anlaşması, taraflardan her ikisine de birtakım edimlerin ifasını yüklemek değilse, bu durumda BK m. 81 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Zira burada söz konusu madde hükmünde öngörülen anlamda karşılıklı taahhütleri içeren bir anlaşmanın varlığından söz edilemez. Bu durum, uzlaştırmanın kendine özgü bir işlem olmasının doğal bir sonucudur. Böyle bir durumda, taraflar, uzlaşmadan doğan karşılıklı edimlerin ifasını sağlamak amacıyla, birbirlerinden bağımsız olarak uzlaşma anlaşmasının kendi lehlerine olan kısmının icrasını isteyebilirler; mahkeme huzurunda yapılan sulhların doğurduğu benzer etki ile ilgili bkz. Tanrıver, *Sulh*, s. 49.

Uzlaşma sonucu kısmında, uyuşmazlığın⁹³ ne şekilde çözüldüğünün, uzlaştırma giderlerinin, uzlaşma dava açıldıktan sonra yapılmışsa, yargılama harç ve giderlerinin paylaşırma şeklinin, tarafların talep sonuçlarından her biri hakkında verilen karar ile taraflara yüklenen borçların ve tanınan hakların,⁹⁴ mümkünse sıra numarası altında birer birer, açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir (Yönetmelik m. 17/III).

Uzlaşma davetine, diğer taraf, avukatı ile birlikte icabet eder ve taraflar müzakereler sonunda uzlaşabilirler ise, Kanun'da ve Yönetmelik'te belirtilen şekilde bir tutanak hazırlanır. Söz konusu tutanak, her iki taraf avukatı ve taraflar tarafından birlikte imzalanmalıdır.⁹⁵ Kanun koyucu, her iki taraf avukatının ve tarafların da avukatları ile birlikte hazır bulunarak, tutanağın altını birlikte imzalamaları gerektiğini öngörmüştür.⁹⁶ Sadece tarafların veya sadece avukatların ya da taraflarla birlikte taraf avukatlarından birinin, kendi aralarında tuta-

⁹³ "İlam niteliğinde sayılacak anlaşma, protokol veya tutanak, var olan ve dava aşamasına gelip, dava açılmak üzere olan ya da davası açılmış olan bir uyuşmazlığa ilişkin, uzlaşma teklifi üzerine, yapılan uzlaşmadır. Temyize konu uyuşmazlıkta ise protokolün düzenlenmesinden önce, taraflar arasında böyle bir uyuşmazlığın varlığı anlaşılammaktadır. Protokol, taraflar arasında bedeli karşılığı hisse devrine ilişkindir. Bu durumda, düzenlenen protokolün kararda anılan yasa hükmü kapsamında kalmadığının kabulü gerekir. Mahkemece, taraflar arasında düzenlenen protokolün bir sözleşme olarak kabul edileceği gözetilmek, genel ve özel yetki kuralları ve yetki sözleşmesi kapsamında yetkisizlik itirazı değerlendirilmek ve sonucuna göre karar verilmek gerekir." 11. HD, 08.02.2005, 289/916 (www.kazanci.com); Aksi yönde bir karar için bkz. "Taraflar arasında yapılan takip dayanağı sözleşmenin 22. maddesi gereğince Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesine atf yapılarak bu sözleşmenin ilam niteliğinde sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Yargılama aşamasında ve borçlu itirazında Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi koşullarının yerine getirilmediğine ilişkin herhangi bir itirazda ileri sürülmediğine göre borçluların ve kefillerin vekilleri tarafından imzalanan dayanak sözleşmenin Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi gereğince ilam mahiyetinde olduğunun kabulü gerekirken reddi isabetsizdir." 12. HD, 28.06.2005, 10090/13965 (www.kazanci.com).

⁹⁴ Uzlaşma anlaşmasının içerik bakımından cebri icraya elverişli olması, bir edimin ifasını sağlamaya yönelik bulunması durumunda söz konusu olacaktır. Uzlaşma anlaşmasının konusu bir edimin ifası değil de bir hukuki ilişkinin belirlenmesi ise, anlaşma içerik bakımından cebri icraya elverişli olmayacak, sadece yargılama giderleri bakımından icrası mümkün bir belge hâline gelecektir.

⁹⁵ Sungurtekin, Özkan, *Avukatlık Hukuku*, s. 150; Ulukapı, s. 455.

⁹⁶ Sungurtekin, Özkan, s. 360.

nağı imzalamaları, m. 35/A anlamında bir “uzlaşma tutanağı” niteliğine sahip olmaz.⁹⁷ Böyle bir tutanak, ancak mahkeme dışı sulh olarak değerlendirilebilir.⁹⁸

Bu şekilde düzenlenen uzlaşma tutanağının aslı, tutanağı düzenleyen avukat ya da avukatlarda kalır ve örneği taraflara verilir (Yönetmelik m. 17/IV).

Uzlaştırma görüşmeleri sonunda, anlaşmaya varılması hâlinde hazırlanan tutanak, son derece dikkatli hazırlanmalı ve hiçbir tereddüde yer vermemelidir.⁹⁹ Aksi takdirde, ilâm niteliğine sahip olacak bu belge, icra aşamasında ortaya çıkabilecek sorunlar nedeniyle, uzlaştırma kurumundan beklenen yararın sağlanmasına engel olacaktır.¹⁰⁰

e. Uzlaşma Tutanağının Hüküm ve Sonuçları

Uzlaştırma görüşmeleri sonunda, anlaşmaya varılması hâlinde avukatlar ve müvekkileri tarafından imzalanan tutanak, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesi anlamında ilâm niteliğinde belgedir. Uzlaşma tutanağına verilen hukuki nitelik son derece önemlidir.¹⁰¹ Zira avukatların müvekkileri ile birlikte imzalamış olduğu uzlaşma tutanağı, icra kabiliyeti bakımından mahkeme hükmü ile eş değer görülmüştür.¹⁰² Söz konusu tutanağa karşı kanun yoluna gidi-

⁹⁷ İldır, s. 139.

⁹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 539.

⁹⁹ Özbek m. 35/A, s. 133.

¹⁰⁰ Yılmaz, s. 854.

¹⁰¹ “Alacaklı tarafın takibe dayanak yaptığı 30.03.2005 tarihli Gurubu Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmesi başlığını taşıyan belgenin 1136 sayılı Kanun'un 35/A maddesine uygun olarak borçlu asilleri ve vekilleri ile alacaklı bankalar vekilleri arasında tanzim edildiği görülmektedir. Anılan bu belge İİK'nın 38. maddesi anlamında ilâm niteliğindedir. Mahkemenin gerekçesinin aksine yargılamayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.” 12. HD, 11.07.2006, 12239/15277 (www.kazanci.com).

¹⁰² Bu noktada, bir “mahkeme ilâmı” ile Av. K. m. 35/A hükmü uyarınca hazırlanacak olan uzlaşma tutanağının “ilâm niteliğinde belge” olması arasındaki farkı iyi belirlemek gerekmektedir. Uzlaşma tutanakları, bütün yönleriyle değil, sadece icra edilebilirlik bakımından ilâmlarla aynı hukuki rejime tâbi tutulmuştur. Öncelikle, mahkeme ilâmları maddi anlamda kesin hüküm oluştururken, ilâm niteliğinde belgeler bu nitelikten yoksundurlar. Ayrıca, ilâmlar kural olarak 10 yıllık za-

lemez; ancak, koşulları varsa irade fesadı sebebiyle iptali istenebilir.¹⁰³ Tutanak imzalandıktan sonra taraflar yükümlülüklerinin gereğini yerine getirmezler ise, tutanak icra memuruna verilerek ilâmlı icra takibi yapılabilir.¹⁰⁴ Tutanağın ayrıca mahkemeye verilmesi, kaydedilmesi veya harç ödenmesi söz konusu değildir. Sadece ilâmlı icra takibi için gereken harçlar alınır.¹⁰⁵

Bununla birlikte, dava açıldıktan sonra uzlaştırma kurumuna başvurulduysa, taraflar uzlaşma tutanağını mahkemeye ibraz ederek, mahkemenin bu anlaşmayı sulh şekline dönüştürmesini isteyebilirler. Bu durumda, mahkeme, tarafların isteği doğrultusunda hareket eder.¹⁰⁶

Taraflar isterlerse, uzlaşma tutanağını mahkemeye ibraz etmeyebilirler ve sadece haricen anlaşmalarını mahkemeye bildirebilirler. Bu durumda, dava konusuz kalmış olur. Dava açılmasından sonra, davacının hukuki yararı veya dava konusu ortadan kalkarsa dava konusuz kalır.¹⁰⁷ Davanın konusuz kalması durumunda ne tür bir karar verileceği konusunda Medenî Usûl Kanunu'nda bir hüküm bulunmamaktadır. Davanın konusuz kalması hâlinde bir hüküm verilmeyecektir. Böyle bir durumda, mahkeme, karar verilmesine yer olmadığı şeklinde bir kararla davayı sonlandıracaktır.¹⁰⁸

manaşımına tâbi iken, ilâm niteliğinde bir belge olan uzlaşma tutanağı, tutanağın içerdiği alacağın niteliğine göre, BK ve TTK'nın zamanaşımına ilişkin genel hükümlerine tâbi olacaktır. Bir diğer fark, mahkeme ilâmlarından farklı olarak uzlaşma tutanağına karşı kanun yoluna gidilemez; ancak, koşulları varsa irade fesadı sebebiyle (BK m. 23 vd.) iptali istenebilir. Bundan başka, uzlaşma tutanağı hakkında, hukuki niteliği itibarıyla bir menfi tespit davası olan sahtelik davası açılarak, HUMK'nın 317. maddesinden yararlanmak suretiyle ilâmlı icra takibi durdurulabilir. Yine, örneğin, ilâma bağlı bir para alacağı bakımından ihtiyati haciz talebinde bulunabilmek için teminat gösterilmesi zorunluluğu bulunmazken, alacağın ilâm niteliğinde bir belgeye bağlı olması hâlinde, teminat gösterilmesinin gerekip gerekmediğini mahkeme takdir edecektir.

¹⁰³ Özbay, s. 412; Ulukapı, s. 459.

¹⁰⁴ Kaymaz/Gökcan, s. 220; Özbek m. 35/A, s. 130.

¹⁰⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 539-540.

¹⁰⁶ Yılmaz, s. 855.

¹⁰⁷ Örneğin, boşanma davasında eşlerden biri ölürse, alacak davasında dava konusu borç ödenirse veya iflâsta sıra cetveline itiraz davası görülürken iflâs kaldırılırsa dava konusuz kalır.

¹⁰⁸ Kaymaz/Gökcan, s. 220; Sungurtekin, Özkan, s. 361.

Davanın konusuz kalması durumunda, mahkemenin, davanın konusuz kaldığını tespit etmekten başka, yargılama giderleri hakkında da bir karar vermesi gerekir. Bu durumda, davanın açılmasında kim haksız ise, davaya devam edilseydi kimin aleyhine karar verilecek idiye, yargılama giderlerine de o kişinin mahkûm edilmesi gerekir.¹⁰⁹ Uzlaştırma faaliyeti bakımından ise, mahkemenin, yargılama giderleri ile ilgili karar verirken, öncelikle uzlaşma tutanağında tarafların yargılama harç ve giderlerinin paylaşılması konusundaki anlaşmasını esas alarak karar vermesi gerekir.¹¹⁰ Taraflar bu konuda anlaşamamış veya bu belirlemeyi mahkemeye bırakmış iseler, mahkeme, yargılamaya devam ederek, haksız olan tarafı tespit ettikten ve onu yargılama giderlerine mahkûm ettikten sonra, davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığı şeklinde bir kararla davayı sonlandırmalıdır.¹¹¹

Ayrıca taraflar isterlerse, uzlaştırma görüşmeleri sonunda anlaşmaya vardıktan ve bu konuda bir uzlaşma tutanağı düzenledikten sonra, duruşmaya gitmeyerek¹¹² veya duruşmaya gitmekle birlikte açıkça davaya devam etmeyeceklerini mahkemeye bildirerek davayı takipsiz bırakabilirler. Böylece, HUMK m. 409 uyarınca, dosyanın işleminden kaldırılmasını ve üç ay içinde de yenileme talebinde bulunmayarak davanın açılmamış sayılmasını sağlayabilirler.¹¹³ Bu durumda mahkeme, kendiliğinden davanın açılmamış sayılmasına karar verir ve kayıt kapatılır (HUMK m. 409/V). Ancak bu durumda, davacı aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesi gerekir.¹¹⁴ Davanın açıl-

¹⁰⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 540-541.

¹¹⁰ Kaymaz/Gökcan, s. 220.

¹¹¹ "...Usûl hükümleri uyarınca, davanın konusuz kalması halinde yapılacak iş yargılamaya devam edilerek tarafların davada haksızlık oranları saptanıp ona göre harca yargılama giderlerine ve vekalet ücretine hükmedilmesi gerekir..." 17. HD, 16.05.2005, 6723/5274 (YKD, 2005/8, s. 1257).

¹¹² "Duruşma gününden haberdar olmayan tarafların duruşmaya gelmemiş olmaları nedeni ile dosyanın işleminden kaldırılmış bulunması ve bunun sonucunda davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiş olması usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." 13. HD, 30.09.1999, 5720/6501 (YKD, 2000/4, s. 565).

¹¹³ Yılmaz, s. 855.

¹¹⁴ "Davanın görevsizlik, yetkisizlik nedeniyle reddine veya davanın nakline ya da açılmamış sayılmasına karar verildiğinde, yargılama giderleri ve yargılama giderlerinden olan vekâlet ücretine dair istemlerin de kararı veren mahkemece hüküm

mamış sayılması ile davanın tüm sonuçları ortadan kalkar ve dava hiç açılmamış gibi sonuç doğar.¹¹⁵

Uzlaştırma görüşmeleri sonunda, taraflar diledikleri gibi anlaşabilirler. Ancak uzlaşma şarta bağlı olarak düzenlenmemelidir.¹¹⁶ Zira uzlaşma tutanağı ilâm hükmünde sayılmıştır ve hukukumuzda şarta bağlı hüküm verilemeyeceğinden, ilâm niteliğinde olan uzlaşma tutanağı şarta bağlı olmamalıdır.¹¹⁷ Bununla birlikte, taraflar kendi aralarında şarta bağlı sulh anlaşması yapabilirler; ancak, bu sulh anlaşması hükümde yer almaz, mahkeme sadece uyuşmazlığın sulh ile sonuçlandığını hükümde belirtebilir.¹¹⁸

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkla ilgili olarak hazırlanan uzlaşma tutanağı, açıkça tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edemeyecekleri bir konuya ilişkinse veya şarta bağlanmış bir edim içeriyorsa, icra müdürünün ilâmlı icra takibini kabul etmemesi ve karşı tarafa icra emri göndermemesi gerekir. Aksi bir durumda, borçluya böyle bir icra emri gönderilmesi süresiz şikâyet konusu olur.¹¹⁹ Zira icra memuru, öncelikle takip talebi ile kendisine verilen belgenin ilâm veya ilâm niteliğinde belge olup olmadığını kendiliğinden incelemelidir. İcra memurunun, takip konusu ilâmı veya ilâm niteliğinde belgeyi yorumlama, değiştirme veya tavzih etme gibi bir yetkisi yoktur;¹²⁰ eğer ilâm niteliğinde belge icraya elverişli değilse, icra memuru ilâm niteliğinde

altına alınması zorunludur..." 14. HD, 09.12.2003, 8127/8489 (LHD, 2004/13, s. 152).

¹¹⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 370-373.

¹¹⁶ Özbek, m. 35/A, s. 134.

¹¹⁷ Sungurtekin Özkan, s. 361-362.

¹¹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 540; İlâm niteliğinde bir belge olması nedeniyle icra kabiliyeti bakımından benzer bir nitelik taşıyan mahkeme huzurunda şarta bağlı olarak yapılan sulhların, icrasının mümkün olması gerektiği ve eğer yapılan sulh infisahî bir şarta bağlanmışsa icrasının derhal gerçekleştirilebilmesi gerektiği ya da eğer talikî bir şarta bağlanmışsa icrasının şartın gerçekleştiği anda istenebileceği ile ilgili bkz. Önen, s. 158-159; Tanrıver, *Sulh*, s. 51.

¹¹⁹ Yılmaz, s. 850.

¹²⁰ "...ilamla hükmedilse dahi hüküm bölümünün infazı kabil olması zorunlu olup yorum, tahmin, takdir yoluyla infaz kabiliyeti olmayan ilam hükmünün infazı sağlanamaz." 12. HD, 05.05.2005, 6510/9748 (İBD 2006/1, s. 305).

belgeyi icraya koymamalı ve alacaklıdan bu konuda gerekli işlemleri yapmasını istemelidir.¹²¹

Uzlaşma sağlama, sulhtan farklıdır. Mahkeme huzurunda yapılan sulhta mahkemenin bir kararı vardır. Taraflar ister sulhu karara geçirsinler ister geçirtmesinler, mahkeme davanın sulh ile sonuçlandığını kararında açıklamalıdır. Uzlaşma sağlamada ise, mahkemenin bir etkisi yoktur ve uzlaşma tutanağının hüküm ifade edebilmesi için mahkemenin bir kararına ihtiyaç da yoktur.¹²² Mahkeme dışı sulh ise, mahkeme huzurunda yapılan sulha dönüşmeden ilâm niteliğine sahip olmaz.¹²³ Ayrıca, uzlaştırma işlemleri, dava açılmadan veya açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce yapılabilirken, sulh her zaman yapılabilir. Bir başka farklılık ise, uzlaşma tutanağının altının, taraflar ile avukatları tarafından beraber imzalanması gerekirken; taraflar aralarında serbestçe sulh olabilmektedir veya vekâletnamelerinde özel yetkileri olması durumunda avukatları da kendi aralarında sulh olabilmektedirler.¹²⁴

Taraflar, aralarındaki uyuşmazlık konusu hakkında, mahkeme dışında bir uzlaşmaya varmışlarsa, bu çözümü herhangi bir metne dökemeyebilirler. Zira, sorun çözülmüştür ve amaç gerçekleşmiştir. Taraflar istemedikçe çözümün alenileşmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, ileride bu konuda bir sorun çıkmasını istemiyorlarsa, anlaşmaya varılan hususları metin hâline getirebilirler. Eğer taraflar anlaşmayı bir belgeye bağlamışlarsa, varılan anlaşmanın hukuki değeri ve etkisi bakımından, belgenin niteliğine göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Varılan anlaşmanın ne tür bir belgeye bağlandığı, özellikle ileride bu konuyla ilgili uyuşmazlık çıkması durumunda, belgenin delil olarak kullanılmasında veya anlaşmaya aykırı davranılması sonucu icra aşamasına geçildiğinde önem kazanacaktır. Taraflar arasında varılan anlaşma bir adi belgeye bağlanmışsa, duruma göre kesin delil veya icra aşamasında kullanılacak bir belge (örneğin, şartları taşıyorsa İİK m. 68 anlamında bir belge); noter senedine bağlanmışsa, resmi bir belge veya

¹²¹ Pekcanitez, H./ Atalay, O./Sungurtekin, Özkan M./Özekes, M., *İcra ve İflâs Hukuku*, B. 4, Ankara 2006, s. 309.

¹²² Sungurtekin Özkan, s. 362; Ulukapı, s. 458.

¹²³ Tanrıver, *Sulh*, s. 41-42.

¹²⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 540.

duruma göre (kayıtsız şartsız tek taraflı para borcu ikrarını içeren düzenleme biçimindeki noter senedi ise) İİK m. 38 anlamında ilâm niteliğinde bir belge olarak değerlendirilebilir.¹²⁵

f. Uzlaştırmanın Sadece Avukatlar Tarafından Yapılabilmesi

Avukatlık Kanunu m. 35/A hükmü uyarınca, aralarında uyumsuzluk bulunan iki tarafın uzlaştırılması, sadece avukatlara tanınmış olan bir yetkidir¹²⁶. Bununla birlikte, avukat olmayan kişiler de aralarında uyumsuzluk bulunan tarafları, sistematik teknikler kullanarak uzlaştırabilir ve sulh olmalarını sağlayabilir; ancak, üçüncü kişilerin bu yönde bir faaliyette bulunması sonucunda varılan anlaşma ve tarafların isteği üzerine düzenlenecek olan tutanak, kendiliğinden ilâm niteliğinde belge olarak kabul edilmez ve ilâmlı icraya konu olamaz.¹²⁷

Avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imzalanan tutanak, İİK m. 38 anlamında ilâm niteliğinde belge olarak icra edilebilecektir. Avukatlara tanınmış olan bu yetki, birtakım eksikliklerine rağmen, son derece önemli bir düzenlemedir. Bu düzenleme ile avukatlar, sadece mahkemede iddia ve savunmada bulunan kişiler olarak değil, aynı zamanda uyumsuzluğun çözümüne katkı sağlayan kişiler olarak da yetkilendirilmiştir. Söz konusu düzenleme aynı zamanda önemli bir alternatif uyumsuzluk çözüm yoludur. Bu yolla uyumsuzluk, mahkeme önüne gelmeden veya gelmiş olsa bile duruşma aşamasına geçilmeden önce tarafların uzlaşması ile çözülebilmektedir.¹²⁸

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m. 15'e göre, uzlaşma tutanağının hazırlanmasında, konusu itibarıyla görevli mahkemeler için Tarifenin ilgili kısımlarında belirlenen ücretin 1/2'si uygulanır. Esasen, avukatlık ücreti ile beraber diğer uzlaştırma giderlerinin ve eğer dava açılmasından sonra uzlaştırma kurumuna başvurulduysa diğer yargılama harç ve giderlerinin paylaşılma şeklinin nasıl olacağı, tarafların anlaşmasıyla ortaya çıkacak ve hazırlanacak bir tutanak ile tespit edilecektir. Bu nedenle, söz konusu düzenlemenin pratik önemi, sadece

¹²⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 725-726.

¹²⁶ Sungurtekin Özkan, s. 358.

¹²⁷ Yılmaz, s. 848.

¹²⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 539.

tarafların bu konuda bir anlaşmaya varamaması veya bu belirlemeyi mahkemeye bırakması durumunda kendisini gösterecektir. Kanaatimizce, burada uzlaştırıcı avukatların vekâlet ücretleri ile ilgili olarak öngörülmüş olan 1/2'lik oran yerinde bir uygulama olmamış ve avukatları uzlaştırma kurumuna soğuk bakmaya iten bir düzenleme olmuştur. Burada, "...*Tarifenin ilgili kısımlarında belirlenen ücretin tamamı uzlaşma anlaşmasındaki orana göre uygulanır.*" şeklinde bir düzenleme yapmak daha yerinde olacaktır. Zira mahkemeye başvurulması durumunda tarafların katlanmak zorunda kalacağı vekâlet ücretinin külfeti ile uyuşmazlığın uzlaştırma yöntemiyle çözümündeki seriliğin, basitliğin ve (gereksiz birtakım masrafların yapılmaması dolayısıyla) ucuzluğun getirdiği avantajlar arasındaki "*kâr-zarar dengesi*" gözetildiğinde, 1/2'lik oranın tercihindeki isabetsizlik daha iyi anlaşılabilir.

Uzlaştırma yolu ile elde edilecek çözüm, her durumda yargılama ile elde edilecek çözümden daha basit, daha çabuk ve bir çok açıdan daha tatminkâr olacaktır. Bu çözüm yolu, ilk bakışta öyle değilmiş gibi görünse bile, sadece müvekkillerin değil, avukatların da yararına bir düzenlemedir. Zira uzlaştırma yolu ile avukat daha az bir ücret alsa bile, daha kısa sürede uyuşmazlığı sonlandıracağından, ücretine de daha kısa sürede kavuşabilecek ve böylece daha çok uyuşmazlık ile ilgilenme olanağı bulabilecektir. Ayrıca, müvekkilinin, daha kısa sürede ve daha verimli bir şekilde tatmin olması, özellikle Avukatlık Kanunu m. 2'de ifade edilen avukatlığın amacı dikkate alındığında, avukat için diğer bir olumlu yön olacaktır.¹²⁹

Burada üzerinde durulması gereken önemli konulardan biri de avukatların, söz konusu düzenleme uyarınca kendilerine verilen bu kurumsal görevi ve yetkiyi kullanabilmeleri bakımından, yeterli donanıma sahip olup olmadıklarıdır. Zira hukuk eğitiminde, avukatlık ve hâkimlik staj dönemlerinde, sürekli çatışmacı yöntemlere vurgu yapılması, hukukçu olarak yetişen kişilerde, asıl olanın bu tür bir çatışmacı ve yargısal çözüm yoluna başvurmak olduğu düşüncesini kuvvetlendirmektedir.¹³⁰ Uyuşmazlığa düşmüş olan tarafları uzlaştırmak, onları ortak bir noktada ve her iki taraf için de optimum fayda

¹²⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 722; Tutumlu, M. A., *Medeni Usul Hukuku Sorunları*, Ankara 2009, s. 183.

¹³⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 718.

sağlayacak bir sonuç etrafında birleştirmek, bir maharet, zaman ve sabır işidir. Türk hukukçuları ise, böyle bir maharet ve uzmanlık için yetiştirilmemektedirler.¹³¹ Bu nedenle, hukukçuların eğitimindeki bu eksikliğin giderilmesi amacıyla, hukuk fakültelerinin ders programlarına “*alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri*”, “*arabuluculuk - uzlaştırma*” ve özellikle de “*müzakere teknikleri*” üzerine dersler eklenmeli; ayrıca, hukukçular da mesleklerini icra ederken, çeşitli kurslarla bu konularda kendilerini geliştirmeli ve meslek içi eğitim almalıdırlar.¹³²

g. Konunun Sosyolojik Bakımdan Değerlendirilmesi

Uyuşmazlık, “*hak*” olarak hukuk düzenince korunan mevcut bir menfaatin ihlâli veya menfaat dengesinin bozulması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Sosyal barışın korunması ve toplum düzenin ayakta kalabilmesi için bu dengeyen yeniden kurulması gerekmektedir. Söz konusu denge, değişik uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile yeniden kurulmaya çalışılır. Uyuşmazlığı ortadan kaldırmak ve dengeyi yeniden kurmak için gerek hukukçular gerekse halk arasında ilk akla gelen çözüm yolu yargı organlarına başvurmadır. Oysa yargı organlarına başvuru yolu tek yöntem olmadığı gibi, aslında en son başvurulması gereken yöntemdir. Zira yargı organlarına başvuru yoluyla uyuşmazlık çözümünün, psikolojik, sosyal ve ekonomik yönden maliyeti oldukça yüksektir. Ayrıca, yargı organlarına başvurulması ile birlikte, uyuşmazlık sadece taraflar arasında cereyan eden bir sorun olmaktan çıkıp yargı organlarını da içine alan üçlü bir ilişkiye dönüşecektir. Söz konusu yöntemde, sıkı şekilde düzenlenmiş yargılama kuralları devreye girecek, tarafların karşılıklı mücadelesi başlayacak, tarafların uyuşmazlık üzerindeki hâkimiyeti azalacak, ortaya çıkacak karar kural olarak yargı organının tasarrufunda olacak ve taraflar sonucu önceden tam olarak kestirelemeyen bir yargısal çözüm ihtimali ile karşı karşıya kala-

¹³¹ Sungurtekin Özkan, s. 357; Yılmaz, s. 847.

¹³² Bugün hukuk fakültelerindeki öğrenciler, iletişim becerileri ve müzakere teknikleri konusunda herhangi bir eğitim almadıkları gibi, öğrencilerin %60'ı derse devam etmeden, %80'i ise hiç soru sormadan ve bu anlamda katılımcı bir iletişim kurmadan mezun olmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, H., Aktif Eğitim veya Probleme Dayalı Öğrenim, TBB Uluslararası Toplantı, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi*, Ankara 2003, s. 109-118.

caktır. Bunun yanında, sürekli çekişme hâlinde olan taraflar arasındaki ilişki, tekrar onarılamayacak derecede bozulabilecektir.¹³³

Uyuşmazlıkların yargı organları önünde çözülmesi yolunun adeta alternatifsiz bir yolmuş gibi sunulması ve işletilmesinde, sosyal yapı, temel eğitim de dahil olmak üzere hukuk eğitimindeki anlayış ve bu yolun alternatiflerinin neler olabileceği konusundaki bilgisizlik önemli rol oynamaktadır. *“Bir uyuşmazlıkta, en kötü sulh en iyi davadan daha iyidir.”* hukuki özdeyişinden hareketle söylenebilir ki hukukçuların ve özellikle de avukatların, kendi önlerine gelen bir uyuşmazlıkta, hemen yargı organlarına başvurmayı tavsiye etmek veya yargı organlarına başvurulmuşsa bu süreci sürdürmek yerine, öncelikle anlaşma ve uzlaşmayı teşvik etmeleri daha yararlı olacaktır.¹³⁴

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın devam edip büyümesinin sosyal maliyeti oldukça yüksektir. Avukat, bu maliyeti artıran değil azaltan konumda olmalıdır. Toplumda anlaşma ve uzlaşmayı teşvik etmek, avukatlar için aynı zamanda bir görevdir.¹³⁵ Zira avukat, sadece uyuşmazlık çıktığında uyuşmazlığı yargı organları önüne taşıyarak sürdüren, taraflar adına iddiada bulunan veya onları savunan kişi olmayıp; toplumda uyuşmazlık çıkmasına engel olan veya uyuşmazlıkların en aza indirilmesine yardımcı olan,¹³⁶ uyuşmazlık çıktığında da bunu en kısa sürede ve en uygun yolla çözmesi gereken kişidir. Uyuşmazlıkların çözümünde avukatların bu doğrultuda bir tutum izlemesi, hem yargılamanın uzun sürmesi hem de yargının iş yükü konusundaki şikâyetleri oldukça azaltacaktır.¹³⁷

¹³³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 40-41.

¹³⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 41.

¹³⁵ Bu noktada, taraflara, aralarında çıkan uyuşmazlığa sebep olduğuna inandıkları karşı tarafı, halk diliyle, “mahkemelerde süründürmek” düşüncesinin bir bakış açısı sorunu olduğu, hukukumuzda dava sisteminin “iki taraf” sistemi üzerine kurulduğu ve bu nedenle dava yolu ile uyuşmazlığı mahkemelere taşımının karşı taraf için olduğu kadar kendileri için de sosyal, ekonomik ve psikolojik bakımdan oldukça yüksek maliyetli olacağı açık bir biçimde ifade edilmelidir. Bu sayede, tarafların sahip olduğu “öç alma duygusu” hafifletilerek, toplum düzeninin korunmasına ve sosyal barışa katkı sağlanmalıdır.

¹³⁶ Örneğin, bir hukuki ilişkinin başlangıcında alınması gereken tedbirler kapsamında, bir sözleşmenin en iyi şekilde hazırlanması, daha sonradan ortaya çıkabilecek sorunları en aza indirecektir.

¹³⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 42.

Avukatlık serbest bir meslek olmakla birlikte, adalet faaliyetine katılan ve yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı temsil eden avukat, geniş anlamda bir kamu hizmeti görmektedir.¹³⁸ Avukatın iki önemli görevi vardır. Birincisi, tarafın temsilcisi olmak, müvekkilinin hak ve menfaatlerini korumak; ikincisi ise, yargının bir organı ve sacayağı olarak hukukun uygulanması ve adaletin gerçekleşmesine yardımcı olmaktır.¹³⁹

Anayasa'nın 141/IV. maddesine göre, devlet, yargının ucuz ve mümkün olan süratle gerçekleşmesi için gereken tedbirleri almak zorundadır. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre, adil yargılanma hakkı çerçevesinde mahkemelerin makul süre içinde karar vermesi öngörülmüştür.¹⁴⁰ Hukuk Usûlü Muhakemeleleri Kanunu'nun 77. maddesinde de hâkimin tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu ölçüde hızlı ve düzen içerisinde yürütülmesi ve gereksiz yere masrafa neden olunmamasına dikkatle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemeler, medenî usûl hukuku literatürümüzde ve yüksek mahkeme kararlarında "*usûl ekonomisinin*" dayanağı olarak gösterilmektedir.¹⁴¹ Usûl ekonomisi, medenî usûl hukukumuza egemen olan ilkelere biridir.¹⁴² Usûl ekonomisine uygun davranmak birinci derecede mahkemenin görevi olmakla birlikte, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı temsil eden ve yargının bir organı olarak görev yapan avukatlar da bu konuda azami özeni göstermek zorundadırlar.¹⁴³

Anayasa'nın 36/I. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenmiş bulunan "*adil yargılanma hakkı*"nın ihlali,

¹³⁸ Avukatlık mesleğinin kamu hizmeti niteliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Güner, s. 86-93; Sungurtekin Özkan, *Avukatlık Hukuku*, s. 3-9.

¹³⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 167.

¹⁴⁰ Adil yargılanma hakkı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, S., *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, B. 2, İstanbul 2005, s. 105-394.

¹⁴¹ HGK, 30.04.2009, 12-345/338 (Tutumlu, s. 127-132).

¹⁴² Usûl ekonomisi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, E., *Usûl Ekonomisi*, AÜHFD, 2008, C. 57, S. 1, s. 243-274.

¹⁴³ "...Yargılama aşaması bakımından, adil yargılanma hakkının bir görünümü olan çabuk, basit ve ucuz yargılanma hakkı ile bu ilkelerin yalnız taraflarla sınırlı olmadığı ve **kamusal boyutunun varlığı** da unutulmuştur." 4. HD, 06.11.2002, 7810/12411 (YKD 2003/4, s. 529-530).

hem temel hak olan “*hak arama özgürlüğü*”nün hem de aynı şekilde bir temel hak olan “*kişi özgürlüğü*”nün ihlali olarak kabul edilmektedir. Adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkından daha geniştir ve onu da içine alan bir haktır. Her ikisi de hukuk devletinin bir gereğidir ve her ikisinin temeli de insan onuruna dayanmaktadır. Adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkı, sadece belli bir yargılama usûlü için ya da yargılamanın belli bir kesiti için geçerli olan ilkeler değildir. Tüm yargılama usûllerinde ve yargılamanın her aşamasında uyulması gereken ilkelerdir. Bu bağlamda, gerek çekişmeli veya çekişmesiz yargı işlerinde gerekse bu yargılamalarla bağlantılı olan geçici hukuki korumalarda, icra takiplerinde, tahkim yargılamasında ve hatta hukuki uyuşmazlıkların yargılama dışında çözümünü öngören alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında,¹⁴⁴ çözüm yolu ve uyuşmazlığın niteliğiyle bağlantılı olarak adil yargılanma hakkına uygun davranılması gerekmektedir.¹⁴⁵

Avukatlığın niteliği ve amacı başlıklarını taşıyan Avukatlık Kanunu'nun 1. ve 2. maddeleri ile usûl ekonomisi ilkesini ortaya koyan düzenlemeler ve özellikle de adil yargılanma hakkı birlikte değerlendirildiğinde, bir uyuşmazlığın çözümü için tarafları ekonomik, sosyal ve psikolojik bakımdan yüksek maliyetli devlet mahkemelerine yönlendirmek yerine, toplumda anlaşma ve uzlaşmayı teşvik etmek ve uyuşmazlık çıktığında bunu en kısa sürede ve en uygun yolla çözmek, avukatlara yüklenmiş önemli bir görev olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun da ötesinde, usûl ekonomisi ilkesi ve adil yargılanma

¹⁴⁴ Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan “makul sürede yargılanma” ile kastedilenin usûl ekonomisi olduğu, usûl ekonomisi ilkesinin de ihlal edilen veya ihlal edilme tehlikesi bulunan objektif hukukun (hukuk düzenin) en az giderle, mümkün olan en kısa sürede ve en basit şekilde gerçekleştirilmesini ve gereksiz yere dava açılmasının önüne geçilmesini sağlamaya yönelik bir ilke olduğu ile ilgili bkz. Tanrıver, S., Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, *Makalelerim* (1985-2005), Ankara 2005, s. 218-219.

¹⁴⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 254-255, 261; “Adil yargılanma hakkı”nın, aslında sürekli olarak ulaşılmaya çalışılan yüksek bir yargısal ideal olduğu ve yargı sistemimizde mevcut olan adil yargılanma hakkına ilişkin her bir unsurun geliştirilmesi, işlerlik kazandırılması ve yargılamanın her aşamasında olduğu gibi her uyuşmazlık çözümünde de tekrar anlamlandırılması gerektiği ile ilgili bkz. Konuralp, H., Adil Yargılanma Hakkı Açısından Hukuk Usûlünde Çözüm Arayışları, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, 2005/14, İstanbul 2005, s. 78.

hakkı Anayasa'da ayrıca düzenlenmiş olduğu için, söz konusu hakların ihlali aslında Anayasanın ihlali sonucunu meydana getirecektir.

Tüm bu değerlendirmelerin yanında, devlet de “*adalete erişim*” kapsamında, hak arama konusundaki tüm yolları açık ve kullanılabilir hâle getirmeli, gerek kendi oluşturduğu yargı organları gerekse yargı dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kişilerin hizmetine sunmalı, bunların etkin bir şekilde kullanılabilmesi için gereken tedbirleri almalıdır.¹⁴⁶ Bu doğrultuda, Av. K. m. 35/A'ya işlerlik kazandırarak toplumda uzlaşmayı teşvik etmek isteyen ve bu yöndeki iradesini ortaya koyan avukatların birçok bakımdan elini kolunu bağlayan madde metninin ve ilgili yönetmelik hükümlerinin tekrar gözden geçirilmesi ve düzenlemesi gerekmektedir.

h. Bir Düzenleme Önerisi¹⁴⁷

Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi

Uygulama Alanı ve Başvuru

Madde 35/a - Avukatlar, dava açılmadan veya dava açılmış ise en geç ilk duruşmadan önce kendilerine intikal eden, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklardan kaynaklanan iş veya davalarda, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler.

Uzlaştırma Sürecinin Başlaması ve Sürelere Etkisi

Madde 35/b - Avukatların müvekkilleriyle birlikte, noter vasıtasıyla yapacağı davet ihbarının karşı tarafa tebliğinden itibaren geçirile-

¹⁴⁶ Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 47.

¹⁴⁷ Bu düzenleme önerisi, 24 Mayıs 2008 tarihli *Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'*nde yayımlanarak 13 Haziran 2008 tarihinde yürürlüğe giren, “Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (2008/52/EC)”, 14 Mayıs 2008 tarihinde Başbakanlığa sevk edilen “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı” ve karşılaştırmalı hukuktaki “arabuluculuk” ve “uzlaştırma” kurumları ile ilgili düzenlemeler dikkate alınarak hazırlanmıştır. Madde gerekçelerine burada yer verilmemiştir. Bu konuda hazırlanmış olduğumuz düzenleme önerisi, ilgili kurumlardan talep gelmesi hâlinde kendilerine iletilecektir.

cek bir aylık süre, bir defaya mahsus olmak üzere, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Karşı taraf bir aylık süre içinde olumlu cevap vermez ise, teklif reddedilmiş sayılır ve süreler işlemeye devam eder.

Uzlaştırma süreci, dava açılmadan önce uzlaştırmaya başvuru hâlinde, karşı tarafın bu davete avukatı ile birlikte icabet etmesi ve uzlaştırma sürecinin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanak ile belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açılmasından sonra uzlaştırmaya başvuru hâlinde ise, bu süreç, tarafların uzlaştırmaya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını avukatları ile birlikte ilk duruşmaya kadar mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da en geç ilk duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

Dava açıldıktan sonra, tarafların uzlaştırmaya başvurduklarını en geç ilk duruşmada avukatları ile birlikte beyan etmeleri hâlinde, yargılama mahkemece üç ay süre ile ertelenir. Bu süre, tarafların ve avukatların birlikte başvurusu üzerine üç ay daha uzatılabilir.

Uzlaştırma sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.

Uzlaştırma Faaliyetinin Yürütülmesi

Madde 35/c - Taraflar, uzlaştırma faaliyetine başvurmak, süreci devam ettirmek, süreçten vazgeçmek ve süreci sonuçlandırmak konusunda serbesttirler.

Uzlaştırıcı avukatlar, tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet ederler. Uzlaştırma faaliyeti, uyuşmazlık içindeki taraflar ve avukatları tarafından birlikte yürütülür. Taraflar tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler. Uzlaştırıcı avukatlar, tüm süreç boyunca taraflar arasındaki eşitliği gözetmekle yükümlüdürler.

Uzlaştırıcı avukatlar, tarafların her ikisiyle aynı anda veya durum gerektiriyorsa taraflardan her biri ile ayrı ayrı görüşebilir veya iletişim kurabilirler.

Aksi kararlaştırılmadıkça, taraflardan her biri ve uzlaştırmacı avukatlar uzlaştırma görüşmelerine bizzat katılırlar. Seçilen uzlaştırmacı avukatlar, tarafların anlaşmasıyla, sürecin her aşamasında bir başka uzlaştırmacı avukat ile değiştirilebilir.

Uzlaştırmacı avukatlar, uzlaştırma faaliyetinin başında, tarafları, uzlaştırmacının esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdürler.

Taraflar uzlaştırma usûlünü serbestçe kararlaştırabilirler. Uzlaştırma usûlü taraflarca kararlaştırılmamışsa, uzlaştırmacı avukatlar uyuşmazlığın niteliğini, tarafların taleplerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usûl ve esasları göz önüne alarak uzlaştırma faaliyetini yürütürler.

Dava açıldıktan sonra uzlaştırma yoluna başvurulmuş olması hâlinde, hâkim, hiçbir durumda davadan elini çekmiş olmaz ve her zaman gerekli olan geçici hukukî koruma tedbirlerini alabilir. Taraflar da her zaman geçici hukukî koruma tedbiri talep edebilir. Bu taleplerin yerine getirilmesi, uzlaştırma faaliyetinden vazgeçilmesi sonucunu doğurmaz. Hâkim, her zaman, taraflardan birinin veya uzlaştırmacı avukatların talebiyle ya da sürecin iyi işlemediğini gördüğü takdirde kendi inisiyatifiyle uzlaştırma faaliyetini sonlandırabilir.

Uzlaştırma Faaliyetinin Sona Ermesi ve Uzlaşma Sağlanması

Madde 35/ç - Uzlaştırma faaliyeti, tarafların anlaşmaya varması hâli hariç, dava açılmadan önce uzlaştırmaya başvuru hâlinde, taraflardan birinin uzlaştırma sürecinden çekildiğini diğer tarafa noter vasıtasıyla tebliğ etmesi ile ya da dava açıldıktan sonra uzlaştırma yoluna başvuru hâlinde, taraflardan birinin uzlaştırma sürecinden çekildiğini mahkemeye yazılı olarak beyan etmesi veya hâkimin kendi inisiyatifi ile sona erer.

Uzlaştırma faaliyeti sonunda, uzlaştırma görüşmelerinin hangi şekilde sonuçlandığı, uzlaştırmacı avukatlar tarafından düzenlenecek olan bir tutanak ile belgelendirilir. Uzlaştırma faaliyeti sonunda tarafların anlaşması hâlinde, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini ve karşılıklı yerine getirilmesi gereken edimleri içeren bir tutanak hazırlanır. Taraflar

ile uzlaştırıcı avukatlar tarafından birlikte imza altına alınan bu tutanak, 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesi anlamında ilâm niteliğinde belgedir.

Bilgi ve Belgelerin Kullanılmaması

Madde 35/d - Uzlaştırma faaliyeti sürecinde, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü ve sadece uzlaştırma faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda delil olarak ileri sürülemez ve mahkeme dışı ikrar olarak değerlendirilemez, delil olarak sunulmuş olsalar dahi hükme esas alınamaz.

Bu bilgilerin açıklanması, mahkeme, hakem veya herhangi bir idarî makam tarafından istenemez. Ancak, söz konusu bilgiler, bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya uzlaştırma süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.

Belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası veya tahkimde ileri sürülen caiz deliller, sadece uzlaştırma sürecinde sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller hâline gelmez.

Gizlilik ve Gizliliğin İhlâli

Madde 35/e - Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, uzlaştırıcı avukatlar, uzlaştırma faaliyeti çerçevesinde kendilerine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettikleri bilgi ve belgeler ile tuttıkları kayıtları gizli tutmakla yükümlüdürler. Aksi kararlaştırılmadıkça, taraflar ve herhangi bir şekilde uzlaştırma sürecine dahil olan 3. kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.

Söz konusu yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır.

Yönetmelik

Madde 35/f - Uzlaştırma faaliyetinin genel nitelikleri, uzlaştırma faaliyetinin yürütülmesi hakkında genel ilkeler, uzlaştırıcı avukatların sahip olması gereken özellikler, uzlaştırıcı avukatların uzlaştırma sürecindeki yetkileri, uzlaştırıcı avukatların almaları gereken eğitimlerin nitelikleri ve standartları, uzlaştırma faaliyetinin düzenli ve verimli olarak yürütülmesini sağlamak için alınması gereken tedbirler ve diğer hususlar Türkiye Barolar Birliği tarafından çıkarılacak bir yönetmelikte düzenlenir.¹⁴⁸

SONUÇ

Bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, en ideal olan, tarafların karşılıklı olarak görüşmeleri ve anlaşarak uyuşmazlığı sonlandırma- larıdır. Ancak, bu durumun her zaman gerçekleşebileceğini beklemek iyimser bir yaklaşım olur. Zira aralarında uyuşmazlık bulunan tarafların doğrudan bir araya gelmesi ve görüşmeler sırasında masada kalmayı becerebilmeleri, çoğu zaman ve daha çok psikolojik nedenlerle oldukça zordur. Taraflar eğer yargılama yapılarak uyuşmazlığın çözümü yoluna gitmek isterlerse, ya devlet yargısını ya da tahkim yolunu tercih edeceklerdir. Her iki yolda da yargılama yapılacak, yargılama başladıktan sonra tarafların rolü ve etkinliği azalacaktır. Bu durumda, taraflar çoğu kez gerçek ilgilerinden, yararlarından uzaklaşacaklar ve aralarındaki uyuşmazlık daha da derinleşecektir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde ise, uyuşmazlığı yaratan taraflar, yine kendi kendilerine uyuşmazlığı sonlandırabilmekte ve çözüme katkı sağlayabilmektedirler. Bu bağlamda, arabuluculuk yönteminde, doğrudan görüşmelerin taraflar üzerinde yarattığı olumlu sonuçlar ile tarafların çözüm sürecinde daha etkin olabilmesinin getirdiği olumlu sonuçlar bir potada eritilmektedir. Taraflar, bir üçüncü kişinin yardımıyla; ancak, yine kendi inisiyatifleri ile aralarındaki uyuşmazlığı çözebilmektedirler.

¹⁴⁸ Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin "Uzlaşma Müzakereleri" başlıklı 16. maddesi ile "Uzlaşma Tutanağının Şekli" başlıklı 17. maddesinde yapmış olduğumuz değişikliklere burada yer verilmemiştir. Bu konuda hazırlamış olduğumuz düzenleme önerisi, ilgili kurumlardan talep gelmesi hâlinde kendilerine iletilecektir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü, mümkün olduğu kadar, mücadelecı ve çatışmacı yöntemler yerine, barışçı ve uzlaşmacı yöntemlerle sağlanırsa, hem bireysel hem de toplumsal kazanımlar daha fazla olacaktır. Bunun için de toplumdaki sosyal anlayışın, eğitim sürecinin ve kültürel alt yapının buna uygun hale getirilmesi ve bu doğrultuda çalışmalar yapılması gerekmektedir. Söz konusu yöntemlere başvurulmasının getireceği yararlar, çeşitli propaganda araçları ile topluma anlatılmalı (örneğin, su sorunununda, aile planlaması konusunda ve AIDS konusunda olduğu gibi) ve toplumda bir uzlaşma bilinci oluşturulmaya çalışılmalıdır.

Yargının iş yükünün oldukça fazla olduğu ülkemiz bakımından da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının değerlendirilmesi ve uygulama alanı bulması yerinde olacaktır. Söz konusu yöntemler ile çözüm bulabilecek uyuşmazlıklar tespit edilir ve bu yöntemler kullanılarak çözüme kavuşturulabilirse, hem yargının iş yükü azalacak hem de sosyal barış korunmuş olacaktır.

Av. K. m. 35/A ile getirilen düzenlemeyle, mahkemelerin iş yükünün azaltılması amaçlanmaktadır. Buna göre, dava açılmadan evvel veya dava açılmakla beraber duruşmaya başlanmadan önce avukatlar, kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucunu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Taraflar ve vekillerinin hazır bulunmaları hâlinde, düzenlenecek olan uzlaşma metni, İİK m. 38'de ifade edilen ilâm niteliğinde belge olacaktır.

Uzlaştırma faaliyeti ile avukatlar, sadece mahkemede iddia ve savunmada bulunan kişiler değil, aynı zamanda taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunan kişiler olarak da yetkilendirilmişlerdir. Söz konusu düzenleme, birtakım eksikliklerine rağmen, aynı zamanda uyuşmazlıkların çözümü konusunda önemli bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu yöntemle, taraflar arasındaki uyuşmazlıklar, mahkemede dava açılmadan veya dava açılmış olsa bile henüz duruşma aşamasına geçilmeden önce tarafların uzlaşması ile çözülebilmektedir.

Bununla birlikte, m. 35/A kapsamındaki uzlaştırma faaliyeti uygulamada çok fazla rağbet görmemiştir. Bu durum, tarafların ve özellikle de avukatların bu konuda çok istekli olmaması, yeteri kadar bil-

gilendirilmemiş olmaları ve toplumumuzda uzlaşma kültürünün derin yaralar almış olması gibi birtakım nedenlere dayanmakla birlikte; madde metni hazırlanırken yeterli özen ve dikkatin gösterilmemiş olması da kurumun istenen yoğunlukta işlerlik kazanamaması konusunda önemli bir neden teşkil etmektedir.

Uzlaştırma sürecinin desteklenmesi için, maddî hukuktaki sürelerle ilişkin bir düzenleme yapılması gereklidir. Bu amaçla, uzlaştırma sürecinin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı kabul edilmelidir.

Uzlaştırma faaliyeti sırasında tarafların ve uzlaştırıcı avukatların edindiği bilgiler gizli tutulmalıdır. Uzlaştırma faaliyeti sırasında taraflarca ileri sürülen beyanlara ve sadece uzlaştırma faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgelere diğer yargı mercileri önünde, örneğin mahkemelerde veya tahkimde dayanılamamalı ve bu doğrultuda gereken yasal düzenleme yapılarak, aksi davranışların ne gibi yaptırımlarla karşılaşacağı madde metninde açıkça düzenlenmelidir.

Bu değerlendirmeler doğrultusunda Av. K. m. 35/A tekrar yapılandırılırken de söz konusu düzenlemenin, ne yargı sistemimizin ne de avukatlık mesleğinin genel sorunlarına çözüm olabilecek sihirli bir değnek olmadığı unutulmamalı ve “uzlaştırma kurumu”na gerekenden fazla sorumluluk yüklenilmemelidir. Zira yargı sistemimizin ve avukatlık mesleğinin sorunları, böylesine basit bir yöntemle işlerlik kazandırılması ile çözülebilecek nitelikte ve nicelikte değildir.

Uzlaştırma faaliyetinin başarı ile sonuçlanabilmesi ve bu çözüm yoluna güven duyulabilmesi için, uzlaştırıcının, kural olarak, bağımsız, tarafsız ve bu konuda uzmanlık eğitimi almış bir kişi olması gerekir. Bu doğrultuda, bu yetki ve görev kendisine verilmiş olan avukatlar, çeşitli kurslara ve programlara katılarak, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, müzakere ve uzlaştırma teknikleri konusunda kendilerini geliştirmelidirler.

Uyuşmazlıkların uzlaştırma yoluyla çözümü, ancak zaman içinde genel kabul gören bir alternatif uyuşmazlık çözümü hâline gelebilecektir. Bu sebeple, öncelikle uyuşmazlıkların uzlaştırma yöntemiyle çözüm yolunun topluma ve avukatlara tanıtılması ve olumlu yönlerinin anlatılması gerekecektir. Bunun, Türkiye Barolar Birliği bünyesinde

de kurulacak bir Uzlaştırma Komisyonu tarafından yerine getirilmesi doğru olacaktır. Komisyonun, bu doğrultuda, bölgesel ve il bazında toplantılar yapması, uygulamayı izlemesi, gerekli yasal değişiklikleri önermesi, anket ve istatistik çalışması yapması, bu açıdan son derece önemli sonuçlar doğuracaktır.

KAYNAKLAR

- Akıncı, Z., Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, *BATİDER*, 1996, C. 18, S. 4, s. 93-109.
- Bıçkın, İ., Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, *HPD (Hukuki Perspektifler Dergisi)*, 2006, S. 7, s. 34-39.
- Ceylan, Ş. S., *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, İstanbul 2009.
- Güner, S., *Avukatlık Hukuku*, B. 3, Ankara 2007.
- Ildır, G., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2003.
- Ildır, G., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Ankara 2005, s. 385-401 (Ildır, *Hak Arama Özgürlüğü*).
- İnceoğlu, S., *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, B. 2, İstanbul 2005.
- Kaymaz, S. / Gökcan, H. T., *Uzlaşma ve Önödeme*, Ankara 2007.
- Konuralp, H., Adil Yargılanma Hakkı Açısından Hukuk Usûlünde Çözüm Arayışları, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, 2005/14, İstanbul 2005, s. 65-79.
- Küçükgüngör, E., Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği, *AÜHFD*, 2001, C. 50, S. 2, s. 137-146.
- Küçükgüngör, E., Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri, *BATİDER*, 2004, C. 22, S. 4, s. 47-76.
- Önen, E., *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara 1972.
- Özbay, İ., Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği, *EHFD*, 2004, C. 8, S. 3-4, s.387-418.
- Özbek, M., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, B. 2, Ankara 2009.
- Özbek, M., Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk, *ABD*, 2001/3, s. 113-139 (Özbek, m. 35/A).
- Özekes, M., *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara 2003.
- Özekes, M., Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Dü-

- zenleme Önerisi, *HPD*, 2006, S. 7, s. 40-45 (Özekes, *Arabuluculuk*).
- Pekcanitez, H., Aktif Eğitim veya Probleme Dayalı Öğrenim, TBB Uluslararası Toplantı, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi*, Ankara 2003, s. 109-118.
- Pekcanitez, H., Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, *HPD*, 2005, s. 5, s. 12-16.
- Pekcanitez, H. / Atalay, O. / Özekes, M., *Medenî Usûl Hukuku*, B. 6, Ankara 2007.
- Pekcanitez, H. / Atalay, O. / Sungurtekin Özkan M. / Özekes, M., *İcra ve İflâs Hukuku*, B. 4, Ankara 2006.
- Subaşı, İ., Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk, *Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. 2, İstanbul 2003, s. 743-833.
- Sungurtekin Özkan, M., Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, *MİHDER*, 2005/2, s. 353-369.
- Sungurtekin Özkan, M., *Avukatlık Hukuku*, İzmir 2006 (Sungurtekin Özkan, *Avukatlık Hukuku*).
- Tanrıver, S., Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, *Makalelerim* (1985-2005), Ankara 2005, s. 103-123.
- Tanrıver, S., Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılama Hakkı, *Makalelerim* (1985-2005), Ankara 2005, s. 211-236.
- Tanrıver, S., Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, *Makalelerim* (1985-2005), Ankara 2005, s. 35-52 (Tanrıver, *Sulh*).
- Tanrıver, S., Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, *Makalelerim* (2006), Ankara 2007, s. 1-25.
- Tutumlu, M. A., *Medeni Usul Hukuku Sorunları*, Ankara 2009.
- Ulukapı, Ö., Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 4667 Sayılı Kanunla Getirilen "İlam Niteliğinde Belge" Üzerine İnceleme, *Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan*, İstanbul 2003, s. 447-460.
- Yıldırım, M. K., İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, *Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan*, İstanbul 2007, s. 337-360.
- Yılmaz, E., Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2005, s. 843-856.
- Yılmaz, E., Usûl Ekonomisi, *AÜHFD*, 2008, C. 57, S. 1, s. 243-274

İSİM VE SOYİSİM HAKKININ AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA KORUNMASI

PROTECTION OF RIGHT TO A NAME AND A SURNAME UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Ümit KILINÇ*

Özeti: İsim ve soyisim, İnsan Haklar Avrupa Sözleşmesi ile korunan haklar kategorisine nasıl girmiştir? Özellikle, İnsan Hakları Mahkemesi, isim ve soyismin korunmasına ne kadar önem vermektedir? Strasbourg Hakimi'nin bu ikinci soruya vereceği iki cevap makalenin her iki başlığını oluşturmaktadır. Gerçekten de, birinci bölümde, isim ve soyisim hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi ile güvence altına alınan özel ve aile yaşamının bir parçası olarak ele alınmaktadır. Bu bölüm altında, ismi muhavaza etme ve özgürce seçebilme hakları İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları ışığında ve Türk ve Fransız hukukuyla karşılaştırmalı bir şekilde incelenmektedir. İsim ve soyismin korunmasının 14. madde anlamında ayrımcılık yasağının bir parçası olması ise ikinci bölümün konusunu oluşturmaktadır. Bu bölümde, isim ve soyisim konusunda devletlerin pozitif yükümlülükleri ve geniş kabul edilebilecek taktir yetkileri incelenmektedir. Sonuç olarak, İnsan Hakları Mahkeme'sinin olumlu birçok kararına ve Avrupa Konseyi'nin organlarının çabalarına rağmen, ismin seçimi ve çocuklara geçmesi konusunda cinsiyete dayalı ayrımcılık hala, Türkiye dahil, birçok üye ülkenin pratiğinde ve mevzuatında bulunmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, isim, soyisim, ayrımcılık, özel yaşam, pozitif yükümlülük ve taktir yetkisi.

Abstract: How were “name” and “surname” included in the category of rights guaranteed by the Convention? What is the importance given by the European Court of Human Rights to the protection of the name and the surname? The Strasbourg Court has two answers to this second question which constitute the titles of the two parts of the article. Indeed, in the first part, the right to a name

* Dr., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde hukukçu.

and a surname is examined as a constituent of the right to private and family life guaranteed under Article 8 of the Convention. In the context of this part, the right to preserve the name and the right to choose a name are analysed in the light of the Court's jurisprudence and in comparison with the relevant provisions of the French and Turkish domestic laws. The second part of the article concerns the protection of the respect for name and surname as one of the key components of the principal of non-discrimination within the meaning of Article 14 of the Convention. In the context of this part, positive obligation of the States and their margin of appreciation in this domain are examined. The article concludes that despite the existence of a number of constructive judgments of the Court and the efforts of the other organs of the Council of Europe, discrimination on the basis of sex in relation to the choice of name and parents' transmitting of their surname to their children still exist in a number of European States' legislations, including Turkey.

Keywords: European Court of Human Rights, name, surname, discrimination, private life, positive obligation and margin of appreciation.

Bazı uluslararası belgelerden farklı olarak,¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) metninde isim ve soyisim hakkı ve bunun korunması ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum o dönemde, Sözleşme'yi kaleme alanların bu hakkı ulusal otoritelerin takdirine bırakmak istemelerinden kaynaklanmaktadır. Ancak, yazılı olarak zikredilmemiş olması, isim² hakkının Sözleşme ile korunmadığı anlamına gelmemektedir. Tam tersine günümüzde, isim ve soyisim ulusal hukukun bir sorunu olmaktan çıkarak uluslararası hukukun bir parçası haline gelmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahke-

¹ Birleşmiş Milletler Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 24 § 2 maddesi her çocuğun doğumdan sonra isim alma hakkı olduğunu belirtmektedir. Ayrıca, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 7 § 1 maddesine göre çocuğun "*doğumdan (...) itibaren bir [soy]isim hakkına, (...) sahip*" olması gerektiğini ifade etmektedir. Aynı Sözleşmenin 8. maddesi, taraf devletlere çocuğun isim ve soyisim hakkına saygı gösterme ve bu konuda yasaya aykırı olan herhangi bir müdahaleden kaçınma yükümlülüğü yüklemektedir. Son olarak ve daha da önemlisi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde isim hakkı başlı başına bir maddede düzenlenmiştir. Gerçekten de, Sözleşme'nin 18. maddesine göre herkesin bir isim ve/veya soyisim hakkı olduğu belirtilmiştir.

² Bu çalışmada, isim kavramı geniş anlamıyla, soyismi de kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

me) isim ve soyisim hakkını zengin içtihatlarıyla Sözleşme ile korunan haklar kategorisi içerisine sokmuştur.

Kamu hukuku ve özel hukuk arasında yer edinen isim, hukuksal bir kurum olarak kabul edilmektedir. Çok sayıda faydayı korumaktadır: Bir taraftan bireyi veya birey gruplarını diğerlerinden ayıran özelliği sayesinde sosyal bir faydayı korur, diğer taraftan bağlı bulunulan soyu gösterdiği için ailesel bir faydayı korumaktadır. Bunların yanında, bireysel bir faydayı da korumaktadır, çünkü isim ve soyisim bireyin kimliğinin işaret noktası olarak kabul edilmektedir.³ Bireyde bir aidiyet ve saygı duygusu uyandırır.⁴

Dolayısıyla isim, hukukun bir bireyi diğerlerinden ayırmak için gözönünde bulundurduğu unsurlardan biri olmanın yanında, resmi kayıtlara yazılan ve bireyin kimliğinin kanıtı olan temel bir öğedir. Kaldı ki, Sözleşme organları, ismi, “kimliği belirlemede ve aile bağı oluşturmada bir araç”⁵ olarak kabul etmektedir. Ayrıca isim, şahsın kişiliğinin gelişimine ve ilerlemesine katkı sunmakta ve “insanlar arasındaki iletişimi kolaylaştırmaktadır, çünkü isim sayesinde tanımlanabilirler”.⁶ İnsan Hakları Mahkemesi bu konuda vermiş olduğu kararlarda “patronyme” ifadesini kullanarak ismi çok geniş yorumlamaktadır.⁷ Bu kavram sadece ismi değil aynı zamanda soyismi, takma ismi ve göbek ismini de içermektedir. Ayrıca isim hakkı sadece gerçek kişilere ait bir hak değil, tüzel kişiler de aynı şekilde bu haktan faydalanırlar.

Mahkeme önünde ortaya çıkan sorunların başında, Avrupa Hakimî'nin isim ve soyisim hakkına ne kadar önem verdiği gelmek-

³ Pascaline Georin, “La liberté de choix du nom de famille de deux époux”, *RTDH (Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme)*, 1995, s. 57.

⁴ Frédérique Granet-Lambrechts, “Le droit à l'identité”, in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Haz. Frédéric Sudre, Bruylant, Bruxelles, 2005, s. 193.

⁵ AİHK (Avrupa İnsan Hakları Komisyonu), *Georg Rogl/Allemagne*, 20 Mayıs 1996 tarihli kabuledilebilirlik kararı, no : 28319/95 ; AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi), *Burghartz/İsviçre*, 22 Şubat 1994 tarihli kararı, no: 16213/90, § 24 ; AİHM, *Stjerna/Finlandiya*, 25 Kasım 1994 tarihli kararı, no: 18131/91, § 39. Bu çalışmada, İnsan Hakları Komisyonu ve İnsan Hakları Mahkemesi'nin tüm kararları, Mahkeme'nin resmi İnternet sitesinden (www.echr.coe.int) faydalanılarak bulunmuştur.

⁶ Patrice Hilt, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 2004, s. 204.

⁷ Örnek olarak, bkz. AİHM, *Stjerna/Finlandiya*, a. g. k., §§ 38-45.

tedir. Avrupa Hakimi bu hakkı sadece özel ve aile yaşamının değil, aynı zamanda ayrımcılık yasağının bir parçası olarak görmektedir. Bu nedenle, birinci bölümde isim hakkının Sözleşme'nin 8. maddesiyle korunması durumu incelenecek(I), ikinci bölümde ise bu hakkın ayrımcılığı yasaklayan 14. madde anlamında nasıl korunduğu üzerinde durulacaktır(II).

I. BÖLÜM: AİLE VE ÖZEL HAYATIN KORUNMASI HAKKININ PARÇASI OLARAK İSİM VE SOYİSİM

Özel yaşam kavramının geniş yorumuyla, Avrupa Hakimi, ismin Sözleşme'nin 8. maddesindeki korumadan faydalandığı sonucuna varmıştır. Sözleşme'yi kaleme alanların bu hakkı açıkça belirtmelerine rağmen, bu sonuca varılması, Mahkeme'nin Sözleşme'yi yorumlama yetkisini aşması anlamına gelip gelmeyeceği sorusu akla gelebilir. Bu konuda, Mahkeme 8. maddenin ismi ve soyismi bireyin şahsi kimliğini koruduğunu çünkü "*kişinin ismi [ve soyismi], başkalarıyla ilişki kurma hakkını da kapsayan özel ve aile hayatının*"⁸ bir parçası olduğunu ifade etmiştir. Bunun yanında Mahkeme, Sözleşme'nin gelişmeye açık ve dinamik karakterinin (*caractère évolutif et dynamique de la Convention*)⁹ kendisine, isim hakkında olduğu gibi, Sözleşme'nin yazılı metninde olmayan ama toplumun gelişimi ve ihtiyaçları doğrultusunda ortaya çıkan bazı hakları tanıma yetkisi verdiğini söylemektedir. Kaldı ki, "*Sözleşme, günün koşullarına uygun olarak yorumlanması gereken bir belgedir*".¹⁰ Ayrıca, Sözleşme'nin Giriş bölümünde ifade edilen "*Evrensel Bildiri'de yer alan bazı haklar*" ve "*ilk adımlar*" gibi kavramları da, Sözleşme'yi kaleme alanların tam ve eksiksiz bir hak ve özgürlükler demeti sunma iradelerinin olmadığını göstermektedir. Bu durum, Mahkeme'yi Sözleşme ile isim hakkı arasında bir ilişki kurmaya götürmüştür.

Eski Komisyon, 8. madde anlamında özel ve aile yaşamına saygı hakkının, "*herkesin kendi kişisel gelişimini özgürce yapabilmesi ve tamam-*

⁸ AİHM, Burghartz/İsviçre, a. g. k., § 24.

⁹ AİHM, Mazurek/Fransa, 1 Şubat 2000 tarihli kararı, no: 34406/97, § 30.

¹⁰ AİHM, Tyrer/Birleşik Krallık, 25 Nisan 1978 tarihli kararı, no: 5856/72, § 31.

layabilmesi için gerekli olan alanı koruduğunu” belirtmektedir. Bu madde, “kendi gelişimini yapma ve tamamlama hakkı zorunlu olarak kimlik hakkını (le droit à l’identité) da kapsar ve dolayısıyla isim hakkını da”.¹¹ Mahkeme’ye gelince, isim ve soyisim hakkının 8. maddenin koruması altına girdiğini, çünkü başkalarıyla ilişkiye geçmede ve varolan bir ilişkiyi korumada büyük bir rol oynadığını belirtmektedir. Gerçekten de, Niemietz kararında Mahkeme, ismin, “mesleki yaşamın yanı sıra, insanlarla sosyal, kültürel ve diğer türden ilişkiler kurma ve geliştirme becerisi açısından özel ve aile yaşamlarında da kişiyi tanımladığını[n]”¹² altını çizmektedir.¹³

Anlaşılacağı üzere, Mahkeme isim kavramının hukuksal statüsünü kabul etmektedir. Sözleşme’nin 8. maddesi bağlamında, iki unsurun korumaya değer olduğu sonucuna varmaktadır.¹⁴ Bunlardan birincisi, varolan ismin muhafaza edilmesi hakkı (A) ikincisi ise özgürce isim seçme hakkı (B).

A. Varolan İsim ve Soyismin Korunması Hakkı

İsmin muhafaza edilmesi hakkı iki durumda ortaya çıkmaktadır. Birincisi, ulusal otoritelerin bireylere daha önce varolan ismin muhafaza edilmemesi için yaptığı müdahaleler, ikincisi ise bu otoritelerin bi-

¹¹ AİHK, Burghartz/İsviçre, 21 Ekim 1992 tarihli raporu, no: 16213/90, § 47 ve AİHK, Stjerna/Finlandiya, 8 Temmuz 1993 tarihli raporu, no: 18131/91, § 56.

¹² AİHM, Niemietz/Almanya, 16 Aralık 1992 tarihli kararı, no: 13710/88, § 29.

¹³ İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına paralel olarak, Alman Anayasa Mahkemesi, evlilik soyadı ile ilgili hükümlerin Anayasa’ya aykırılığıyla ilgili olarak yapılan bir başvuruda, ismin korunmasının kişilik haklarının bir parçası olduğunu ifade etmiştir (Françoise Furkel, “L’arrêt de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe du 8 mars 1988 et la constitutionnalité des dispositions allemandes sur le nom conjugal”, *Revue internationale de droit comparé*, 1988, s. 856). Bununla birlikte, Avrupa Birliği Adalet Divanı, 30 Mart 1993 tarihli kararında, soyismin birlik hukuku tarafından koruma altına alındığına karar vermiştir (ABAD (Avrupa Birliği Adalet Divanı), *Konstantinidis*, 30 Mart 1993 tarihli kararı, no: C-168/91). Daha yakın bir tarihte, Luxembourg Mahkemesi benzer bir sonuca 2 Ekim 2003 tarihindeki kararında varmıştır (Mathias Audit, “Principe de non-discrimination et transmission du nom de famille en Europe”, note sous l’arrêt Garcia Avello du 2 octobre 2003, *Recueil Dalloz*, 2004, no: 21, s. 1976-1979). İsmin Avrupa Birliği mevzuatında korunması konusunda daha geniş bilgi için bkz., Jean François Flauss, “La protection de l’intégrité du nom par le droit communautaire”, obs. sous l’arrêt de la CJCE du 30 mars 1993, *Konstantinidis*, *RTDH*, 1994, s. 454-469.

¹⁴ Patrice Hilt, *a. g. e.*, s. 205.

reylere yeni bir isim almayı empoze etmesi durumudur. Bu her iki durum da Sözleşme'nin 8. madde anlamında Strasbourg'ta sorunlar çıkarabiliyor.

Birinci durum için en iyi örnek, Burghartz / İsviçre kararıdır. Bu davada, İsviçreli olan başvuru Schnyder, Almanya'da, Alman ve aynı zamanda İsviçre vatandaşı olan Burghartz isimli bir şahıs ile evlenir. Alman yasalarına göre, eşler kadının soyadı olan "*Burghartz*"ı ortak soyisim olarak alırlar. Erkek eş, buna kendi soyismini de ekleyerek "*Schnyder Burghartz*" olarak anılmak ister. Ancak, İsviçre otoritelerinin eşlere ortak isim olarak "*Schnyder*"i kayda geçirmeleri üzerine, başvurucular ailenin ortak ismi olarak "*Burghartz*"ın, erkek eşin isminin de "*Schnyder Burghartz*" olarak kabul edilmesini talep ederler. İsviçre Federal Mahkemesi, ailenin ortak ismi olarak "*Burghartz*"ı kabul eder, ancak erkek eş için "*Schnyder Burghartz*" soyismini alma talebini, İsviçre kanunlarının sadece bayan eşlerin kendi soyisimleriyle birlikte erkek eşin soyismini alabildikleri gerekçesiyle reddeder.

İnsan Hakları Komisyonu, 19 Şubat 1992 tarihli kararıyla başvurunun kabuledilebilirliğine¹⁵ ve 21 Ekim 1992 tarihli raporuyla da Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte 14. maddesinin ihlal edildiğine karar verir.¹⁶ Mahkeme önünde ise, bu davada "*Auropa Hakimi*"nin çözmeye çalıştığı sorunların başında, Sözleşme'nin 8. maddesinin ismin korunması hakkına uygulanıp uygulanmadığı sorunudur. Bu konuda, Mahkeme, akademik çevrede bu isimle tanınan başvuruçunun soyismini muhafaza edememesini kendi kariyerini etkileyebileceğini gözönünde bulundurarak 8. maddenin uygulanması gerektiği sonucuna varır. Sonuç olarak, Sözleşme'ye uygunluk denetiminden sonra, Mahkeme, Komisyon'un görüşü doğrultusunda, 6 ya karşı 3 oyla 8. maddenin ve 5'e karşı 4 oyla da 14 maddenin ihlal edildiğine karar verir. Strasbourg Hakimi'ne göre başvuruçunun isminin korunması hakkına yapılan müdahalenin demokratik toplumda zorunlu olmadığına ve bu konuda kendisine yapılan farklı muamelenin haklı olmadığına karar verir.

¹⁵ AİHK, Burghartz/İsviçre, 19 Şubat 1992 tarihli kabuledilebilirlik kararı, no: 16213/90.

¹⁶ AİHK, Burghartz/İsviçre, a. g. r., §§ 69-71.

Fransız öğretisi, bu kararın Daire tarafından ve az bir çoğunlukla verilmesinin üzüntü verici olduğunu ifade etmektedir.¹⁷ Her ne kadar bu karar Büyük Daire tarafından oybirliğiyle verilmemiş ise de, 8. maddenin uygulama alanını genişlettiği için çok önemlidir.¹⁸ Mahkeme bu kararda, üç öneride bulunmaktadır: birincisi eşlerin soyisimlerinin korunması gerektiği; ikincisi eşler için ortak bir soyisim seçiminin önemi ve son olarak da, seçilen soyismin eşlerin kendi soyisimlerinden oluşması. Kaldı ki, 27 Eylül 1978 tarihli, özel hukukta cinsiyet ayrımcılığına karşı yasal korumayla ilgili Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (78) 37F sayılı tavsiye kararında¹⁹ bu üç öneri dile getirilmiştir. Ancak, soyismin eşlerin kendi soyisimlerinden oluşması durumunda hangi soyismin önce geleceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Kadının soyadı mı, yoksa erkeğin mi? Bir de ortak çocuklara hangi ismin verilmesi gerektiği sorusu akla gelmektedir. Hangi ismin önce geleceği konusunda, eşlerin ortak bir soyisim konusunda anlaşmaya varmaları sorunu çözer. Anlaşmazlık durumunda, bu sorun alfabetik sıraya göre önce olan ismin önce geleceğine karar verilebilir. Bu duruma göre eşler arasında seçilen soyismin çocuklara geçeceği kabul edilebilir.

İsmin muhafaza edilmesi konusunda ikinci bir durum, yukarıda belirtildiği gibi, ulusal otoritelerin bireylere kendilerinkinden başka bir isim veya soyismi almayı empoze etmesidir. Bu konuda, Türk hukukunu da ilgilendirmesi bakımından, *Ünal Tekeli / Türkiye*²⁰ kararı çok ilginçtir. Başvurucu, stajyer bir avukat iken evlendikten sonra,

¹⁷ Emmanuel Decaux & Paul Tavernier, "Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *Journal du Droit International*, 1995, s. 749.

¹⁸ Bu kararda azınlıkta kalan Hakimler çoğunluğun görüşünü eleştirmektedirler. Karşı oy yazılarında, çoğunluğun çok az rastlanan bir durum olan söz konusu kararda, özgürce isim seçme hakkını 8. maddenin koruma kapsamına almalarının ve ulusal makamlarının bunu reddetmesinin ayrımcılık olduğuna karar vermelerinin "aşırı" bir yorum olduğunu ifade etmişlerdir. Ayrıca, varılan sonuç, Mahkeme'yi altından kalkılamaz hale getirecek birçok başvuruya yol açacağını iddia etmektedirler. (Bkz. Hakimler Pettiti ve Valticos'un *Burghartz/İsviçre* kararındaki karşı oy yazıları).

¹⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Özel Hukukta Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Yasal Korumayla ilgili 27 Eylül 1978 tarihli (78) 37F sayılı Tavsiye Kararı (Bu çalışmada, Avrupa Konseyi'nin İnsan Hakları Mahkemesi dışındaki organlarına ait tüm belgeler, Konsey'in resmi İnternet adresinden (www.coe.int) faydalanılarak bulunmuştur).

²⁰ AİHM, *Ünal Tekeli/Türkiye*, 16 Kasım 2004 tarihli kararı, no: 29865/96.

eski Medeni Kanun'un 153. maddesine dayanarak soyadını değiştirmek zorunda kalmasından ve bu durumun sonraki mesleki yaşantısını olumsuz etkilemesinden şikayet etmektedir. Ayrıca, başvuru, Türkiye'de evli kadınların evlendikten sonra kızlık soyadlarını yalnız, yani erkeğin soyadını almadan, kullanamadıklarını, buna karşın evli erkeklerin evlenmeden önceki soyadlarını kullanabildiklerini ve bu durumun, 14. madde anlamında cinsiyete dayalı bir ayrımcılık teşkil ettiğini öne sürmüştür. Mahkeme, *Burghartz* kararına atıfta bulunarak, ulusal makamların şahısları yeni bir isim almaya zorlayamayacağını belirtmiş ve bu nedenle 8. ve 14. maddenin Türkiye tarafından ihlal edildiği sonucuna varmıştır.²¹

Burghartz ve *Ünal Tekeli* kararlarından şu sonucu çıkarabiliriz: bireylere daha önce varolan isim ve soyisimlerini korumayı yasaklayan ve onlara yeni isim veya soyisim almayı empoze eden iç hukukun yasal düzenlemeleri Sözleşme ile uyumlu değildir.²² Mahkeme, bu durumu *Daróczy / Macaristan* kararında açıkça ifade etmiştir: “herhangi bir haklı neden olmadan, bir şahsı bir ismi almaya veya bir ismi değiştirme-

²¹ Hatırlanacağı üzere, Medeni Kanun'un 153. maddesinin Anayasa'da belirtilen eşitlik ilkesine aykırı olduğu savıyla, Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi, konuyu Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirmiştir. Yüksek Mahkeme, 29 Eylül 1998 tarihli oyçokluğuyla almış olduğu kararda, Medeni Kanunun bu hükmünün Anayasa'nın 10. 12 ve 17. maddelerine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Bu kararda, muhalif kalan dönemin Anayasa Mahkemesi Başkanı ve iki üyesinin karşı oy yazıları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Ünal Tekeli/Türkiye* kararında belirtilen gerekçelere yakınlığı dikkat çekmektedir (E. 1997/61, K. 1998/59, 29 Eylül 1998 tarihli kararı, RG, 15.11.2002, S.24937). Türk doktrini, aynı konunun şu anda Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi durumunda sonucun tamamen farklı olacağını düşünmektedir, çünkü o dönemde Anayasa'nın 10. maddesinde kadın ve erkek eşitliğini güvence altına alan bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak, 5170 sayılı Kanun'la eşler arasındaki eşitlik Anayasa'nın bu hükmüne eklenmiştir (Nuray Ekşi, *Vatandaşlık Hukukumuzda Türkçe Olmayan Ad ve Soyadı Meselesi*, Beta, İstanbul 2008, s. 48 ve 49). Bunun yanında, o dönemde İnsan Hakları Mahkemesi *Ünal Tekeli* davasını daha karara bağlamamıştı. Anayasa Mahkemesi söz konusu hükmün önüne yeniden gelmesi durumunda, Strasbourg Mahkemesi'nin bu kararını gözönünde bulunduracağı konusunda şüphe yoktur.

²² İsviçre Medeni Kanunu'nun 160. maddesi 1 Temmuz 1994 tarihinde değiştirilmiş ve İsviçre iç hukuku bu konuda Sözleşme ile uyumlu hale getirilmiştir (Partice Hilt, *a. g. e.*, s. 206).

ye mecbur kılmak bireyin kişisel gelişimini ve kişiliğini koruyan 8. maddenin amacına uygun değildir".²³

Ünal Tekeli davasında Mahkeme'nin vardığı sonuç önceden öngörülüyordu, çünkü Türk hukuku açıkça kadına, erkekten farklı olarak, evlilikten sonra kocanın soyadını almaya mecbur kılıyordu. Ayrıca, 14. madde anlamında, kadın ile erkek arasında objektif olmayan bu ayrımı haklı gösterecek hiçbir neden bulunmamaktaydı.²⁴ Bu davada, Mahkeme "geleneksel kocanın soyadına dayalı aile ismi sisteminden, evli çiftlerin kendi soyadlarını kullanabilmelerine ya da özgürce ortak bir aile ismi seçmelerine izin veren başka bir sisteme geçişin doğum, evlilik ve ölüm kayıtlarının tutulması konusunda yaratacağı sorunların önemini göz ardı" etmemekle, "toplumdan makul bir şekilde, bireylerin seçtikleri isme göre, saygınlık ve itibarla yaşamalarını sağlamak için bir miktar sıkıntı çekmesini beklemek"²⁵ gerektiğini ifade etmiştir.

Ünal Tekeli davasında çarpıcı olan bir başka konu, Mahkeme'nin, üye ülkeler arasında Türkiye'nin kendisini kadın ve erkeklerin aile içerisinde eşit haklara sahip olmasını sağlama yönündeki genel eğilimin dışında bir konumda olduğunun altını çizmesidir. Ayrıca Türkiye'de aile birliğinin erkeğin ismi ile yansıtılması geleneğinin "erkeğin aile içerisinde sahip olduğu birincil ve kadının sahip olduğu ikincil rollerden kaynaklandığı açıktır". Bu bağlamda, Mahkeme, Burghartz kararına atıfta bulunarak aile birliğinin, "aile soyadı olarak erkeğin soyadının kabul edilmesiy-le yansıtılabileceği gibi kadının soyadının ya da çift tarafından seçilen ortak bir soyadın kabul edilmesiy-le" yansıtılabileceğini belirtmektedir. Ünal Tekeli kararında Türkiye'ye yöneltilen bir başka eleştiri ise, her ne kadar 2001 yılında yapılan reformların amacı ailenin temsilinde, ekonomik etkinliklerde ve aileyi ve çocukları etkileyen kararların alınmasında kadını erkekle eşit bir konuma getirmek ise de 2001 yılında yürürlüğe giren yeni Medeni Kanunu'nda,²⁶ evlilikten sonraki aile ismine

²³ AİHM, Daróczy/Macaristan, 1 Temmuz 2008 tarihli kararı, no: 44378/05, § 32. Bu davada, başvuru elli yıl önce kocasıyla evliliğinden sonra almış olduğu ve bu süre içinde kullandığı soyadının ilgili makamlar tarafından değiştirilmesine ilişkindir. Mahkeme bu davada, Macar makamlarının Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettikleri sonucuna varmıştır.

²⁴ Frédérique Granet-Lambrechts, a. g. e., s. 202-203.

²⁵ AİHM, Ünal Tekeli/Türkiye, a. g. k., § 67.

²⁶ Gerçekten de, Yeni Medeni Kanunu'nun 187. maddesi, kadının evlilikle kocasının

yönelik, kadınları kocalarının ismini almaya zorlayan hükümlerin de-
ğişmeden kaldığıdır.²⁷

Buna karşın, Fransız Medeni Kanunu'nda, eşler evlilik süresi içe-
risinde istedikleri isimleri kullanabilirler. Bu, kadının soyismi olabile-
ceği gibi her iki eşin soyisimlerinin karışımından da oluşabilir. Ayrıca,
kanuna göre, evlenme eşlerden birine diğerinin soyismini almayı veya
soyismini değiştirmeyi zorunlu kılmamaktadır, çünkü varolan soyi-
sim şahsın kişiliğinin bir parçası ve bunun korunması da özel ve aile
hayatının bir parçası olarak kabul edilmektedir. Bu konuda 20 Mart
1985 tarihli evlilik cüzdanına dair tüzük ile 26 Haziran 1986 tarihli ba-
kanlık genelgesi, evlilik kurumunun eşlerin isimleri üzerinde herhan-
gi bir etkisinin olmadığını ve eşlerin isimlerini doğrudan doğruya de-
ğiştiremeyeceğini belirtmektedir. Ama evlilikten sonra, eşlerin istemesi
halinde, eşlerden biri diğerinin soyismini alabilmektedir.²⁸ Ancak,
eşler arasında soyisimlerin korunması konusunda öngörülen bu eşit-
lik çok biçimsel görünmektedir, çünkü evli bir erkeğin eşinin soyismi-
ni taşıması veya her iki soyismin birleşiminden oluşan soyismi alma-
sı çok nadir rastlanan bir durumdur. Buna karşın, genelde evli kadın-
lar, erkeğin soyadını veya kendi isimleriyle birlikte eşlerinin soyadla-
rını kullanmayı tercih etmektedirler.²⁹

Fransız Medeni Kanunu'nun 264. maddesine göre, eşler boşanma-
dan sonra evlilikle kazanmış oldukları soyisimlerini kaybederler. An-
cak, diğer eşin izni ile veya ismin korunması için özel bir fayda olma-
sı durumunda hakimin kararıyla, eşler evlilikle elde etmiş oldukları
isimlerini koruyabilirler. Ayrılma durumunda ise, Kanunun 300. mad-
desinde, ayrılan eşlerin evlilikle elde etmiş oldukları soyisimleri koru-
yacaklarını ancak ayrılığa karar veren hakimin kararıyla ilgili soyis-
min kullanılmasının yasaklanabileceği belirtilmiştir.

soyadını alacağını, ancak talebi halinde erkek eşin soyadı önüne kızlık soyadını so-
yadını alabileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, Türk hukukunun Sözleşme ile
uyumsuzluğu halen devam etmektedir.

²⁷ AİHM, Ünal Tekeli/Türkiye, a. g. k., §§§ 62, 63 ve 64.

²⁸ Patrice Hilt, a. g. e., s. 214.

²⁹ Marie-Christine Meyzeaud-Garaud, "La législation turque relative au nom porté
par les époux viole la Convention européenne des droits de l'homme : quels ensei-
gnements pour le droit français", *Revue Juridique Personnes & Famille*, no: 2, 2005, s.
15.

Türk hukukuna gelince, Yeni Medeni Kanun'un 173. maddesine göre, boşanma durumunda kadının, evlenme ile kazandığı soyadını koruyamayacağını ve evlenmeden önceki soyadını alacağını ifade etmektedir. Ancak bu maddenin ikinci fıkrasına göre kadın, eğer boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğunu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceğini ispatlarsa, talebi üzerine hakim, kadına kocasının soyadını taşımasına izin verilebileceğini belirtmektedir. Görüleceği gibi, Fransız hukukundan farklı olarak evlilikle elde edilen soyadının evlilik sonrasında kullanılması erkek eşin rızasına bağlı değildir.

Bireyler, doğduklarında kendi isim ve soyisimlerini seçme imkanları bulunmamaktadır. Ancak, babalarından kendilerine geçen soyisimleri ve anne-babalar tarafından kendilerine verilen isimleri yasalarda belirtilen şartlarda değiştirme imkanları vardır. Sözleşme hukuku bağlamında, isim değiştirmenin bir insan hakkı olup olmadığı ve eğer bir insan hakkı olarak kabul ediliyorsa, Sözleşme ile korunan bir hak olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

B. İsim ve Soyismi Özgürce Seçme Hakkı

Fransız Medeni Kanunu'nun 61. maddesine göre haklı bir nedeni olan herkesin ismini değiştirme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Türk hukukunda ise, benzer hüküm Medeni Kanun'un 27. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ismin değiştirilmesinin ancak haklı sebeplere dayanılarak hakimden istenebileceği belirtilmiştir.

Sözleşme hukukuna gelince, Strasbourg Hakimi, her ne kadar Sözleşme metninde açıkça belirtilmemişse de isim ve soyisim değiştirme hakkının "*civil bir hak*" olduğuna ve dolayısıyla Sözleşme'nin 6. maddesinin bu tür davalara uygulanması gerektiğine karar vermiştir.³⁰ Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında ise, isim/soyisim seçme hakkı ile verilen ismin/soyismin değiştirilmesinin, bu madde ile korunan "*özel yaşam*"³¹ kavramının bir parçası olduğuna karar vermiştir. İsim seçme

³⁰ AİHM, Mustafa/Fransa, 17 Haziran 2003 tarihli kararı, no: 63056/00, § 14.

³¹ İnsan Hakları Mahkemesi, "özel yaşam" kavramını tanımlamanın gereksiz ve imkansız olduğuna karar vermiştir (AİHM, Niemietz/Almanya, a. g. k., § 29). Daha sonraki birçok kararında, bu kavramın çok geniş olduğunu ve açıkça

hakkı konusuna en iyi örnek, *Johanson / Finlandiya* kararıdır. Bu davada, başvuru olan anne-babalar yeni doğan çocuklarına “*Axl Mick*” ismini koymak isterler. Bu talebin nüfus dairesi tarafından reddedilmesi üzerine idare mahkemesine başvururlar. Ancak, seçilen isim Finlandiya İsim Kanunu’na (*Names Akt*) uygun olmadığı için açılan davanın reddine karar verilir. Avrupa Hakimi, çocuğu, gülünç, hayatının ilerleyen dönemlerinde zor duruma düşüren isimlerden korumanın genel bir fayda olduğunu ifade etmiştir. Sözkonusu davada, çocuğa aile çevresinde bu isimle hitap edildiğini, bu ismin Finlandiya’da kullanılan “*Alf*”, “*Ulf*” gibi isimlerden çok farklı olmadığını, çocuğu komik duruma düşürmediğini ve kişiliği üzerinde olumsuz bir sonuç doğurma niteliği olmadığını ifade etmiştir. Kaldı ki, Mahkeme, “*Axl*” isminin yeni olmadığını ve daha önce aynı ülkede başkaları tarafından kullanıldığını tespit etmiştir.

Mahkeme, *Stjerna / Finlandiya* kararında ise soyisim değişikliği konusuna eğilmiştir. Bu davada, başvuru ilgili makamlardan “*Stjerna*” olan soyisminin “*Tawaststjerna*” olarak değiştirilmesini istemektedir. Bir taraftan bu ismin ataları tarafından kullanıldığını ve diğer taraftan ise “*Stjerna*” isminin sosyal yaşamda sorun çıkardığını iddia etmektedir. Bu talebinin reddedilmesi üzerine, başvuru idari yargı makamlarına başvurur, ancak bir sonuç alamaz. Mahkeme önünde ise, 8 ve 14. maddeyi öne sürerek, soyisim değiştirme talebinin reddedilmesinin özel yaşam hakkının ihlal edildiğini öne sürmektedir.

Komisyon, başvurunun kabuledilebilirliğine karar verdikten sonra,³² 8 Temmuz 1993 tarihli raporunda Sözleşme’nin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.³³ Mahkeme ise, soyismin bireyleri diğerlerin-

tanımlanamayacağını ifade etmektedir (Bir çok karar arasından, bkz. AİHM, P.G. ve J.H./Birleşik Krallık, 25 Eylül 2001 tarihli kararı, no: 44787/98, § 56 ; AİHM, K.A. ve A.D./Belçika, 17 Şubat 2005 tarihli kararı, no: 42758/98 ve no: 45558/99, § 79 ; AİHM, S ve Marper/Birleşik Krallık, 4 Aralık 2008 tarihli kararı, no: 30562/04 et no: 30566/04, § 66; AİHM, Karov/Bulgaristan, 16 Kasım 2008 tarihli kararı, no: 45964/99, § 85). Mahkeme’nin “özel yaşam” kavramının tanımını yapmaktan çekinmesi, öncelikle toplumsal yaşamın ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte genişleyen ve dinamik özellik arzeden bu kavrama şimdiden sınır getirmemek ve ileride çözeceği davalarda bu konuda kendisine geniş bir takdir yetkisi ve hareket alanı sağlamak istemesi olarak açıklanabilir.

³² AİHK, *Stjerna/Finlandiya*, a. g. k.

³³ AİHK, *Stjerna/Finlandiya*, a. g. r., §§ 71 et 79.

den ayırt etmek ve bir aileye bağlılıklarını ifade etmek için kullanılan bir araç olduğunu belirttikten sonra, isim değişikliği hakkına yapılan müdahalenin bir kamu faydası için yapılması gerektiğinin altını çizmektedir.³⁴ Bireylerin isimlerini değiştirmek için birçok nedenleri olduğunu ancak bu yöndeki taleplerinin reddedilmesinin özel ve aile hayatı hakkına müdahale arzemediğini ifade etmektedir. Avrupa Hakimi, sözkonusu davada, 8. maddenin isim değişikliği hakkına uygulandığını kabul etmekle birlikte, bu konuda Sözleşme'ye taraf devletler arasında, hangi şartlarda isim değişikliği yoluna gidilebileceği konusunda bir "konsensüs" olmadığından, devletlere tanınan takdir yetkisinin (*marge d'appréciation*) geniş olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak, başvurucunun 8. maddesinde belirtilen hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Gerekçe olarak, Mahkeme, eski Komisyon'un argümanlarına dayanmıştır. Başvurucunun kullandığı ismin yaratmış olduğu üzüntü ve sıkıntının yeterli yoğunlukta ve çok önemli olmadığını, çünkü Avrupa'da dil ve kültürlerin çeşitliliğinden dolayı isimlerin yazım ve telaffuzunda zorlukların sık yaşandığını ifade etmiştir. Dolayısıyla, Avrupa Hakimi'nin gözünde, bu argüman, -telaffuz zorluğu- başlı başına çok ikna edici görünmemektedir. Ayrıca, Mahkeme, başvurucu ile kullanmak istediği soyisme bağlılığının çok uzak olduğunu tespit etmiştir. "*Tawaststjerna*" soyisminin en son ikiyüzyıl önce ölen bir dedesi tarafından kullanıldığını ve her ne kadar başvurucunun bu soyisme kişisel bir bağlılığı olsa da uzun süre önce kullanılan bu soyisim ile özel ve aile yaşamı arasında kurulmak istenen ilişkiye çok fazla bir önem atfedilemeyeceğini belirtmiştir.

Mahkeme'nin bu pozisyonunu, *Gisele Halimi / France*³⁵ kararında tekrar etmiştir. Bu davada sözkonusu olan, başvurucunun ayrıldıktan sonra eski eşine ait soyismi kullanmaya devam etmek istemesidir. İş ortamında, eski eşinin soyismiyle tanındığını iddia eden başvurucu, kendi soyismini değiştirip eski eşine ait soysimini almak istemektedir. Mahkeme, başvurucunun, profesyonel hayatta bu soyismi kullanmaya devam ettiğini ancak özel yaşamında üçüncü kişilerin hakları-

³⁴ AİHM, *Stjerna/Finlandiya*, a. g. k., § 37.

³⁵ AİHM, *Gisèle Taieb dite Halimi/Fransa*, 20 Mart 2001 tarihli kabuledilemezlik kararı, no: 50619/99.

nın korunması açısından bu ismi kullanmasının mümkün olmadığını ifade ederek başvurunun kabuledilemez olduğu sonucuna varmıştır.

İsim ve soyisim hakkının korunması ile ilgili kararların incelenmesinden Mahkeme'nin isim ve soyisim değişikliği konusunda bazı kriterleri gözettiği sonucunu çıkarabiliriz. Öncelikle, değiştirme nedeninin çok ciddi ve belli bir derecede veya yoğunlukta olması; ayrıca bu nedenin mantıklı ve ikna edici olması ve son olarak değiştirme taleplerinin ulusal makamlar tarafından reddedilmesi gerekmektedir. Bunların yanında, Mahkeme, devletlerin takdir yetkilerinin bu konuda geniş olduğunun da gözönünde bulundurulması gereken bir durum olduğunu belirtir.

Ancak, soyisim değişikliği konusunda Mahkeme, her zaman bu kriterleri uygulama zorunluluğu hissetmemiştir. *Znamenskaya / Rusya* kararında, başvurucu ölü doğan çocuğuna verilen eski eşinin soyadının değiştirilmesini istemektedir. Başvurucu, çocuğun babasının, eski eşi değil, M. G. isimli başka bir şahıs olduğunu ve uzun süreden beri kendisiyle evlilik dışı bir ilişki yaşadığını ifade etmiştir. Ayrıca, her ne kadar M. G. çocuğun doğumundan bir kaç ay sonra ölmüşse de ikisi arasında bir soybağı ilişkisi kurulması ve çocuğun onun ismini alması gerektiğini belirtmiştir. Başvurucu, çocuğun mezarına eski eşinin isminin yazılmasına da karşı çıkmış ve bu nedenle mezar taşının boş bırakılmasına karar verilmiştir. Ancak çocuğun isminin değiştirilmesi talebi ulusal mahkemelerce embriyonun sivil haklara sahip olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Bu davada Mahkeme, başvurunun embriyoyu uzun süre karında taşıdığını, kendisi ile arasında güçlü bir bağ olduğunu, bu nedenle ona istediği soyismi verme isteminin kabul edilebilir olduğunu belirtmiştir. Soyisim yoluyla, embriyon ve kendisi arasında soybağı oluşturulmasının Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında başvurunun özel yaşamını ilgilendirmektedir. Kaldı ki, taraflar başvuru ile M. G. arasında bir evlilik dışı ilişki olduğunu ve embriyonun bu ilişkinin bir sonucu olduğu savına karşı çıkmamışlardır. Ulusal yargı organları, başvurunun talebini reddederlerken mevcut durumu korumak için geçerli ve ikna edici hiç bir neden öne sürmemişlerdir. Ayrıca, savunmacı devlet, iç hukuk mahkemelerinin davayı, başvurunun medeni hakları bakımından çözmesi yerine, embriyonun hakları

bakımından inceleyerek hataya düştüklerini kabul etmiştir. Bunun yanında, başvurucunun mevcut aile hukuku hükümlerine göre talebinin iç hukukta kabul edilmesi gerekirken aksine karar verilmiştir. Bu nedenlerle, Mahkeme, 4 e karşı 3 oyla, 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

İsim değişikliği konusunda Türkiye'yi ilgilendirmesi bakımından *Kemal Taşkın ve diğerleri*³⁶ kararı çok ilginçtir. Yakın tarihte karara bağlanan bu dava, başvurucuların Türkçe olan isimlerinin Türk alfabesinde olmayan Kürtçe karakterler içeren isimlerle değiştirilmesi taleplerine ilişkindir. Kürt kökenli olan başvurucular, ulusal yargı organlarına başvurarak isimlerinin Kürtçe olan "*Dilxwaz*", "*Xoşewist*", "*Berxwedan*", "*Ciwan*", "*Xweşbin*" ve "*Bawer*" olarak değiştirilmesini istemişlerdir. Ancak, ilgili asliye hukuk mahkemeleri sözkonusu isimlerin, "*q*", "*w*" ve "*x*" gibi Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanunu'nda bulunmayan, yani Türkçe olmayan harfleri içermesinden dolayı bu taleplerini reddetmiştir. Buna karşın, "*Bawer*" isminin, "*Baver*" olarak kaydedilmesine karar verilmiştir. Başvurucular, Sözleşme'nin 8; maddesinin ihlal edildiğinden bahisle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuşlardır.

Mahkeme bu davada, talep edilen isimlerin nüfus kayıtlarına kaydedilmemesini başvurucuların özel hayatlarına bir müdahale olduğunu, bu müdahalenin yasa ile öngörülmüş olduğunu ve meşru bir amaçla yönelik olduğunu kabul etmiştir. İsim hakkı ile ilgili diğer tüm davalarda olduğu gibi, bu davada da asıl çözümlenmesi gereken sorunun, bu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı konusudur. Bu konuda Avrupa Hakimi, 1990'lı yıllarda Kürtçe kökenli isimlerin 1587 sayılı Kanunu'nun 16. maddesine dayanılarak yasaklandığının altını çizmiştir. Ancak bu hüküm, 4929 sayılı Kanunu ile değiştirilmesinden sonra, 29 Nisan 2006 tarihinde 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ile yürürlükten kaldırıldığını gözlemlemiştir. Ayrıca, Kürtçe kökenli isimlerin iç hukukta artık yasak olmadığını ve Kürt kökenli vatandaşların Türk alfabesindeki karakterlere bağlı kalmaları

³⁶ AİHM, *Kemal Taşkın ve diğerleri/Türkiye*, 2 Şubat 2010 tarihli kararı, no: 30206/04, no: 37038/04, no: 43681/04, no: 45376/04, no: 12881/05, no: 28697/05, no: 32797/05 et no: 45609/05.

durumunda Kürtçe isimler takabileceklerini belirtmiştir.³⁷ Bu konuda, Yargıtay Genel Kurulu'nun "Mizgin" ismi ile ilgili verdiği 1 Mart 2000 tarihli prensip kararına da atıfta bulunmuştur.³⁸

Mahkeme, bu davada, bazı başvuruçuların kullanmak istedikleri Kürtçe isimlerin Türkçe karakterler ile kullanılmasının olumsuz ve incitici sonuçlar doğurduğu konusunda beyanda bulunmadıklarını belirtmiştir. Sadece bir kısım başvuruçular, "Civan" ve "Xweşbin" ile ilgili olarak, bu isimlerin "Civan" ve "Heşbin" olarak değiştirilerek kullanılması durumunda, isimlerin ya hiçbir anlama gelmediğini veya başka bir anlama geldiğini savunmuşlardır. Bu konuda Mahkeme, bu başvuruçuların Kürtçe isim alma hakları olduğunu belirttikten sonra, "Civan", "Xweşbin" isimlerinin Türkçe alfabe kurallarına göre yazılmalarının bu isimleri gülünç veya kaba bir hale sokmadığının altını çizmiştir. Strasbourg Hakimi, İsimlerin Nüfus Kütüklerine Yazılmasına Dair 14 No.lu Sözleşme'ye göre, ulusal alfabede olmayan bir harf ile yazılan isimle karşılaştırılması durumunda, en iyi metodun o ülkenin alfabesindeki harflere sadık kalınarak, o ismin mümkün olduğu kadar, orjinal dilindeki telafuzunun yazılması (*transposition phonétique*) olduğunu belirtir. Ancak sözkonusu davada, "Bawer" ismi dışında, başvuruçular bu yöntemle başvurmamışlardır. "Bawer" isminde ise, ilgili başvuruçunun "v" harfine karşı çıkmakla yetindiğini ve "w" harfinin "v" ile değiştirilmesinin kendisi için incitici ve negatif bir sonuç doğurduğunu iddia etmemiştir.

Mahkeme, yukarıda belirtilen Kürtçe isimlerin, Türkçe alfabede belirtilen harflerle yazılmasının isimler için, fonetikselsel bir problem yarattığını kabul etmektedir. Ancak, bu sorunun diğer dillerde de var olduğunu, bunların çözümünde ulusal unsurların çok güçlü olduğunu ve ulusal dile uygun yapılan çözüm konusunda üye ülkeler arasında bir konsensüs olduğunu belirtmiştir.

Ayrıca *Kemal Taşkın ve diğerleri* davasında, İnsan Hakları Mahkemesi'nin çözmeye çalıştığı bir başka sorun ise yabancı bir ül-

³⁷ A. g. k., §§ 26-29 ve § 61.

³⁸ HGK, 18-127 E, 154 K ve 1.3.2000 tarihli kararı. Bu karardan önce, "Rojda" kararı olarak bilinen kararda Yargıtay, aynı sonuca varmıştı (18. HD, 1994/7386 E, 1994/8560 K ve 21 Haziran 1994 tarihli kararı) (Yargıtay'ın bu çalışmadan kullanılan kararları www.kazanci.com sitesinden faydalanılarak bulunmuştur).

kede tutulan ve Türkçe dışında yabancı karakterler taşıyan bir ismin veya soyismin Türkiye'deki nüfus kayıtlarına aynen kaydedilmesi, ancak buna karşın Türkiye'de doğan bir Türk vatandaşının aynı nitelikteki bir ismi nüfus kütüklerine kaydedemeyeceği sorundur. Bu konuda, İnsan Hakları Mahkemesi, bu sorunun ülkeler arasında imzalanan ve bir ülkenin nüfus kayıtlarının diğer bir ülkedeki kayıtlara olduğu şekilde yazılmasını öngören uluslararası sözleşmelere dayandığını belirtmiştir.³⁹

Kemal Taşkın ve diğerleri davasından şu sonuçları çıkarabiliriz. Öncelikle İnsan Hakları Mahkemesi, prensip olarak, Kürtçe isim takmanın serbest olduğunun ve olması gerektiğinin altını çizmiştir. Ancak Kürtçe isim takma özgürlüğünün bir sınırı olduğunu ve bu sınırın, Türkçe alfabede kullanılan harflerin kullanılması olduğunu belirtmektedir. Ancak, bu karar iki yönüyle eleştirilebilir. Öncelikle, ülkeler arasında imzalanan sözleşmeler dikkate alınarak, yabancıların isimlerinin nüfus kütüklerine hiçbir değişiklik olmadan, olduğu gibi kaydedildiğini gözden uzak tutmamak gerekmektedir.⁴⁰ Demek ki, resmi kütüklere Türkçe dilinde olmayan yabancı karakterler yazılabiliyor. Macar hakimın ayırık oy yazısında belirttiği gibi, yabancılara tanınan bu hakkın ülkenin kendi vatandaşlarına da uygulanması gerekirdi. Bu konuda, Kürt kökenli Türk vatandaşların, yabancılara oranla bir ayrımcılığa maruz kaldıkları açıktır. Mahkeme'ye göre, bu ayrımcılık nesnel ve makul bir nedene dayandığından Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı değildir.

İkinci olarak, kanaatimizce, Mahkeme, burada konuyu resmi alfabede bulunmayan harflerin yazılması sorunundan çok, Türkiye'de

³⁹ AİHM, *Kemal Taşkın ve diğerleri/Türkiye*, a. g. k., §§ 68-71.

⁴⁰ Yabancıların Türk alfabesinde olmayan isimlerini Türkiye'deki nüfus kayıtlarına yazdırabilmeleri her zaman mümkün olmayabiliyor. Bu konuda, Yargıtay'ın 7 Mart 2006 tarihli kararı çok çarpıcıdır. Bu davada, İngiliz olan davacının, Türk vatandaşlığını aldıktan sonra "Wendy Phyllis" ismi, nüfus kayıtlarına "Vendi Filiz" olarak yazılmıştır. Bu durumun resmi işlemlerde karışıklığa neden olduğundan bahisle, isminin orjinal halinin kayıtlara geçmesi için dava açmıştır. İlk derece mahkemesi bu talebi kabul etmiştir. Ancak, Yargıtay, 1353 sayılı Kanun'un hükümlerini dikkate alarak, davacının isminin Türkçe alfabesinde olmayan "w" harfini içermesinden dolayı verilen kararı bozmuştur. Böylece, davacı asıl ismi olan "Wendy Phyllis" yerine nüfus kayıtlarında "Vendi Filiz" olarak kalmıştır (2. HD, 2005/1153 E, 2006/1822 K ve 7 Mart 2006 tarihli kararı).

yaygın konuşulan diller açısından bakması gerekirdi. Kaldı ki sözkonusu olan, onbeş milyon civarında, belki de üzerinde, insanın konuştuğu ve uzun süre gerek mevzuatta ve gerekse pratikte yasaklanan bir dilin resmi kayıtlara yazılamaması sorunudur. Bu çerçevede, Mahkeme, Kürtçe seslerin önemli bir kısmının Türkçe karakterlerle ifade edilemediğini ve bu sorunun Kürtçe'nin resmi kayıtlarda kullanılması konusunda en büyük engel olduğunu belirtmektedir. Kürtçe dilbilgisi kurallarının Türkçe'deki seslere göre yeniden uyarlanması dilbilimi açısından mümkün olmadığına göre, nüfus kayıtlarına isimlerin Türkçe yazılışlarının yanında Kürtçe yazılışlarının da yazılması daha uygun bir çözüm gibi görünmektedir. Son olarak, Mahkeme'nin kararı her ne kadar isim hakkı konusundaki içtihatlarla çok uzak görünmüyorsa da,⁴¹ 8. maddeyi ilgilendiren, özellikle son dönemlerde çıkan ve etnik kimlik hakkını tanıyan kararları ile uyumlu olmadığı kanaatindeyiz.⁴²

Mahkeme, devlet otoritelerinin isim/soyisim hakkına müdahale etmenin Sözleşme'nin sadece özel ve aile yaşamını koruyan 8. maddenin değil aynı zamanda ayrımcılığı yasaklayan 14. maddenin de ihlali sonucunu da doğurabileceğinin altını çizer.

II. BÖLÜM: AYRIMCILIK YASAĞI İLKESİNİN PARÇASI OLARAK İSİM VE SOYİSİM

Mahkeme içtihatlarına göre her türlü ayrımcılık veya farklı muamele Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlalini doğurmaz. Eşdeğer ya da benzer bir konumdaki başka insanlara imtiyazlı muamele yapıldığının ve bu muamelenin ayrımcılık teşkil ettiğinin kanıtlanması gereklidir. Ayrıca, nesnel ve makul bir nedenin bulunması, yapılan ayrımcılığı veya farklı muameleyi Sözleşme'ye uygun hale getirir. Böyle bir nedenin varlığı demokratik toplumlarda normalde geçerli olan ilkelere göre değerlendirilir. Sözleşme'nin belirlediği bir hakkın kullanımındaki farklı bir muamelenin meşru bir amacı olması da yeterli değildir,

⁴¹ Bkz. AİHM, Mentzen alias Mencena/Lettonya, 7 Aralık 2004 tarihli kabuledilemezlik kararı, no: 71074/01.

⁴² AİHM, Ciubotaru/Moldavya, 27 Nisan 2010 tarihli kararı, no: 27138/04.

“kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmesi istenilen amaç arasında makul bir orantısızlık olması” ve bu bağın da kanıtlanması zorunludur.⁴³

Bilindiği üzere, otonom ve bağımsız olmama özelliğinden dolayı, Sözleşme'nin 14. maddesi tek başına öne sürülemezdir.⁴⁴ Bu hüküm, diğer Sözleşme'de belirtilen bağımsız maddeler tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılığa karşı bir koruma sağlar. Bu nedenle, isim hakkı ile ilgili davalarda, ayrımcılık yasağı ilkesi 8. madde ile birlikte incelenmektedir.

Mahkeme, ulusal makamlardan sadece başvuruçunun isim/soyisim hakkına müdahale etmekten sakınmasını değil, aynı zamanda bu hakkın kullanılması için gerekli tedbirleri almaları gerektiğini belirtir. Başka bir deyişle, devletlerin bu konuda pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır (A). Buna karşın, devletlerin takdir yetkilerinin geniş olduğu da unutulmaması gereken bir başka konudur (B).

A. İsim ve Soyisim Hakkı Konusunda Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri

Stjerna ve *Burghartz* kararlarında, Mahkeme, taraf devletlerden varolan ismin korunmasını ve bazı durumlarda nesep bağına değiştirilmeden ismin değiştirilmesini istemektedir.⁴⁵ Bu konuda onlara pozitif bir yükümlülük yüklemektedir. Genel olarak, pozitif yükümlülük (*obligation positive*), Mahkeme içtihatlarında, Belçika dil davasında⁴⁶ ortaya çıkmış ve *X ve Y/Hollanda* kararından itibaren de çok sık kullanılmaya başlanmıştır.⁴⁷ Ancak, pozitif yükümlülük kavramı temelini 9 Kasım 1979 tarihli *Airey / İrlanda*⁴⁸ kararında bulmaktadır. Bu karar-

⁴³ AİHM, *Stjerna/Finlandiya*, a. g. k., § 48.

⁴⁴ Buna karşın, Türkiye'nin de imzaladığı ama halen onaylamadığı 12 sayılı Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle birlikte her türlü ayrımcılık yasağı ile ilgili şikayet başlı başına, yani Sözleşme ile korunan diğer hak ve özgürlüklerden bağımsız olarak, Mahkeme önünde dile getirilebilecek.

⁴⁵ Frédéric Sudre, “Droit de la Convention européenne des droits de l’homme”, *Juris-classeur périodique-Semaine juridique*, 1995, I, no: 3823, s. 89.

⁴⁶ AİHM, Belçikada Eğitim Dili Davası/Belçika (asıl), 23 Temmuz 1968 tarihli kararı, nos 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64.

⁴⁷ AİHM, *X ve Y/Hollanda*, 26 Mart 1985 tarihli kararı, no: 8978/80.

⁴⁸ AİHM, *Airey/İrlanda*, 9 Ekim 1979 tarihli kararı, no: 6289/73. Bu konuda bkz. Fré-

da Mahkeme, pozitif yükümlülüğünün ayrımcılık yasağı ile birlikte özel ve aile yaşamına saygı hakkının gerçek ve etkin bir kullanımı için devletlerden sadece her türlü müdahaleden kaçınmasını değil aynı zamanda gerekli pozitif tedbirleri de alması gerektiği anlamına geldiğini belirtmiştir.⁴⁹

Mahkeme'nin de kabul ettiği üzere 8. madde anlamında her ne kadar prensipler birbirinden farklı olsa da pozitif yükümlülük ile negatif yükümlülük arasındaki sınır çok belirli değildir. Her iki durumda birbirleriyle çatışan faydalar arasında bir denge gözetmek gerekmektedir.⁵⁰ Ancak, pozitif yükümlülük devletlere altından kalkamayacakları bir sorumluluk getirmemektedir.⁵¹

Pozitif ve negatif yükümlülükler konusunda ilginç olan Mahkeme'nin yaptığı Sözleşme'ye uygunluk kontrolünün birbirinden tamamen farklı olmasıdır. Pozitif yükümlülük konusunda negatif yükümlülüğünden farklı olarak, Mahkeme, ulusal otoriteler tarafından yapılan müdahalenin yasa ile öngürülüp öngörülmediği, bu müdahalenin meşru bir amaca yönelik olup olmadığı ve demokratik toplumda bu müdahalenin gerekli olup olmadığı incelemesini yapmamaktadır. Başka bir deyişle, Strasbourg Hakimi, 8. maddenin, aynı şekilde 9, 10 ve 11. maddenin de, ikinci fıkrasını uygulamamaktadır. Ancak, ikinci fıkrada belirtilen hükümlerin pozitif yükümlülük konusunda bir rol oynadığını belirtmektedir.⁵²

Bu konuda Fransız doktrini Mahkeme'yi eleştirmektedir. Sudre için, pozitif yükümlülüğe farklı bir kontrol metodu uygulamak ve bu şekilde ikinci fıkranın uygulamasından mahrum bırakmak, pozitif yükümlülük kontrolünün negatif yükümlülüğe oranla daha az güçlü ve daha çok belirsiz olduğu anlamına gelmektedir. Mahkeme'nin hangi yükümlülüğe göre Sözleşme'ye uygunluk kontrolü yapacağı bilinmemekte hatta bazen iki yükümlülük arasında yapılan seçimin keyfi bir

déric Sudre, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 5 ed., Puf, Paris, 2009, s. 20.

⁴⁹ Frédéric Sudre, "Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme", *RTDH*, 1995, s. 363-372.

⁵⁰ AİHM, *Sjerna/Finlandiya*, a. g. k., § 38.

⁵¹ AİHM, *Makaratsiz/Yunanistan*, 20 Aralık 2004 tarihli kararı, no: 50385/99, § 69.

⁵² AİHM, *Rees/Birleşik Krallık*, 10 Ekim 1986 tarihli kararı, no: 9532/81, § 37.

görüntü verdiğini iddia etmektedir. Yazar, Sözleşme'ye uygunluk denetiminin normalleşmesi ve pozitif yükümlülük durumunda da ikinci paragraf hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır.⁵³

Stjerna kararında ayrık oy yazısında, Mahkeme'nin eski Başkanı Wildhaber'de aynı eleştiriye katılmaktadır. *Gaskin*,⁵⁴ *Cossey*⁵⁵ et *Keegan*,⁵⁶ kararlarına dayanarak, pozitif yükümlülük ile negatif yükümlülük arasındaki sınırın netlikten uzak olduğunu ve pozitif yükümlülüğün tespit edildiği davalarda, ikinci fıkra hükümlerinin aktif hale getirilerek, Mahkeme'nin Sözleşme'ye uygunluk denetiminin tek tip olarak yapması gerektiğini belirtmiştir. Açıkçası, Mahkeme'nin müdahalenin yasayla öngörülme, meşru amaca yönelik olma ve demokratik bir toplumda zorunlu olma kriterlerine uygun bir denetim mekanizması oluşturması gerektiğini ifade etmektedir.⁵⁷

Kanaatimizce, pozitif yükümlülük ile ilgili davalarda⁵⁸ ikinci fıkra belirtilen kriterlerin uygulanıp uygulanmaması sonucu değiştirmeyecektir; çünkü bu tür davalarda genelde yapılan müdahaleler yasa ile öngörülmemiştir.⁵⁹ Bu nedenle, Mahkeme, yasayla öngörülme şartını incelemeye başlarken varacağı sonuç Sözleşme'nin ihlali olacağı için ikinci fıkra hükümlerine göre yapılacak kontrol mekanizmasının bu tür davalarda uygulanması gerekli görünmemektedir. Dolayısıyla, Mahkeme'nin ikinci fıkra hükümlerini uygulamaması ile ilgili pozisyonu gayet mantıklı ve yerinde görünmektedir.

Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında devletlerin pozitif yükümlülüğünün ismin/soyismin korunması ile ilgili davalarda uygulanması

⁵³ Frédéric Sudre, "Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme", *a. g. e.*, s. 380-381.

⁵⁴ AİHM, *Gaskin/Birleşik Krallık*, 7 Temmuz 1983 tarihli kararı, no: 10454/83.

⁵⁵ AİHM, *Cossey/Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1990 tarihli kararı, no: 10843/84.

⁵⁶ AİHM, *Keegan/İrlanda*, 26 Mayıs 1994 tarihli kararı, no: 19969/90.

⁵⁷ Hakim L. Wildhaber'in *Stjerna/Finlandiya* kararındaki karşı oy yazısı.

⁵⁸ Bazen Mahkeme, pozitif ve negatif sorumluluk konusunda bir ayırım yapmayı tercih etmemekte ve önüne gelen davada varacağı çözüm için her iki sorumluluğu dikkate alma gereği duymaktadır. Bu konuda *Demir ve Baykara/Türkiye* kararı örnek olarak gösterilebilir (AİHM, *Demir ve Baykara/Türkiye*, 12 Kasım 2008 tarihli kararı, no: 34503, §§ 110 ve 111.

⁵⁹ Bu konuda, bkz. *Özgür Gündem/Türkiye*, 16 Mart 2000 tarihli kararı, no: 23144/94 ve *Ouranio Toxo ve diğ.leri/Yunanistan*, 20 Ekim 2005 tarihli kararı, no: 74989/01.

konusunda *Güzel Erdagöz / Türkiye*⁶⁰ kararı önemlidir. Bu davada başvuru, ilgili asliye hukuk mahkemesinden nüfus kayıtlarında “*Güzel*” geçen soyismini “*Gözel*” olarak değiştirilmesini ister. Yargılama esnasında, bilirkişi raporunda, “*Güzel*” isminin Türkçe olduğunu, buna rağmen “*Gözel*”in yöresel bir karakter içerdiğini ve Türkçede böyle bir kelimenin olmadığını belirtir. Tanıkların, başvurucağınun “*Gözel*” olarak tanındığı yönündeki beyanlarını dikkate almayan hakim, bilirkişi raporuna dayanarak isim tashihi talebini reddeder. Bu karar Yargıtay tarafından da onaylanır. İnsan Hakları Mahkemesi önünde, başvurucağınun isim değişikliği talebinin kabul edilmemesinden şikayet etmektedir.⁶¹ Bu davada, Mahkeme, 8. maddenin bireyi, korunan hak ve özgürlükleri yerine getirirken kamu otoritelerinin keyfi müdahalesinden koruduğunu ve özel yaşam hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına bağlı olarak devletlerin pozitif yükümlülükleri olduğunu ifade etmiştir.⁶² Bu davada, Türkiye, ulusal yargı organlarının red kararlarının tamamen “*Gözel*” soyisminin Türkçe olmadığına dayandığını, buna karşın başvurucağınun isim hakkına yapılan kısıtlamanın herhangi bir ulusal mevzuata dayanmadığını ve Türk iç hukuk hükümlerinin isim değişikliği konusunda yeteri kadar açık olmadığını gözlemlemiştir. Bu nedenlerle, Türkiye’nin Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal ettiği sonucuna varmıştır.⁶³

Devletin pozitif yükümlülüğünün, ismin/soyismin korunması ve eşler arasında ayrımcılığın önlenmesi konusunda uygulanmasına gelince, Sözleşme’nin 14. maddesi eşler arasında tam anlamıyla bir eşitlik öngörmektedir. Bu hüküm, ismin/soyismin korunması konusunda, ulusal hukuk hükümlerinin Sözleşme ile tam bir uyumunu öngörmektedir. Bu konuda, eşler arasında ayırım gözeten ulusal bir yasa 14. maddeye aykırıdır. Örnek olarak, *Burghartz* kararında Mahkeme, İsviçre’yi Medeni Kanun’un 160/2 maddesinin soyisim konusunda kadın ve erkek arasında bir ayrıma gittiği için mahkum etmiştir. Ayrıca, *Ünal Tekeli* davasında ise Strasbourg Hakimi, kadınlara eşlerinin soyisimle-

⁶⁰ AİHM, *Güzel Erdagöz / Türkiye*, 21 Ekim 2008 tarihli kararı, no: 37483/02.

⁶¹ Başvurucağınun aynı zamanda, Kürtçe olan isminin “Türkçeleştirilmesinden” de şikayet etmektedir. Ancak, Mahkeme, başvurucağınun bu iddiasını ispatlayamadığı için bu şikayeti inceleme gereği duymamıştır (bkz. a.k. §§ 23 ve 24).

⁶² A. k., § 45.

⁶³ A. k., §§ 52-56.

rini alma mecburiyeti yükleyen, buna karşın erkeklere böyle bir zorunluluk getirmeyen Türk Medeni Kanunu hükümlerinin Sözleşme ile uyumsuz olduğu sonucuna varmıştır.⁶⁴ Türk otoriteleri, bu uyumsuzluğu gidermedikleri sürece, iç hukukları Sözleşme ile uyumsuz olmaya devam edecektir. Mahkeme'ye göre, her ne kadar, Türk kadınları evlilikten sonra kendi isimlerini erkeğin ismine ekleyerek koruyabiliyorlarsa da, bu durum Sözleşme ile uyum için yeterli değildir. Dolayısıyla, erkek ve kadın arasında soyismin korunması konusunda yapılan bu farklı muamele objektif ve mantıklı değildir ve 8. madde ile birlikte 14. maddenin de ihlali anlamına gelecektir.

Diğer taraftan, Sözleşme'nin 14. maddesi eşlerin soyisimleri konusunda gerçek bir eşitliği öngörmektedir. *Burghartz* davasında, davalı hükümet, her ne kadar İsviçre yasaları başvurucuya kendi ismini ailenin ismine eklemeyi yasaklıyorsa da, başvurucunun kendi ismini ortak bir ismin (*nom composé*) bir parçası olarak ve/veya ismin diğer özel formlarını sosyal hayatta kullanması konusunda bir engel olmadığını iddia etmektedir.⁶⁵ Ancak, bu argüman, Mahkeme'yi ikna edememiştir. Avrupa Hakimi, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konuda, sadece yasal soyismin ancak resmi kayıtlara geçebileceğine karar verdiğini ve dolayısıyla birleşik ismin ve diğer özel kullanımlarının hukuki etki anlamında yasal olarak kullanılan isme eşdeğer olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.⁶⁶ Buradan çıkarılacak sonuç, iç hukuk hükümlerinin eşlerin herbirinin ismine aynı değeri vermesi ve kadın ile erkeğin isminin doğuracağı hukuki etkinin aynı olması gerektiridir. Dolayısıyla, ayrımcılık yasağı konusunda, Mahkeme'nin gözünde, ulusal hukukta ismin korunmasına ilişkin varolan düzenlemelerin olması, bunların doğrudan doğruya Sözleşme'ye uygunluğu anlamına gelmez, buna ek olarak, bu düzenlemelerin hukuki etkisine bakmak gerekmektedir. Çocukların soyadları konusunda, Fransız hukukunda, evlilikten doğan çocuk, annesinin soyadını alamamaktaydı. Bu durum Sözleşme'nin 14. maddesi anlamında cinsiyete dayalı bir ayrımcılık olarak kabul edilmekteydi. Erkek eşin soyisminin çocuğa di-

⁶⁴ Bu durum isim değişikliği konusundaki iç hukuk hükümlerinin belirsizliği için de geçerlidir (Bu konuda, bkz. AİHM, *Güzel Erdagöz / Türkiye*, a. k., §§ 52-56).

⁶⁵ AİHM, *Burghartz / İsviçre*, a. g. k., § 26.

⁶⁶ A. k., § 28.

rekt olarak geçmesi, haklı olarak, Fransız öğretisinin yoğun eleştirisine maruz kalmaktaydı, çünkü çocukların soyismi konusunda erkeğe öncelik verilmesi hiçbir meşru ve haklı nedene dayanmamaktaydı. Her ne kadar, 23 Aralık 1985 tarihli yasa, çocuğa annesinin ismini babasının soyismine ekleyerek alma hakkını tanıyorsa da, bu durum cinsiyete dayalı varolan ayrımcılığı ortadan kaldırmamakta, çünkü çocuk için annenin soyadını kullanma isteğe bağlı olduğu halde babanın ismini alma ise mecburiydi. Ayrıca, annenin ismi, nüfus kayıtlarında ve evlilik cüzdanı üzerinde görünmemekte ve başkasına geçememekteydi.⁶⁷

Bu konuda, Fransız hukukunu Sözleşme'nin 14. maddesine uyumlu hale sokmak amacıyla, 4 Mart 2002 tarihli 2002-303 sayılı Yasa yürürlüğe girmiştir. Bu yasayla Yeni Medeni Kanun'un 311-21 maddelerinde yapılan değişikliklerle, eşler çocuklarına hangi soyismin geçeceğine ortaklaşa karar verirler hükmü getirilmiştir. Çocuklarını nüfusa kaydettikleri zaman, eşler çocuğun kullanacağı soyisme de karar vermek zorundadırlar. Ancak soyisim hakkı sınırsız değildir. Çocuğun soyismi babanın veya annenin soyismi veya her iki soyismin karışımından oluşan birleşik bir soyisim olması gerekmektedir. Bununla birlikte, birinci çocuğa verilen soyismin aile birliğinin sağlanması için diğer çocuklara da geçmesi gerekmektedir.

4 Mart 2002 tarihli yasaya rağmen, Fransız hukukunda isim konusunda ayrımcı hükümler hala bulunmaktadır. Gerçekten de, Medeni Kanun'un 311-21 maddesinin ilk fıkrasına göre, eşler arasında çocuğun soyismi konusunda anlaşmazlık çıkması ve lehine soybağı oluşturulan eşin bulunmaması durumunda, çocuk erkek eşin soyadını alacaktır denilmektedir. Burada yasa koyucu, sosyal yaşamda, babaya göre nesep bağının, anneninkine oranla daha belirleyici olduğu teziye dayanmaktadır. Bu ayrımcılığı haklı gösterebilecek herhangi objektif ve kabul edilebilir bir neden bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Fransız hukuku soyismin çocuğa geçmesi konusunda Sözleşme'nin 14. maddesi ile hala uyumlu görünmemektedir. Bu uyumsuzluk ancak, yasa koyucunun çocuğa isim koyma konusunda eşler arasında anlaşmazlık durumunda, erkek eşin soyisminin önceliğini kaldırarak, hakim müdahalesini öngörmesi ile çözümlenebilir.

⁶⁷ Patrice Hilt, *a. g. e.*, s. 218.

Türk hukukunda ise, Yeni Medeni Kanunu'nun 321. maddesine göre, evlilik içi doğan çocuğun, ailenin soyadını, eğer eşler evli değilse, annenin soyadını taşıyacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla, çocuğun ismi konusunda erkek bir ayrımcılığa maruz kalmaktadır. Kaldı ki, Kanun'un gerekçelerine bir göz attığımız zaman baba ile çocuk arasında tanıma ve babalık hükmü ile soybağı kurulmuş olsa bile çocuğun annenin soyadını alacağı öngörülmüştür. Yasa koyucu bu düzenlemeyle, evlilik dışında doğan çocuğa kadının soyadının verilmesi konusundaki ısrarı erkeğe karşı ayrımcılık olarak değerlendirilebilir. Anne ve babanın muvafakatiyle çocuk babasının soyadını veya anne babanın ileride evlenmesi veya tanıma ve babalık hükmü ile soybağı kurulması durumunda ailenin ortak soyadını alabilmesi gerekmektedir.⁶⁸

Etnik kökene dayalı ayrımcılık konusuna ise *Taşkın ve diğerleri / Türkiye* örnek olarak gösterilebilir. Bu davada, başvuruçular Türkçe'de olmayan ancak Kürtçe karakter taşıyan isimlerini nüfus kütüklerine kaydedemediklerinde dolayı ayrımcılığa maruz kaldıklarını çünkü çifte vatandaşlığı olan diğer Türk vatandaşlarının ve yabancıların bu tür isimleri nüfus kütüklerine kaydedebildiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme bu konuda, Kürtçe isim koymanın Türkiye'de yasak olmadığını tekrar yineleme gereği duymuştur. Kaldı ki, başvuruçular, sözkonusu isimlerin Türkçe'de bulunan harflerle yazılmasını ulusal otoritelerden istemeleri durumunda, yargı organlarının bu talepleri reddedeceklerini söylemenin mümkün olmadığını belirtmiştir. Kaldı ki, *Baylac-Ferrer ve Suarez / Fransa*⁶⁹ kabuledilemezlik kararında belirtildiği üzere, idare ve kamu kurumları ile ilişkilerde dil birliğine dayanan ayrımcılığın 14. madde anlamında objektif ve mantıklı olduğunu ve Sözleşme'nin ihlali sonucunu doğurmadığını ifade etmiştir. Yabancılar ile Kürt kökenli vatandaşlar arasında iddia edilen ayrımcılık konusuna gelince, Strasbourg Hakimi, başka ülkelerin vatandaşlarının Türkçe'de olmayan harfleri nüfus kayıtlarına geçirebilmelerinin Türkiye ile ilgili ülkeler arasında imzalanan sözleşmelere dayandığını gözlemlemektedir. Bu nedenle, başvuruçular ve yabancıların ve çifte

⁶⁸ Bkz., Yüksel Hız / Zekeriya Yılmaz, "Ad, Adın Çeşitleri, Kazanılması, Değiştirilmesi ve Ad Üzerindeki Hakkın Korunması", *Adalet Dergisi*, Sayı 18, Ocak 2004, (http://www.yayin.adalet.gov.tr/18_sayi.htm).

⁶⁹ AİHM, *Baylac-Ferrer ve Suarez/Fransa*, 25 Eylül 2008 tarihli kabuledilemezlik kararı, no: 27977/04.

vatandaşlığı olan diğer Türk vatandaşlarının aynı durumda olduklarının kabulünün mümkün olmadığına ve dolayısıyla, etnik kökene dayalı bir ayrımcılığın sözkonusu olmadığına karar vermiştir.

İsim verme ve değiştirme konusunda Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler arasında bir konsensus olmadığı için Mahkeme bu konuda devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır.

B. İsim ve Soyisim Hakkı Konusunda Devletlerin Takdir Yetkisi

Mahkeme, kamu düzenini ve üçüncü kişilerin haklarını korumak amacıyla taraf devletlere isim/soyisim değişikliği konusunda belli kriterler koyma hakkını vermektedir. *Stjerna* kararında, Strasbourg Hakimisi, ismin değiştirilmesi konusunda uygulanan şartlar ile ilgili taraf devletlerin iç hukuk sistemleri arasında benzerlikler bulunmadığını ifade etmiştir. Bu durumda devletler geniş bir takdir yetkisinden faydalanırlar.⁷⁰

Devletlerin bu geniş takdir yetkileri *Guillot/Fransa*⁷¹ da kendini göstermiştir. Dava, başvuru olan anne-babanın kız çocuklarına istedikleri ismi verme ile ilgili taleplerinin reddedilmesine ilişkindir. Verilmek istenen isim "*Fleur de Marie, Armine, Angèle*", olmasına rağmen, Fransız makamları çocuğun ismini "*Armine, Angèle*" olarak nüfusa kaydederler. Eski Komisyon gibi, Mahkeme, çocuğa özgürce isim vermenin özel ve duygusal bir anlam ifade ettiğini ve anne babanın özel yaşamlarının bir parçası olduğu gerekçesiyle 8. maddenin uygulanmasına karar vermiştir.⁷² Ancak, Fransız makamlarına,⁷³ çocuğun faydası gereği bu ismi nüfus kayıtlarına yazmayı reddetmeleri konusunda hak vermiştir. Ayrıca, her ne kadar başvurucular, çocuklarına istedikleri ismi verememekten dolayı bir sıkıntı çekmişlerse de bu sıkıntıdan devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği sonucunu çıkararak mümkün değildir. Dolayısıyla, Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin

⁷⁰ AİHM, *Stjerna/Finlandiya*, a. g. k., § 39.

⁷¹ AİHM, *Guillot/Fransa*, 24 Ekim 1996 tarihli kararı, no: 22500/93.

⁷² A. k., § 22.

⁷³ Finlandiya makamlarına olduğu gibi. Bu konuda, bkz. AİHK, *Salonen/Finlanda*, 2 Temmuz 1997 tarihli kabuledilemezlik kararı, no: 27868/95.

8. maddesi ihlal edilmemiştir. Avrupa Hakimi aynı sonuca, *G. M. B. et K. M. c. İsviçre*⁷⁴ davasında varmıştır. Bu başvuruda, başvurucular kızlarına annesinin ismini alma istemlerinin reddedilmesinden şikayet etmektedirler. Aynı şekilde, devletlerin takdir yetkisine dayanarak, Mahkeme başvuru Sözleşme'nin 35 maddesi anlamında kabul edilemez bulmuştur.

Devletin takdir yetkisinin genişliği, *Mentzen alias Mencena / Letonya*⁷⁵ ve *Kuharec alias Kuhareca / Letonya*⁷⁶ davalarında tekrar karşımıza çıkmaktadır. Birincisinde, başvurucu, bir Alman vatandaşı ile evlendikten sonra "*Mentzen*" soyismini alır. Bu soyisim ile yeni pasaport almak için ilgili mercileri başvurur. Ancak, ulusal makamlar, isim ve soyisimlerin Letonya dil ve ortograf kurallarına uygun hale getirilmesini öngören yönetmelik hükümlerini uygulayarak başvurucunun ismini "*Mencena*" olarak pasaporta kaydederler. Ama pasaportun 14. sayfasında asıl soyismin "*Mentzen*" olduğunu not düşerler. Başvurucunun "*Mentzen*" isminin hiçbir değişiklik yapılmadan kaydedilmesi için yaptığı başvurular, iç hukuk yargı organları tarafından reddedilir.

Mahkeme, öncelikle bu davada, sorunun soyisim değişikliği olmadığını ama ismin kullanılmasının düzenlenmesi olduğunu, çünkü ilk bakışta "*Mencena*" isminin "*Mentzen*" ile bazı harfleri değiştirilmesine rağmen aynı isim olduğunun farkedildiğini belirtmiştir. Buna rağmen, bu durumun başvurucu için sosyal hayatta bazı sıkıntılar yaratabileceğinden, başvurucunun özel hayatına bir müdahale olduğunu kabul etmiştir. Ancak, Mahkeme bu sıkıntıların, soyismin yeni ve eski versiyonu arasındaki farktan kaynaklanmadığını belirtmiş ve ismin harflerinin değiştirilmesinden sonra gülünç veya kaba hale gelmediğinin altını çizmiştir. İç hukukta, bu sıkıntıları bertaraf etmek için ismin her iki halinin hukuksal anlamda aynı değeri taşıdığını ve pasaportlarda her iki isimde yazıldığını gözlemlemiştir. Ayrıca, Mahkeme, ulusal hukukta yapılan yeni düzenlemelerle, ismin eski ve yeni versiyonlarının aynı sayfada yazıldığını, bu durumun ilgili şahsın zor durum-

⁷⁴ AİHM, G.M.B. ve K.M./İsviçre, 27 Eylül 2001 tarihli kabuledilemezlik kararı, no: 36797/97.

⁷⁵ AİHM, *Mentzen alias Mencena/Lettonya*, a.g.k.

⁷⁶ AİHM, *Kuharec alias Kuhareca/Lettonya*, 7 Aralık 2004 tarihli kabuledilemezlik kararı, no: 71557/01.

da kalmasını engellemek amacıyla olduğunu ifade etmiştir. Kaldı ki, “*Mencena*” ismi, başvurucuyu Anayasa ile korunmuş ekonomik, sosyal ve politik haklarını kullanmasında bir engel teşkil etmemektedir. Bununla birlikte, bu isimle hiçbir zaman başvurucunun seyahat özgürlüğü dahil olmak üzere hiçbir özgürlüğü kısıtlanmamıştır. Bu nedenlerle, Mahkeme, Letonya makamlarının kendilerine tanınan takdir yetkisi içerisinde hareket ettikleri sonucuna varmıştır.

Kuharec alias Kuhareca / Letonya davasına gelince, bu başvuruda, Rus vatandaşı olan başvurucunun “*Kuharec*” olan ismi, kendisine Letonya’da uzun süre yabancılara verilen pasaporta “*Kuhareca*” olarak yazılır. Başvurucu, soyadının Ukraynalı eski eşinin ismi olduğunu, Rusça ve Ukraynaca da bu ismin hiçbir değişiklik yapılmadan yazılıp kullanıldığını ve ismine yeni harf eklenmesinin isminin değiştirilmesi anlamına geleceğini savunarak ilgili ulusal makamlara başvurur. Ayrıca, kendi isminin “*zorla Letonlaştırıldığı*” da altını çizmektedir. Ancak, yabancılara verilen pasaportlara ilişkin yasal düzenlemelere göre bu tür pasaportlara yazılan isim ve soyisimlerin Leton gramer kurallarına göre yapılacağını belirterek, başvurucunun talebi ulusal hukukta reddedilmiştir. Ancak iç hukuk organları, başvurucuya, istediği takdirde isminin eski halinin pasaportun ileriki sayfalarına yazılabileceğini ifade etmişlerdir. Mahkeme, *Mentzen alias Mencena/Letonya* kararına benzer gerekçelerle, soyisim konusunda devletlerin geniş taktir yetkileri olduğunu tekrarlamıştır.⁷⁷ İsim konusunda ise aynı sonucu *Baylac-Ferrer ve Suarez/Fransa*⁷⁸ kararında görmekteyiz. Bu davada, Mahkeme, Fransız makamlarının, çocuklarına vermek istedikleri Katalanca olan “*Marti*” ismini “*Marti*” olarak yazmalarını kendi takdir yetkileri içinde olduğuna karar vermiştir.

Mentzen alias Mencena / Letonya ve *Kuharec alias Kuhareca / Letonya* kabuledilemezlik kararlarında⁷⁹ devletlerin takdir yetkileri dışında

⁷⁷ Mahkeme, 8 Kasım 2001 tarihli *Šiškina et Šiškins/Letonya* kabuledilemezlik kararında ise (no: 59727/00), yine yabancılara verilen pasaporta, başvurucunun Rusça olan “*Šiškina*” isminin Leton dil kurallarına uygun hale getirilerek, “*Šiškins*” olarak yazılmasında Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

⁷⁸ AİHM, *Baylac-Ferrer ve Suarez/Fransa*, a.g.k.

⁷⁹ *Baylac-Ferrer ve Suarez/Fransa* kabuledilemezlik kararında ise, Mahkeme sınırlamanın meşru amaca varıp varmadığı konusunu, tarafların bu konuda itirazları olmadığı için inceleme gereği dahi duymamıştır.

dikkat çeken bir başka nokta ismin sınırlandırılmasında hangi “meşru amaca” yönelik olduğu konusudur. Yabancı isimlerin Leton gramer sistemini ve dil bütünlüğünü koruma amacı ile değiştirilmesi hangi meşru amaca yönelik olabilir?

Mahkeme, dil veya dillerin bütünlüğünün korunmasının Sözleşme’nin 8. maddesinde belirtilen meşru amaçlar arasında sayılmadığının ve 5 § 2 et 6 § 3 a) et e) maddeleri hariç olmak üzere, Sözleşme’nin dil hakkını başlı başına korumadığının farkındadır. Bu nedenle, devletler, Sözleşme’de belirtilen haklara saygı çerçevesinde dil hakkına sınırlamalar getirebilirler ve bu konuda takdir yetkileri çok geniştir. Her taraf devlet, kendi anayasasında bir veya birden fazla resmi dil seçer. Bunu yaparken, kendi vatandaşlarına resmi dili sadece özel yaşamlarında değil aynı zamanda idare ile olan ilişkilerinde kullanmayı garanti eder. Resmi bir dilin varlığı okuyucular için subjektif bazı hakların da var olduğunu ifade eder.

Ayrıca, Mahkeme, Letonya Anayasa Mahkemesi’nin bir kararına atıfta bulunarak, Leton dilinin sosyal ilişkilerdeki zayıflığını ve bu nedenle güçlendirilmesi gerektiğinin altını çizer. Bu nedenlerle, isim veya soysisim hakkına getirilen sınırlamaların 8. maddede belirtilen birçok meşru amaca yönelik olduğunu, en azından “üçüncü kişilerin haklarını” koruma amacı taşıdığı sonucuna varmıştır.⁸⁰

Mahkemenin vardığı bu sonuç tartışmalıdır. Öncelikle, belirtilen argümanlar ile varılan sonuç arasında çok fazla bir illiyet bağı bulunmamaktadır. Şu ana kadar hiçbir davada, Mahkeme sınırlamaların 8, 9, 10 ve 11. maddede belirtilen meşru amaçlara uygun olmadığından dolayı, savunmacı devletleri mahkum etmemiştir. Ancak, yukarıda belirtilen davalarda, resmi dilin korunması 8. maddenin 2. paragrafında belirtilmemesine rağmen, Mahkeme soyisme getirilen kısıtlamanın “üçüncü kişilerin haklarını” koruma amacına yönelik olduğuna karar vermiştir.

⁸⁰ Mahkeme, aynı sonuca *Kemal Taşkın ve diğerleri/Türkiye* kararında varmıştır. Ancak farklı olarak, “üçüncü kişilerin haklarının” korunması yanında “kamu düzenin korunması” da, meşru amaç olarak eklemiştir (AİHM, Taşkın ve diğerleri/Türkiye, a. g. k, §§ 57-58). Gerçekten de, idaredaki dil birliğinin korunması, üçüncü kişilerin haklarını korunmasından çok kamu düzenini ilgilendirmektedir.

Bir şahsın kendi soyadını korumak istemesinin, daha doğrusu ulusal makamlar tarafından değiştirilmesini istememesinin, üçüncü kişilerin haklarıyla alakasını anlamak mümkün görünmemektedir. Yukarıda belirtilen letton davalarında, Mahkeme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine ilişkin vardığı sonuca katılmakla birlikte, isim ve soyisim hakkına, başkasının haklarını korumak amacıyla sınırlama getirme, kanaatimizce ikna edici değildir.

Mahkeme, *Mentzen alias Mencena/Letonya* ve *Kuharec alias Kuhareca/Letonya* davalarında koymuş olduğu prensipleri *Bulgarov/Ukrayna* kararında daha sistemli bir şekilde uygulama yoluna gitmiştir. Prensipler şu şekilde sistematize edilmiştir:

-a. başvurucuların orjinal soyisimleri ve değiştirilmiş versiyonları arasındaki fark çok küçüktür;

-b. başvurucuların orjinal soyisimleri pasaportun ileriki sayfalarına yazılmıştır;

-c. soyisimlerin ulusal makamlar tarafından değiştirilen yeni versiyonu, başvurucuların tanınmasını zorlaştırmamaktadır;

-d. pratik hayatta başvurucular soyisimlerinin değiştirilmesinden sonra yaşadıkları sıkıntılar çok ciddi değildir.

Bu dört kriteri *Bulgarov / Ukrayna* kararına uygulayan Mahkeme, Rus kökenli olan "Dimitri" isminin Ukraynacaya çevrilerek "Dmytro" olarak pasaportuna yazılmasında, 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu başvuruda Strasbourg Hakimi, başvurucunun "Dmytro" ismini uzun süreden beri kullandığını ve bu ismin başka bir çok resmi belgede yazıldığını gözlemlemiştir. Kaldı ki, başvurucu, isminin değiştirilmesi için ulusal hukukta öngörülen prosedürü işletmemiştir.

Sonuç

İnsan Hakları Mahkemesi'nin çabalarına rağmen, ismin/soyismin seçilmesi ve değiştirilmesi konusunda ve bunların çocuklara verilmesine bağlı olarak cinsiyete dayanan ayrımcılık ile ilgili hükümler hala birçok taraf devletin mevzuatında ve pratiğinde bulunmaktadır. Bu

nedenle 27 Eylül 1978 tarihli cinsiyet ayrımcılığına karşı yasal korumayla ilgili tavsiye kararında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, taraf devletlere bu konuda her türlü ayrımcılığı içeren hükümlerin kaldırılmasını istemektedir.⁸¹ Ayrıca, 5 Şubat 1985 tarihli cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığa karşı hukuksal korumaya dair tavsiye kararında⁸² ise Komite üye ülkelerden eşlerin soyisim konusunda her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırmak için gerekli yasal önlemleri almaya ve yasal düzenlemeleri yapmaya davet etmektedir.⁸³

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi de, 28 Nisan 1995 tarihli kadın ve erkekler arasında ismin seçimi ile ilgili her türlü ayrımcılığın önlenmesine dair tavsiye kararında⁸⁴ Bakanlar Komitesi'nden bu konuda ayrımcı hükümler içeren devletleri tespit etmesini ve onlardan evlilikten sonra isim seçme konusunda eşler arasında bir eşitliği sağlamak için gerekli önlemleri alması gerekliliğini belirtmesini istemiştir.⁸⁵ Bakanlar Komitesi, buna dayanarak, taraf devletlerden ayrımcı hükümleri iç hukuklarından çıkarmalarını istemiştir. Bunun yanında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 24 § 4 maddesinin devletleri, kadınlar ve erkekler arasında özellikle evlilikten sonra eşlerin eski isimlerini korumaları konusunda ve evlilik birliğinde doğacak çocukların isimlerinin verilmesi konusunda her türlü ayrımcılığı önlemesi gerektiğinin altını çizmiştir.

Türkiye'de ise, kadın ve erkek arasında ayrımcı bir hüküm olan Medeni Kanun'un 187. maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Ünal Tekeli* davasında oluşturulan içtihat doğrultusunda değiştirilmesi gerekmektedir.⁸⁶

⁸¹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, özel hukukta cinsiyet ayrımcılığına karşı karşı yasal koruma ile ilgili 27 Eylül 1978 tarihli (78) 37F sayılı tavsiye kararı.

⁸² Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, her türlü ayrımcılığa karşı hukuksal korumaya dair 5 Şubat 1985 tarih ve R (85) 2 F sayılı tavsiye kararı.

⁸³ AİHM, *Ünal Tekeli/Türkiye*, a.g.k., § 17.

⁸⁴ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, kadın ve erkekler arasında ismin seçimi ve çocuğa verilmesi ile ilgili her türlü ayrımcılığın önlenmesine dair 28 Nisan 1995 tarih ve 1271 (1995) sayılı tavsiye kararı.

⁸⁵ AİHM, *Ünal Tekeli/Türkiye*, a.g.k., § 18.

⁸⁶ Bu konuda, Türkiye, ayrımcı bir hüküm gibi görünen 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 16. maddesi, 19 Temmuz 2003 tarihli 4928 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle değiştirmiştir. Bu değişikliğe göre, "milli kültürümüze, ahlak kurallarına örf ve adetlerimize uygun düşmeyen veya kamuoyunu inciten adlar konulmaz,

Bunun yanında Soyadı Kanunu'nun 3. maddesi,⁸⁷ yabancı kökenli Türkiye vatandaşlarının Türkçe dışında bir soyisim alma ve varolan soyisimlerini değiştirmeyi engellemektedir. Ayrımcı ve Sözleşme ile uyumsuz görünen bu hüküm, Süryani kökenli bir yurttaşın başvurusunu ciddiye alan Midyat Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüştür. 16 Temmuz 2009 tarihli ara kararıyla, Yüksek Mahkeme davayı 2009/47 numarası altında esastan incelemeye karar vermiştir.⁸⁸

KAYNAKLAR

KİTAPLAR

- Bilge Öztan, *Şahsın Hukuku (Hakikî Şahıslar)*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2001.
- Frédéric Sudre *vd*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 5. bas., Puf, Paris, 2009.
- Mustafa Alper Gümüş, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal rejimleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- Nuray Ekşi, *Vatandaşlık Hukukumuzda Türkçe Olmayan Ad ve Soyadı Meselesi*, Beta, İstanbul, 2008.
- Patrice Hilt, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 2004.
- Sultan Üzeltürk, *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, Beta, İstanbul, 2004.

MAKALELER

- Emmanuel Decaux & Paul Tavernier, "Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *Journal du Droit International*, 1995.

doğan çocuk babasının, evlenme dışında doğmuş ise anasının soyadını alır" hükmü, "ahlak kurallarına uygun düşmeyen veya kamuoyunu inciten adlar konulmaz, doğan çocuk babasının, evlilik dışında doğmuş ise anasının soyadını alır" biçimini almıştır. Her ne kadar halen pratikte, Türkçe kökenli olmayan isimlerin kaydedilmeleri sorun çıkarıyorsa da, 16. maddenin değiştirilmesi, Sözleşme'ye uyum anlamında olumlu bir gelişme olarak kaydedilmelidir.

⁸⁷ Soyadı Kanunu'nun 3. maddesi şu şekildedir: "Rütbe ve memuriyet, aşiret ve yabancı ırk ve millet isimleriyle umumi edeplere uygun olmayan veya iğrenç ve gülünç olan soyadları kullanılamaz".

⁸⁸ Sezgin Tanrıkulu, "Demokratik Açılım Kürt Meselesinde Hukuk ve Adalet", *Güncel Hukuk Dergisi*, Ekim, 2009/10-70, s. 41.

- Françoise Furkel, "L'arrêt de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe du 8 mars 1988 et la constitutionnalité des dispositions allemandes sur le nom conjugal", *Revue internationale de droit comparé*, 1988.
- Frédéric Sudre, "Droit de la Convention européenne des droits de l'homme", *Jurisclasseur périodique-Semaine juridique*, 1995, I, n° 3823.
- Frédéric Sudre, "Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme", *RTDH*, 1995.
- Frédérique Granet-Lambrechts, "Le droit à l'identité", in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Haz. Frédéric Sudre, Bruylant, Bruxelles, 2005.
- Jean François Flauss, "La protection de l'intégrité du nom par le droit communautaire", obs. sous l'arrêt de la CJCE du 30 mars 1993, Konstantinidis, *RTDH*, 1994.
- Marie-Christine Meyzeaud-Garaud, "La législation turque relative au nom porté par les époux viole la Convention européenne des droits de l'homme : quels enseignements pour le droit français", *Revue Juridique Personnes & Famille*, n° 2, 2005.
- Mathias Audit, "Principe de non-discrimination et transmission du nom de famille en Europe", note sous l'arrêt Garcia Avello du 2 octobre 2003, *Recueil Dalloz*, 2004, n° 21.
- Pascaline Georgin, "La liberté de choix du nom de famille de deux époux", *RTDH*, 1995.
- Senem Aslan, "Incoherent State: The controversy over Kurdish Naming in Turkey", *European Journal of Turkish Studies*, 10/2009 (<http://ejts.revues.org/index4142.html>).
- Sezgin Tanrikulu, "Demokratik Açılım Kürt Meselesinde Hukuk ve Adalet", *Güncel Hukuk Dergisi*, Ekim, 2009/10-70.
- Yüksel Hız & Zekeriya Yılmaz, "Ad, Adın Çeşitleri, Kazanılması, Değiştirilmesi ve Ad Üzerindeki Hakkın Korunması", *Adalet Dergisi*, Sayı 18, Ocak 2004, (http://www.yayin.adalet.gov.tr/18_sayi.htm).

KARARLAR

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu

- Burghartz/İsviçre*, 19 Şubat 1992 tarihli kabuledilebilirlik kararı, n° 16213/90.
- Burghartz/İsviçre*, 21 Ekim 1992 tarihli raporu, n° 16213/90.
- Stjerna/Finlandiya*, 8 Temmuz 1993 tarihli raporu, n° 18131/91.
- Georg Rogl/Allemagne*, 20 Mayıs 1996 tarihli kabuledilebilirlik kararı, n° 28319/95.

Salonen/Finlanda, 2 Temmuz 1997 tarihli kabuledilemezlik kararı, n° 27868/95.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Belçikada Eğitim Dili Davası/Belçika (asıl), 23 Temmuz 1968 tarihli kararı, n°s 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64.

Tyrrer/Birleşik Krallık, 25 Nisan 1978 tarihli kararı, n° 5856/72.

Airey/İrlanda, 9 Ekim 1979 tarihli kararı, n° 6289/73.

X ve Y/Hollanda, 26 Mart 1985 tarihli kararı, n° 8978/80.

Rees/Birleşik Krallık, 10 Ekim 1986 tarihli kararı, n° 9532/81.

Niemietz/Almanya, 16 Aralık 1992 tarihli kararı, n° 13710/88.

Gaskin/Birleşik Krallık, 7 Temmuz 1983 tarihli kararı, n° 10454/83.

Cossey/Birleşik Krallık, 27 Eylül 1990 tarihli kararı, n° 10843/84.

Burghartz/İsviçre, 22 Şubat 1994 tarihli kararı, n° 16213/90.

Keegan/İrlanda, 26 Mayıs 1994 tarihli kararı, n° 19969/90.

Stjerna/Finlandiya, 25 Kasım 1994 tarihli kararı, n° 18131/91.

Guillot/Fransa, 24 Ekim 1996 tarihli kararı, n° 22500/93.

Mazurek/Fransa, 1 Şubat 2000 tarihli kararı, n° 34406/97.

Gisèle Taieb dite Halimi/Fransa, 20 Mart 2001 tarihli kabuledilemezlik kararı, n° 50619/99.

Özgür Gündem/Türkiye, 16 Mart 2000 tarihli kararı, n° 23144/94

P.G. ve J.H./Birleşik Krallık, 25 Eylül 2001 tarihli kararı, n° 44787/98.

G.M.B. ve K.M./İsviçre, 27 Eylül 2001 tarihli kabuledilemezlik kararı, n° 36797/97.

Šiškina et Šiškins/Letonya, 8 Kasım 2001 tarihli kabuledilemezlik kararı, n° 59727/00.

Mustafa/Fransa, 17 Haziran 2003 tarihli kararı, n° 63056/00.

Ünal Tekeli/Türkiye, 16 Kasım 2004 tarihli kararı, n° 29865/96.

Kuharec alias Kuhareca/Letonya, 7 Aralık 2004 tarihli kabuledilemezlik kararı, n° 71557/01.

Mentzen alias Mencena/Letonya, 7 Aralık 2004 tarihli kabuledilemezlik kararı, n° 71074/01.

Makaratsiz/Yunanistan, 20 Aralık 2004 tarihli kararı, n° 50385/99.

K.A. ve A.D./Belçika, 17 Şubat 2005 tarihli kararı, n° 42758/98 ve n° 45558/99.

Ouranio Toxo ve diğerleri/Yunanistan, 20 Ekim 2005 tarihli kararı, n° 74989/01.

Daróczy/Macaristan, 1 Temmuz 2008 tarihli kararı, n° 44378/05.

Baylac-Ferrer ve Suarez/Fransa, 25 Eylül 2008 tarihli kabuledilemezlik kararı, n° 27977/04.

Güzel Erdagöz/Türkiye, 21 Ekim 2008 tarihli kararı, n° 37483/02.
Demir ve Baykara/Türkiye, 12 Kasım 2008 tarihli kararı, n° 34503.
Karov/Bulgaristan, 16 Kasım 2008 tarihli kararı, n° 45964/99.
S ve Marper/Birleşik Krallık, 4 Aralık 2008 tarihli kararı, n° 30562/04 et
n° 30566/04.
Kemal Taşkın ve diğerleri/Türkiye, 2 Şubat 2010 tarihli kararı, n° 30206/04,
n° 37038/04, n° 43681/04, n° 45376/04, n° 12881/05, n° 28697/05,
n° 32797/05 et n° 45609/05.
Ciubotaru/Moldavya, 27 Nisan 2010 tarihli kararı, n° 27138/04.

Avrupa Birliği Adalet Divanı

Konstantinidis, 30 Mart 1993 tarihli kararı, n° C-168/91 (www.curia.europa.eu).

Anayasa Mahkemesi

E. 1997/61, K. 1998/59, 29 Eylül 1998 tarihli kararı, RG, 15.11.2002, S.24937.

Yargıtay

2. HD, 2005/1153 E, 2006/1822 K ve 7 Mart 2006 tarihli kararı
HGK, 18-127 E, 154 K ve 1.3.2000 tarihli kararı.
18. HD, 1994/7386 E, 1994/8560 K ve 21 Haziran 1994 tarihli kararı.

BELGELER

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Özel hukukta cinsiyet ayrımcılığına karşı yasal korumayla ilgili 27 Eylül 1978 tarihli (78) 37F sayılı Tavsiye Kararı.
Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, her türlü ayrımcılığa karşı hukuksal korumaya dair 5 Şubat 1985 tarih ve R (85) 2 F sayılı tavsiye kararı.
Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, kadın ve erkekler arasında ismin seçimi ve çocuğa verilmesi ile ilgili her türlü ayrımcılığın önlenmesine dair 28 Nisan 1995 tarih ve 1271 (1995) sayılı tavsiye kararı.

ABD FEDERAL MAHKEMELERİNİN SINIRLARDA BİLGİSAYAR ARAMALARINA İLİŞKİN KARARLARI VE DEĞERLENDİRMELER*

AN ANALYSIS ON CASES OF FEDEREL COURTS REGARDING COMPUTER SEARCHES AT THE BORDERS IN THE UNITED STATES

İlyas ŞAHİN**

Özet: ABD Anayasası arama, elkoyma ve yakalama işlemlerine karşı kişilere güvenceler sağlar. Madde genel olarak devlet görevlilerinin yerine getireceği bu işlemler için, hakimden karar alınmasını, kararın da hem bir makul sebebe dayanmasını hem de yapılacak işlemlerin kapsamını belirginleştirmesini; ayrıca bu işlemlerin makul olarak yürütülmesini öngörmektedir.

Ek 4. maddenin aradığı karar zorunluluğuna Yüksek Mahkeme kararları ile istisnalar getirilmiştir. Sınır aramaları da bunlardan olup kural olarak hakim kararı gerekmez. Bir şüphe olmasa da rutin aramalar yapılabilir. Ancak rutini aşan aramalar için makul şüphe gerekir.

Sınırlarda bütün bagaj eşyası rutin aramaya tabi olduğu gibi dizüstü bilgisayarlar ve elektronik cihazların aranması da aynı kurallara tabidir. Federal mahkemelerin kararlarına göre bu aramalar için hakim kararı gerekmez. Hiç şüphe olmasa da arama yapılabilir, alıkonulabilir, kopyalama yapılabilir. Bu konuya ilişkin doğrudan bir yasal düzenleme yoktur.

Yasal düzenlemelere görülen zaruret nedeniyle Kongre'ye sunulan ve sınırlarda bilgisayar aramalarının kapsamı ve yöntemlerini konu alan tasarıların amacı, bu aramaları daha objektif hale getirmek ve kişilerin bilgilerinin keyfi olarak kopyalanmasını önlemek ve alınan bilgilerin yargılamada kullanılma şeklini ve imha usullerini belirlemektir.

Anahtar Sözcükler: ABD hukuku, ek 4. madde, sınır aramaları, bilgisayar, rutin arama, makul sebep, makul şüphe, elkoyma, gizlilik hakkı.

* Bu makale TÜBİTAK desteği ile University of Iowa'da yapılan çalışmalar sırasında hazırlanmıştır.

** Dr., Yargıtay 4. Ceza Dairesi Tetkik Hakimi.

Abstract: The U.S. Constitution provides many fundamental guarantees of individual liberty by protecting the people against unreasonable searches and seizures. The Fourth Amendment imposes obtaining warrant, relying on probable cause, and describing particularly the place to be searched, and the persons or things to be seized. It also provides a general standard that all searches and seizures must be reasonable.

There are some exceptions to the warrant requirement, which have been established by the Supreme Court. Border search is one of them. At the borders as a principle, officers may conduct routine stops and searches without a warrant, probable cause, or reasonable suspicion or even an articulable suspicion.

All luggage searches at the borders are made as a routine search. Computers are also searched under the same rules. According to federal circuits' decisions computer searches can be made without warrant, and reasonable suspicion. There is no act regulating searches of electronic equipments. The purpose of a few proposed legislation at the Congress, involving computer searches is to keep the searches objective and prevent improper use of searched materials.

Keywords: Fourth Amendment, border search, routine search, computer search, probable cause, reasonable suspicion.

GİRİŞ

Devletlerin, egemenlik hakkının gereği olarak sınırlarını, ülkesini ve insanlarını korumak amacıyla sınırlardan giren herkesin durdurulmasına, üzerlerinin ve eşyalarının aranmasına ilişkin düzenlemeler yapma yetkisi vardır. Sınırların kontrol altında tutmak, kaçak girişleri ve sınırlar üzerinden gelecek ülke insanına zararlı şeyleri önlemek amacıyla denetimler yapılır. Bu denetimlerde, arama, elkoyma ve gerektiğinde kişilerin makul bir süre alıkonulması, ülkeye kabul edilmesi uygun görülmeyen kişilerin geri gönderilmesi gibi önlemlere başvurulmaktadır. Bu konuda getirilen sınırlama ve kısıtlamalar çok çeşitli milli yarar ve endişelerin karşılanmasına dayanmaktadır.

Sınır aramaları karar zorunluluğunun istisnasını oluşturduğundan hakim kararı aranmaz. Bir şüphe olmasa da rutin aramalar yapılabilir, bir sebep göstermek gerekmez. Eşya, çanta ve valizlerin tümü rutin aramaya tabidir. Rutin arama kapsamında bilgisayar ve elektronik cihazların da aranması mümkündür. Halen mevcut uygulama-

ya ve federal temyiz mahkemelerinin kararlarına göre bunlar eşyadan farklı değerlendirilmez. Kongre'de bulunan bir kanun tasarısı [S 3612], bilgisayar ve elektronik cihazlarla ilgili sınırlarda yürütülmekte olan arama ve elkoyma yöntemlerini özetleyerek bazı tespitlerde bulunmuştur: Sınırlarda ve uluslararası havaalanlarında gümrük görevlilerinin yaptığı aramalar bakımından dizüstü bilgisayarlar ve elektronik cihazlar konusunda diğer çanta, bagaj eşyası ve kapalı kutuların aranmasından farklı yaklaşım gösterilmediği, sıradan bir eşya gibi kabul edilmektedir.¹

Aynı tasarımın tespitler bölümünde tüm vatandaşların ve ABD'de oturma hakkı olanların dizüstü bilgisayarlarında, cep telefonları ve elde taşıdıkları cihazları ile elektronik ekipmanları üzerinde makul gizlilik beklentisi hakkına sahip olduklarının kabul edilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır.²

Bu çalışmada yalnızca federal temyiz mahkemelerinden verilen bilgisayar aramalarına ilişkin kararlar irdelenmiş ve değerlendirmeler yapılmıştır. Sınır aramalarının hukuki durumu ise başka bir çalışmada detaylı olarak ele alınmıştır. Bilgisayarın aranması ve alıkonulması da sınır aramalarına ilişkin genel kurallara paralel olduğundan sınır aramalarına dair genel hükümler de özet olarak açıklanmıştır.

Mahkeme kararlarına yönelik tepki ve eleştirilere kısaca değinilmiş ve bu eleştirileri karşılamaya elverişli olan sınırlarda bilgisayar ve elektronik cihazların aranmasına ilişkin yasa çalışmalarına da yer verilmiştir.

I. SINIR ARAMALARINA İLİŞKİN GENEL HÜKÜMLER

A. Karar Zorunluluğunun İstisnası Olarak Sınır Aramaları

Anayasa'nın Ek 4. maddesi, devlet görevlilerinin yapacağı arama, elkoyma ve yakalama faaliyetlerine karşı kişilere bazı güvenceler öngörmektedir. Madde, bu işlemlerin ancak hakim kararı ile yapılabilmesini; kararın da hem bir makul sebebe dayanmasını, hem de yapı-

¹ S.3612, Section (2/2) (<http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=s110-3612>)

² S.3612, Section (2/1)

lacak işlemlerin kapsamını belirginleştirmesini zorunlu tutmaktadır. Ayrıca bu işlemlerin görevlilerce makul ölçülerde yürütülmesini öngörmektedir. Ek 4. maddenin öngördüğü karar zorunluluğuna Yüksek Mahkeme kararları ile bazı istisnalar getirilmiş olup sınır aramaları da bu istisnalardandır.

Yüksek Mahkeme'nin kararları ile şekillenen Ek 4. madde analizine göre bazı hallerde karar zorunluluğu aranmaz. İstisna olarak kabul edilen bu haller dışında hakim kararı olmadan yapılan aramalar anayasaya aykırıdır.

Doktrinde farklı şekillerde tasnif edilmekle birlikte genellikle kabul gören karar zorunluluğu istisnaları şunlardır: (a) Olağanüstü şartlar istisnası, (b) Polisin durdurma ve arama yetkisi olan haller, (c) İdari ve düzenleyici nitelikte arama ve güvenlik kontrolleri, (d) Geçerli bir yakalama işlemine dayanan arama, (e) Rızaya dayalı işlemler, (f) Açık ve görülebilir alanlar doktrini (Plain view doctrine), (h) Otomobil aramaları istisnası.³

Yüksek Mahkeme, adli kolluk birimlerince yürütülen soruşturma öncelikli ve delil toplama amaçlı arama işlemlerinde Ek 4. maddenin hem birinci cümlesini, hem de makul olma standardını düzenleyen ikinci cümlesini uygulamakta iken, idari ve düzenleyici nitelikte denetlemeler başta olmak üzere bir çok arama çeşitleri bakımından karar zorunluluğunu aramamaktadır.⁴ İdari arama ve kontroller, asıl olarak güvenlik amacıyla yapılır. Ancak bu denetimlerde kaçak bir madde ya da bir suç delili ortaya çıktığında yasal işlemler yapılmaktadır. Havaalanlarında, sınırlarda ve belirlenmiş bazı kontrol noktalarında yapılan aramalar, hükümlülerin ve şartlı salıverilenlerin takibi amacıyla yapılan genel kontroller buna örnek gösterilmektedir.⁵

³ ABD hukukunda karar zorunluluğu ve istisnalarına ilişkin bilgiler için, İlyas Şahin, "ABD Hukukunda Mahkeme Kararları Işığında Havaalanlarında Yapılan Aramaların Hukuki Durumu ve Son Gelişmeler", *KHUKA*, Yıl. 11, S.2. Eylül 2008 (2010) s. 115-147.

⁴ Stephen A. Saltzburg / Daniel J. Capra / Angela J. Davis, *Basic Criminal Procedure*, 4th Edition, Thomson-West 2005, s. 251.

⁵ Robert M. Bloom / Mark S. Brodin, *Criminal Procedure*, Aspen Publishers, Fourth Edition, 2004, s.105; James F. Anderson / Bankole Thompson, *American Criminal Procedure*, 2007, s. 141; Steven L. Emanuel, *Criminal Procedure*, 27th Edition, 2007, s. 152; Jerold H. Israel / Wayne R. Lafave, *Criminal Procedure*, Constitutional Limita-

Sonuç olarak, hakim kararı olmadan arama, elkoyma ve yakalama işlemleri yasaklanmış olmasına rağmen, sınırlarda yapılan aramalar bunun dışındadır.⁶ Yüksek Mahkeme içtihatları sınırlar bakımından hem karar zorunluluğuna istisna getirmiş, hem de şüphe olmadan rutin arama yapılabileceğine hükmetmiştir.⁷ Sınırları korunmasına ilişkin yararlar karşısında sınırlardan geçenlerin gizlilik yararları kısıtlanmış ve daraltılmıştır. Sınırlarda yapılan rutin aramalar bu nedenle makul sayılmaktadır.⁸

B. Sınır Aramaları Doktrini ve Aramaların Kapsamı

1. Sınır Aramaları Doktrini

Gümrükle ilgili kanunlar sınırlarda kaçak eşya araştırmak ve gümrük tarifelerini ödemeye zorlamak için bagajlarda arama yapmaya izin vermektedir. Bu çerçevede yolculardan bagaj eşyalarını açmaları, paket, cüzdan, el çantası ve buna benzer şeyleri boşaltmaları istenebilir.⁹ Federal gümrük görevlileri, karar olmadan rutin aramalar yapmaya yetkilidirler, ülkeye girenlerin üzerlerini ve bagaj eşyasını arayabilir ve yanlarında getirdikleri yasal olmayan şeylere el koyabilir. Bu durum sınırı yürüterek, araçla, tren ya da uçakla geçenlerin hepsi bakımından geçerlidir.¹⁰ Aramalar ülkeye girenlerin yanlarında kaçak eşya, gümrük işlemine tabi olup da beyan edilmemiş mallar olmadı-

tions, 6th Ed. 2001, s.134.

⁶ [U.S. v. Irving, 452 F.3d 110 (2d Cir. 2006); U.S. v. Romm, 455 F.3d 990, 996 (9th Cir. 2006), cert. denied, 127 S. Ct. 1024, 166 L. Ed. 2d 772 (U.S. 2007)] Clifford S. Fishman / Anne T. McKenna, Wiretapping § Eavesdropping: Surveillance In The Internet Age, § 23:19, Online Westlaw.

⁷ [United States v. Martinez-Fuerte, 428 U.S. 543, 561 (1976)] Andrew E. Taslitz / Margaret L. Paris / Lenese C. Herbert, *Constitutional Criminal Procedure*, Professor Review Copy Not For Sale, Foundation Press, 3rd Ed. 2007 Ed., s. 424; Newton, s. 91.

⁸ Saltzburg / Capra / Davis, s. 282.

⁹ [19 USCS § 1496] Daniel B. Blinka, "Screening Passengers And Property", In: *Electronic Surveillance, Commentaries And Statutes*, The Practice Commentaries Series, NITA (The National Institute for Trial Advocacy), 2003-2004 Edition, s.13.

¹⁰ [United States v. Cardenas, 9, F 3d. 1139 (5th Cir.1993)] Blinka, "Screening Passengers And Property", s.13; Brent E. Newton, *Practical Criminal Procedure, A Constitutional Manual*, NITA, 2005, s. 91.

ğından, suç unsuru bir nesne ya da tarımsal zararlı, tehlikeli maddeler bulundurmadıklarından emin olmak amacı ile yapılır.¹¹

Karar zorunluluğuna istisna sayılan ve sınırlarda yapılan aramalara ilişkin kurallar “sınır aramaları doktrini” (border search doctrine) olarak bilinir. Sınır aramaları doktrini, asıl olarak sınır çizgileri üzerinde uygulanmakla birlikte tamamen sınır hükmünde olması nedeniyle sınırlara eşdeğer sayılan yerlerde de uygulanır. Yurtdışından yolcuların geldiği uluslararası ulaşımaya açık havaalanları ve limanlar sınıra eşdeğer sayıldıkları için sınır aramaları doktrini geçerlidir. Bu doktrin uyarınca, sınır aramalarında kural olarak hakim kararı gerekmez. Rutin aramalar hiç bir şüphe olmasa da yapılabilir. Rutini aşan aramalar için bir şüphe nedenine dayanmak gerekmektedir. Bir suç işlediği makul şüphesi varsa kişilerin alıkonulması da mümkündür.¹²

Rutin aramalar için karar veya şüphe ya da haklı sebep (probable cause, reasonable suspicion, articulable suspicion) aranmaz.¹³ Ramsey kararında, “sadece bir kişinin veya nesnenin dışardan ülke içine girdiğine dair olguya dayanarak sınır aramalarının yapılabilmesi önceden beri benimsenmiş bir ilkedir. Ayrıca bir makul sebebe dayanmak gibi ek zorunluluk aranmaz.” denilmiştir.¹⁴ Bu tür zorunlulukları şart koşmak bunlarda amaçlanan yararların gerçekleşmesine mani olur. Onun için eşyalara zarar vermemek kaydıyla rutin arama yapılmasına izin verilmiştir.¹⁵

Sınır denetimleri sadece sınırlar üzerinde yapılan aramalara özgü değildir. Sınır noktalarının dışında da geniş bir alanda bu yetkiler kullanılabilir. Sınırlara yakın yollar üzerinde kurulan sabit noktalarda ve gezici devriye tarafından belirli koşullarda kaçak göçmen deneti-

¹¹ Russel L. Weaver / Leslie W. Abramson / John M. Burkoff / Catherine Hancock, Principles of Criminal Procedure, 3rd Edition, 2008, s. 155; Erwin Chemerinsky / Laurie L. Levenson, Criminal Procedure, Investigation, Aspen Publishers, 2008, s.159.

¹² Thomas N. McInnis, The Evolution of the Fourt Amendment, 2009, s. 107.

¹³ [U.S.-U.S. v. Montoya de Hernandez, 473 U.S. 531, 105 S. Ct. 3304, 87 L. Ed. 2d 381 (1985)] [(U.S. v. Smith, 273 F.3d 629 (5th Cir. 2001)] Lease, “Customs Duties”, 25 C.J.S, Searches and Seizures, § 229, Online Westlaw.

¹⁴ Micheal A. Cretacci, Supreme Court Case Briefs in Criminal Procedure, 2008, s. 116.

¹⁵ [U.S. v. Camacho, 368 F.3d 1182 (9th Cir. 2004)] Federal Procedure, Lawyers Edition, § 22:223, West La.

mi için araçlar ve kişiler durdurulup göçmenlik durumu sorgulanabilir. Deniz taşıtlarına yönelik bazı denetimler de sınır aramaları olarak kabul edilmektedir. Karasuları üzerinde ve kıyılara 12 mil uzaklıktaki açık denizlerde deniz taşıtlarında rutin döküman ve güvenlik denetimleri yapılabilir.¹⁶ Ülke içinde de işyerlerinde kaçak göçmen denetimleri yapılmaktadır.

Sınırlara yakın yollardaki sabit kontrol noktalarında ve gezici devriye tarafından yapılan denetimlerin sınırdan çok da uzak olmaması gerekir. Kaçak göçmen geçişini önlemek amacıyla yapılan bu denetimlerde sınır aramaları kuralları aynen uygulanmaz. Bunların kendine özgü kuralları vardır. Ancak bu denetimlerde de bir suçun varlığına ilişkin makul şüphe varsa görevlilerin arama, elkoyma ve yakalama yetkileri doğar.

Sınıra yakın bölgelerde sınır noktalarından uzaklaşmış olsa bile kişinin sınırı geçtiği karinesi varsa sınır araması yapılabilir. Bu yetkilerin kullanılmasını açıklayan doktrine “*genişletilmiş sınır aramaları doktrini*” (*extended border search doctrine*) denilmektedir. Genişletilmiş sınır aramaları doktrini sınır çizgileri üzerindeki denetim noktalarının dışında yerine getirilir. Ancak sınırı yeni geçtiği karinesine dayandığından sınırlarda uygulanan kurallar geçerli olur.¹⁷

Genişletilmiş sınır araması doktrinine göre, bir kişinin, aracın veya uçağın sınırı geçtiğine dair makul kesinlik varsa sınır araması yapılabilir. Görevlilerin bilgisinin tam kesin olması gerekmez. Makul bir kesinliğe sahip olmaları yeterlidir.¹⁸ Sınırın yeni geçildiği varsayımından hareketle arama yapıldığı için kişi veya nesnenin sınırdan henüz geçmiş olması, denetime tabi şeyin sınırı geçtikten sonra değişikliğe uğramamış olması ve bu konuda makul bir belirginlik olması gerekir. Ay-

¹⁶ McInnis, The Evolution of the Fourt Amendment, s. 108.

¹⁷ [U.S.-U.S. v. Cardenas, 9 F.3d 1139 (5th Cir. 1993); U.S. v. Caraballo, 917 F. Supp. 138 (D.P.R. 1996)] Stephen Lease, “Customs Duties”, Corpus Juris Secundum, 25 C.J.S, Searches and Seizures, § 230, Database updated June 2009, Online Westlaw.

¹⁸ [U.S. v. Ivey, 546 F.2d 139 (5th Cir. 1977)] Russell J. Davis / Laura Hunter Dietz / John R. Kennel, *American Jurisprudence*, “Customs Duties And Import Regulations”, § 308, 21A Am. Jur. 2d Customs Duties, Updated May 2009, Online Westlaw.

rica aramanın da sınır geçişinden sonra olabildiğince en erken noktada yapılması gerekir.

Yurtdışından gelen posta gönderilerinin de sınır aramaları kapsamında karar olmadan denetleneceği ve gerektiğinde aranacağı kabul edilmiştir.¹⁹ Eğer gönderinin uyuşturucu veya başka kaçak bir madde içerdiğinden şüphelenmek için haklı gerekçeler varsa açılabilir. Bu yetki *US v. Ramsey* kararında sınır aramalarının karar zorunluluğunun istisnası olarak kabul edilmesine dayanır.²⁰ Yüksek Mahkeme bu kararında yurtdışından gelen gönderilerin karar olmadan hatta makul şüphe olmasa da açılabileceğini belirtmiştir.²¹

B. Sınır Aramalarının Kapsamına İlişkin Kurallar

Sınır aramalarının kapsamı rutin ve rutin olmayan şeklinde iki ayrı kategoride ele alınarak belirlenmektedir. Rutin arama denildiğinde genellikle eşya araması basit üst araması anlaşılmaktadır. Rutin aramalar genellikle yolcuların gizlilik yararlarını ciddi ihlal etmeyen işlemler olarak nitelenmektedir.²² Yapılan işlemler rutin kapsamında kaldığı sürece görevlilerin subjektif takdirine göre eşya ve basit üst araması yapılabilecektir.²³

¹⁹ Yüksek Mahkeme sınır aramalarında toplumsal yararlar öncelik vermektedir. *Ramsey* kararına göre devletin istenmeyen kişi ve zararlı nesnelerin ülkeye girişini önleme yetkisi vardır. Bu yetki devletin sahip olduğu egemenlik hakkına dayanır. Kararda "bunların sınırlarda gerçekleşiyor olması makul sayılmaları için yeterli bir gerekçedir" denilmiştir. Sonuç olarak, sınırda karar olmadan kişilerin ve eşyanın aranması ve postanın denetlenmesi hukuka uygun sayılmaktadır. Saltzburg / Capra / Davis, s. 282; Joshua Dressler / Alan C. Michaels, *Understanding Criminal Procedure, Volume 1: Investigation*, 4th Edition, 2006, s. 315; Weaver / Abramson / Burkoff / Hancock, s. 156; Chemerinsky / Levenson, s. 159.

²⁰ Emanuel, s. 156.

²¹ Brent E. Newton, *Practical Criminal Procedure, A Constitutional Manual*, NITA, 2005, s. 91.

²² [U.S. v. Rivas, 157 F.3d 364 (5th Cir.1998)] *Federal Procedure, Lawyers Edition*, § 22:223. West Law.[United States v. Cardenas, 9, F 3d. 1139 (5th Cir.1993)] Blinka, "Screening Passengers And Property", s.13.

²³ [U.S.-U.S. v. Johnson, 991 F.2d 1287 (7th Cir. 1993)] Lease, "Customs Duties", 25 C.J.S, *Searches and Seizures*, § 229, Online Westlaw.

Yüksek Mahkeme'nin *U.S. v. Flores-Montano* kararına göre "eğer bir arama fazla ihlal edici değilse veya fiziki olarak bir değişiklik ya da zarar içermemekte ise bu arama rutin olarak nitelenebilir." Aramanın biraz fazla zaman alması ise onun rutin olma niteliğini değiştirmez.²⁴ Bir işlemin hukuka uygunluğunu değerlendirirken onun süresine değil rutin kapsamının içinde kalıp kalmadığına bakılır.

Bagaj eşyasının elle aranması rutin aramadır. Tüm açık veya kapalı bagaj eşyasının hiç bir sınırlama olmaksızın rutin arama çerçevesinde elle aranması mümkündür. Görevlilerin geçen araçları ikinci bir denetleme bölümüne alarak yolcuların bulunduğu bölümleri ve bagaj kısımlarını aramaları tipik rutin arama şeklidir.²⁵

Yüksek Mahkeme yolcuların dıştaki giyimlerinin, cüzdanlarının, el çantalarının, kişisel eşyalarının aranmasını rutin arama saymıştır.²⁶ Federal temyiz mahkemelerinin kararlarında, ayakkabı ve palto-çeket gibi dış kıyafetlerin çıkarılması, cep, cüzdan ve el çantalarının boşaltılması, eğitilmiş köpeklere koklatmaya tabi tutulması,²⁷ kişinin dış elbiselerinin aranması, eşyalarının, bagajlarının ve elçantalarının aranması²⁸ rutin arama olarak nitelenmiştir.

Anayasa'nın Ek 4. maddesinin ikinci cümlesi, birinci cümlede sayılan işlemlerin yerine getirilmesinin makul olmasını öngörmektedir. Rutin arama bile olsa denetim ve kontrollerin buna uygun olması gerekir, yani tamamen keyfilik içinde yürütülemez.²⁹ Ancak bunların ma-

²⁴ Robert Litt / Ronald Lee / Stephen Marsh, "WorKing On The Flight? How International Travel Can Result in Government Officials Examining Your Electronic Data" <http://www.arnoldporter.com/resources/documents/ca-worKingonthe-flight-021208.pdf>

²⁵ Chemerinsky / Levenson, s. 283.

²⁶ [(United States v. Montoya de Hernandez, 473 U.S. 531, 87 L.Ed.2d. 381, 105 S.Ct. 3304 (1985)] Blinka, "Screening Passengers And Property", s.13.

²⁷ [U.S. v. Kelly, 302 F.3d 291 (5th Cir. 2002)] Federal Procedure, Lawyers Edition, § 22:223, Database updated March 2010, Online West Law; Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, 2007, Online Westlaw, § 23:19.

²⁸ [U.S. v. Irving, 452 F.3d 110 (2d Cir. 2006); U.S. v. Romm, 455 F.3d 990, 996 (9th Cir. 2006), cert. denied, 127 S. Ct. 1024, 166 L. Ed. 2d 772 (U.S. 2007)] Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19

²⁹ [U.S.-U.S. v. Johnson, 991 F.2d 1287 (7th Cir. 1993)] Lease, "Customs Duties", 25 C.J.S, Searches and Seizures, § 228, Online Westlaw.

kul sayılması için çok özel koşullar da aranmaz. Arama yapılacak kişiler takdire göre seçilir.

Çok az bir şüphe bile sınırda üst araması yapmaya yeterli gerekçe oluşturur.³⁰ Sınır aramalarındaki makullük ölçütü ile ülke içinde gerçekleşen aramalarındaki makullük arasında farklılık olabileceği de kabul edilmelidir.

Rutini aşan işlemler daha ihlal edici nitelikte olduğundan bir suçun varlığına dair makul şüpheyi gerektirir³¹ ve rutin aramalara göre daha sıkı kurallara tabidir. Bunlar tümüyle takdire dayalı olarak yapılamaz.

Eşyaların aranması genellikle rutin arama sayılmakta iken, kişinin kendisine yönelik aramalar³² örneğin kişinin elbiselerini çıkarmasını gerektirir ya da uzun süre alıkonulması sonucunu doğurur ise rutin kapsamının dışında kalır.³³ Kişinin vücuduna veya beden boşluklarına X-ray cihazına tutularak bakılması gibi da rutini aşan arama sayılmaktadır.³⁴ Bagaj eşyası, kargo malzemesi, araç, deniz taşıtı ya da benzeri varlıkların içinde barındırdığı şeyleri denetleyebilmek için onları delmek rutin aramayı aşan mütecaviz işlemler olarak nitelenmektedir. Dolayısıyla bunlar da ancak makul şüpheye dayanarak yapılabilir.

³⁰ [(U.S. v. Montoya de Hernandez, 473 U.S. 531, 105 S. Ct. 3304, 87 L. Ed. 2d 381 (1985); U.S. v. Smith, 273 F.3d 629 (5th Cir. 2001); (U.S. v. Cardenas, 9 F.3d 1139 (5th Cir. 1993); (U. S. v. Sandler, 644 F.2d 1163 (5th Cir. 1981))] Lease, "Customs Duties", 25 C.J.S, Searches and Seizures, § 228, Online Westlaw.

³¹ [U.S.-U.S. v. Smith, 273 F.3d 629 (5th Cir. 2001); U. S. v. Sandler, 644 F.2d 1163 (5th Cir. 1981); Bradley v. U.S., 164 F. Supp. 2d 437 (D.N.J. 2001), order aff'd, 2002 WL 1723779 (3d Cir. 2002)] Lease, "Customs Duties", 25 C.J.S, Searches and Seizures, § 228, Online Westlaw.

³² [U.S. v. Rivas, 157 F.3d 364 (5th Cir.1998)]; [U.S. v. Johnson, 991 F.2d 1287 (7th Cir. 1993)] Federal Procedure, Lawyers Edition, § 22:223, West Law.

³³ [U.S. v. Irving, 452 F.3d 110, 122 (2d Cir. 2006)] Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19.

³⁴ Bunlara işaret eden mahkeme kararları; [Flores-Montano kararı 2004], [U.S. v. Montoya de Hernandez, 473 U.S. 531, 105 S. Ct. 3304, 87 L. Ed. 2d 381 (1985)] Karar metni: Chemerinsky - Levenson, s.164-169; [3 rd Circuit Bradley v. US kararı 2002] Newton, s. 91.

II. SINIRLARDA BİLGİSAYAR VE ELEKTRONİK CİHAZLARIN ARANMASI

A. Genel Olarak

Dizüstü bilgisayarların içine bomba yerleştirilmiş olması ihtimaline karşılık onun gerçekten bilgisayar olup olmadığını anlamak için açılıp tekrar kapatılması alışılmış bir denetim şeklidir. Ancak sınırlarda bilgisayarların incelenmesi, kopyalanması ve hatta bir süre alıkonulması sürpriz bir uygulamadır. Daha ayrıntılı inceleme gerekirse karar olmadan alıkonulmakta veya tüm disklerden kopya alınmaktadır. Bu durum gizlilik hakları bakımından yadırganan bir uygulamadır. Sınır aramalarında uygulanan genel kuralların bilgisayar yönünden de uygulanması bazı federal mahkemelerce açıkça onaylanmıştır. Diğer eşyadan fark gözetmeksizin şüphe olmadan aranmasına izin verilmesi tartışmalara neden olmuştur.

Sınır aramaları istisnası ülkenin güvenliği, halkın sağlık ve refahı gerekçeleri ile benimsenmiştir. Federal mahkemelerce bilgisayar ve elektronik cihazların aranmasının sınır aramaları istisnasına dahil olduğuna karar verilmiştir.³⁵ Ama şüphe derecesinin ne olması gerektiği konusunda ortak bir içtihat oluşmamıştır. Bazı mahkemeler bilgisayar aramaları için makul şüpheye bile gerek olmadığına karar vermişlerdir.

Federal temyiz mahkemelerinin kararlarına bakıldığında, *U.S.v. Irving*³⁶ kararında, aramanın rutin bir arama olup olmadığı konusunda değerlendirme yapılmamıştır. Çünkü aramayı oluşturan şartların makul şüphe için yeterli olduğu kabul edilmişti. Federal 4. Temyiz Mahkemesi'nin *Ickes* kararında aramaların makul şüphe gerektirmediği belirtildi. Bilgisayarda inceleme başlamadan önce diğer çantalar-

³⁵ Federal 9. ve 4. Temyiz Bölge Mahkemelerinin "şüphe olmadan da arama yapılabileceğine" dair kararları vardır. 1, 3, ve 5. bölgelerdeki ilk derece federal mahkemelerin de aynı içerikte kararları vardır. 2. ve 5. Federal Temyiz Bölge Mahkemelerinin kararları da var ise bunlarda şüphe gerekçesi zaten var olduğu için açıklama yapılmamıştır. Adrien F. Snead, "Redefining Fourth Amendment Rights in The Digital Age: Suspicionless Border Searches of Electronic Data Storage Devices", s. 5. http://www.abanet.org/natsecurity/09writing_comp_winner_aSnead.pdf

³⁶ [U.S. v. Irving, 452 F.3d 110, 124 (2d Cir. 2006)]

da uyuşturucu ve çocuk pornografisi ile ilgili materyaller bulunmuştu. Mahkeme bilgisayar aramasının rutin bir arama olduğuna, ama olayda zaten makul şüphenin de var olduğuna işaret etti. Bu kararlarda bilgisayarların aranabilmesi için makul şüphe gerekip gerekmediği konusu aydınlatılmış değildir. Ama Federal 9. Temyiz Mahkemesi'nin *Arnold* kararında açıkça dizüstü bilgisayarların ve diğer elektronik cihazların aranmasında makul şüphe gerekmediği belirtilmiştir.³⁷

Arnold kararından önce de federal mahkemelerin bilgisayar aramalarını onaylayan kararları vardı. Bunların çoğunda arama makul şüpheye dayanarak yapılmıştır. Ancak Arnold olayında hiçbir makul şüphe olmadan durdurulup bilgisayarda arama yapılmış olduğu için özel bir örnek oluşturur.

Bilgisayarların aranması herkes için tedirgin edici olmakla birlikte bazı kişiler için gizlilik hakkının yanında başka hukuki sorunları da gündeme getirmektedir.³⁸ Örneğin ticari gizlilik gerektiren bilgileri taşıyanlar veya avukatlık-müvekkil, hasta-hekimlik ilişkileri gibi başkalarına ait ayrıcalık gerektiren bilgileri meslekleri sebebiyle bulunduranlar için söz konusu olabilecek hukuki sorunlar bu kararlarda gündeme gelmemiştir.

ABD'de sınırların bütünlüğünü koruma ve gerekli denetimleri yapmakla görevli (CBP)'nin³⁹ çıkardığı sınır aramalarını düzenleyen ve

³⁷ Yule Kim, "Border Searches of Laptop Computers and Other Electronic Storage Devices", CRS Report for Congress, RL34404, 28.07.2009, s. 4. http://assets.opencrs.com/rpts/RL34404_20090728.pdf

Ayrıca sınırlarda bilgisayar aramaları için bkz. Yule Kim and Anna C. Henning, "Border Searches of Laptop Computers and Other Electronic Storage Devices", <http://www.fas.org/sgp/crs/homsec/RL34404.pdf>

<http://wikileaks.org/wiki/CRS-RL34404>, Harvey RISHIKOF, "Symposium: The Fourth Amendment at the International Border: Combating Terrorism in the Digital Age: A Clash of Doctrines: The Frontier Of Sovereignty - National Security and Citizenship - The Fourth Amendment - Technology And Shifting Legal Borders" Mississippi Law Journal, Winter, 2008, 78 Miss. L.J. 381.

³⁸ Yaşanmış bir olayda bir soruşturma raportörü yurtdışı gezisinden dönüşünde havaalanında görevlilerce inceleme yapılmak üzere alınan bilgisayarı ve elektronik bilgi depolama ünitelerinden kopyalar alınmış ve iki hafta sonra açıklama yapılmaksızın iade edilmiştir. Snead, "Redefining Fourth Amendment Rights" s. 2.

³⁹ Gümrükler ve Sınır Koruma İdaresi: CBP (U.S. Customs and Border Protection) is one of the Department of Homeland Security's largest and most complex components, with a priority mission of keeping terrorists and their weapons out of

görevlilerin takip etmesi gereken usulleri öngören “U.S. Customs and Border Protection Policy” bilgisayar aramalarına da uygulanacaktır.⁴⁰ Buna göre, bazı özel kategori bilgilerin, örneğin ticari gizlilik özelliği olan yazışmaların farklı ele alınması gerektiği belirtilmiştir.⁴¹

Yüksek Mahkeme’den verilmiş bir karar bulunmadığı ve Kongredeki çalışmalar tasıra aşamasında olduğundan henüz belirsizlik sürmektedir. Ancak Amerikan Sivil Özgürlükler Birliği’nin açtığı dava⁴² sonuçlanması halinde tartışmalar yargı kararı ile sona ermiş olur.

B. Federal Temyiz Mahkemelerinden Verilen Kararlar

1. Genel Olarak

Yüksek Mahkeme tarafından sınırlarda bilgisayar aramalarına ilişkin verilmiş bir karar bulunmamaktadır. Bununla birlikte alt derece federal mahkemelerden verilen kararlarda genellikle bunların da sınır aramaları istisnası içinde kabul edilmekte, dolayısıyla arama için karar veya şüphe nedeni zorunluluğu aranmamaktadır.⁴³

the U.S. It also has a responsibility for securing and facilitating trade and travel while enforcing hundreds of U.S. regulations, including immigration and drug laws. CBP protects nation’s borders from terrorism, human and drug smuggling, illegal migration, and agricultural pests while simultaneously facilitating the flow of legitimate travel and trade. <http://cbp.gov/>

⁴⁰ CBP’nin kendi görevlilerine hitap eden ve gümrüklerde yapılan denetimlerle ilgili ilkeleri düzenleyen 16 Temmuz 2008 tarihli “U.S. Customs and Border Protection Policy” incelendiğinde, bir suç bulunduğu dair makul şüphe olmasa da sınır araması konusunda görev verilmiş olan bu görevlilerin elektronik cihazları ve dökümanlar üzerinde yeterli aramayı yapabilmek için makul bir süre alkoyabileceklerini, incelemek üzere kopyalama yapabileceklerini belirtmektedir. Eğer bir suç bulunduğu dair makul sebep yoksa alıkonulan materyaller geri verilecek, kopyalar imha edilecektir. Eğer bilgi yabancı dilde değilse ve şifrelenmemiş ise bunları daha fazla tutmak sadece makul şüphe üzerine mümkündür. Bilgilerin tercümesi ya da çözümü için başka bir kurumdan yardım gerekli ise o zaman gerekli incelemeler için 15 gün alıkonulması mümkündür ve buna 7 gün de ek süre tanınabilir.

⁴¹ Kim, “Border Searches of Laptop Computers...”, s. 9.

⁴² <http://www.aclu.org/free-speech/aclu-seeks-records-about-laptop-searches-border>

⁴³ Örnek kararlar: United States v. Ickes, 393 F.3d 501, 505 (4th Cir. 2005); United States v. Romm, 455 F.3d 990, 997 (9th Cir. 2006); United States v. Irving, 452 F.3d 110, 123 (2d Cir. 2006) (“An airport is considered the functional equivalent of a

Yüksek Mahkeme'den verilmiş bir karar bulunmamakla birlikte, federal temyiz mahkemelerinden verilen bazı kararlar mahkemelerin genel tutumunu açıklamak için yeterli olacaktır. Bunlar *U.S. v. Irving*,⁴⁴ *U.S. v. Romm*,⁴⁵ *United States v. Ickes*,⁴⁶ *United States v. Arnold*⁴⁷ kararlarıdır.

Bilgisayarların ve elektronik bilgi depolama cihazlarının gizlilik hakkı bakımından önemli ve çok kapsamlı bilgiler içerebileceği düşünüldüğünde bunların rutin arama kapsamında incelenecek eşyadan sayılmaması gerektiğini kabul etmek gerekir. Bunların hiç bir makul şüphe olmadan aranabilmesi çok zor savunulabilecek bir durumdur. Federal 2. ve 9. Temyiz mahkemelerinde sınırlarda yapılan bilgisayarlar ve donanımlarında yapılan aramalar nedeniyle açılan davalarda elde edilen delillerin hukuka aykırılığı ileri sürülmüştür. Bu iki mahkemenin de kararlarında yeni bir ilke ortaya konmamıştır.⁴⁸ Bu davalarda Yüksek Mahkemenin sınır aramalarında uyguladığı ilkeler bakımından bilgisayarlar ile diğer eşya arasında bir farklılık olmayacağı kanaati ile karar verilmiştir. *U.S. v. Irving* kararında Federal 2. Temyiz Mahkemesi davadaki olgulara bakarak arama için makul şüphe bulunduğuna karar vermiş; *U.S. v. Romm* kararında ise Federal 9. Temyiz Mahkemesi şüphelinin usul yönünden iddialarını sunmada gecikmesi sebebiyle bu iddia yönünden bir karar verilmemiştir.⁴⁹

border and thus a search there may fit within the border search exception"); *United States v. Furukawa*, No. 06-145, slip op. (D. Minn., November 16, 2006), 2006 U.S. Dist. LEXIS 83767; *United States v. Hampe*, No. 07-3-B-W, slip op. (D. Me., April 18, 2007), 2007 U.S. Dist. LEXIS 29218. Anna C. Henning / Yule Kim, "Border Searches of Laptop Computers and Other Electronic Storage Devices" CRS Report for Congress, 30 Ocak 2009, 7-5700, RL34404, s. 3. www.crs.gov.

⁴⁴ [*U.S. v. Irving*, 452 F.3d 110, 124 (2d Cir. 2006)]

⁴⁵ [*U.S. v. Romm*, 455 F.3d 990, 994 (9th Cir. 2006), cert. denied, 127 S. Ct. 1024, 166 L. Ed. 2d 772 (U.S. 2007)] Fishman / Mckenna, *Wiretapping § Eavesdropping*, 2007, Thomson/West, § 23:19.

⁴⁶ *United States v. Ickes*, 393 F.3d 501, 504 (4th Cir. 2005)

⁴⁷ [*U.S. v. Arnold*, 523 F.3d 941 (9th Cir. 2008), as amended on denial of reh'g and reh'g en banc, 533 F.3d 1003 (9th Cir. 2008), petition for cert. filed (U.S. Oct. 7, 2008)]

⁴⁸ [*U.S. v. Irving*, 452 F.3d 110 (2d Cir. 2006); *U.S. v. Romm*, 455 F.3d 990, 997 (9th Cir. 2006), cert. denied, 127 S. Ct. 1024, 166 L. Ed. 2d 772 (U.S. 2007)] Fishman / Mckenna, *Wiretapping § Eavesdropping*, 2007, Online Westlaw, § 23:19

⁴⁹ Clifford S. Fishman / Anne T. Mckenna, *Wiretapping § Eavesdropping: Surveillance In The Internet Age*, Online Westlaw, (Searching Computers: Warrant Excep-

2. U.S. v. Irving Kararı

United States v. Irving davasında daha önceden çocuk tecavüzü suçundan sabıkalı olan şüphelinin aramaya rıza göstermemesine rağmen arama yapılmıştır. Yapılan aramada çantalarında iki disket, fotoğraf makinası ve çocuklar tarafından çizilmiş resimler bulundu. Açılan disketlerde çocuk pornografisi ile ilgili fotoğraflar olduğu saptandı.⁵⁰

Yargılama başlamadan önce şüpheli tarafından açılan “*Ek 4. madde ilkelere aykırı biçimde arama yapıldığı*” gerekçesiyle delillerin kullanılmasının yasaklanması davası reddedildi.

Sınır aramalarına ilişkin genel kurallara dayanarak verilen kararda Mahkeme, makul şüphe olmadan arama yapılabileceğini belirtmiştir. Rutin kapsamda başlatılan aramanın ilerleyen aşamasında fotoğraf makinası filmlerinin ve bilgisayar disketlerinin aranmasının ise makul şüpheye dayandığı belirtilmiştir.

Mahkemeyi olayda makul şüphenin bulunduğu sonucuna ulaştırarak gerekçeler şunlardır: Daha önce çocuk tecavüzünden cezaları bulunan şüpheli bu seyahatinde Meksikada bir yetimhaneyi ziyaret ettiğini bildirmişti. Çantalarında da çocuk kitapları ve çocuklarca çizilmiş resimler bulunmuştu. Mahkeme yaptığı değerlendirmede delillerin hukuka aykırılığına ilişkin davayı reddetmiş, fakat film ve bilgisayar disketlerine ilke olarak rutin bir aramada bakılıp bakılamayacağı konusunda açıklamada bulunmamıştır. Ne de olsa makul şüphenin varlığını kabul ettiği için artık bu ayrımı yapmaya gerek görmemiştir.⁵¹

3. U.S. v. Ickes Kararı⁵²

Federal 4. Temyiz Mahkemesi tarafından karar verilen bu davada özetle, Kanada sınırından giriş yapan kişinin aracında yapılan aramada bilgisayarındaki bir dosyada çocuk pornografisi içeren resimler bulundu. Karar olmadan yapılan bu aramanın Ek 1. ve Ek 4. madde haklarına aykırı olduğu gerekçesiyle aramaya maruz kalan Ickes tarafın-

tions), § 23:19

⁵⁰ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19

⁵¹ [U.S. v. Irving, 452 F.3d 110, 124 (2d Cir. 2006)]

⁵² United States v. Ickes, 393 F.3d 501, 504 (4th Cir. 2005) 4th Cir. January 4, 2005.

dan açılan delillerin hukuka aykırılığı davası ilk derece federal bölge mahkemesince reddedildi. Ayrıca yapılan işlemin Ek 1. maddeye de aykırı olmadığına karar verildi.⁵³

Olayda görevlilerce hemen doğrudan bilgisayarda arama yapmak için girişimde bulunulmamıştı. Görevlilerin ilk yaptığı arama rutin nitelikte bir arama idi. Bu rutin arama sırasında ilk bakışta saptanan bulgular üzerine önce aracında arama yapıldı. Araçta uyuşturucu ve porno resimler bulunması sonucunda araçtaki bilgisayarda yapılan incelemede başka resimler de olduğu saptandı.

United States v. Ickes kararında Anayasa'nın Ek 4. ve Ek 1. maddelerinin ihlal edildiği ve bu nedenle delillerin hukuka aykırı sayılması gerektiği iddiası, burada sınır araması istisnası uygulandığına işaret edilerek Federal 4. Temyiz Mahkemesi tarafından da reddedildi. Kararda Mahkeme yolcunun durumu ve eşyalarındaki bulgular gerekli kılsa daha ileri bir arama da yapılabileğini belirterek, makul şüphe üzerine detaylı aramaya izin verilmesini benimsedi.⁵⁴

Ickes davasındaki olayda aramaya gerekçe teşkil edebilecek makul şüphe oluştuğunun altını çizmek gerekir. Örneğin görevli ilk sorduğunda kişi tatilden döndüğünü belirtmiş ancak aracında nerdeyse tüm eşyalarının bulunduğu gözlenmişti. Araçta yapılan kısa bir aramada uyuşturucu madde kullanımına dair bazı kağıt materyaller tespit ettiler. Bilgi arşivinden yapılan kontrolde hakkında yakalama kararları olduğu saptanmıştı. Bunlar üzerine bilgisayarına bakıldığında federal yasalara aykırı çocuk pornosu resimleri bulunmuştu.⁵⁵ Bunlar makul şüphe için gerçekten yeterli sayılabilecek gerekçelerdir.

Davalı *Ickes*'in iddiasına göre, aramanın dayandığı Kanun bilgisayarların aranabilmesine yetki vermemektedir. Zira kanun maddesi aranacak şeyleri tek tek saymış, bunun dışındakileri hariç bırakmayı kastetmiştir. Kanunun ilgili maddesinde,⁵⁶ "*Gümrükteki görevliler her zaman sınırlarda bir araca, sınırları oluşturan sularda bir gemiye giderek veya başka yetki verilen yerlerde onların dökümanlarını, belgelerini incele-*

⁵³ <http://pacer.ca4.uscourts.gov/opinion.pdf/034907.P.pdf>

⁵⁴ Yule Kim, "Border Searches of Laptop Computers...", s. 5.

⁵⁵ Karar metni için: <http://pacer.ca4.uscourts.gov/opinion.pdf/034907.P.pdf>

⁵⁶ (19 USC & 1581(a))

mek için isteyebilir, gemiyi veya aracı ve ondaki kişileri valizleri, paketleri ve kargoyu denetleyebilir ve arayabilir” denilmektedir.⁵⁷

Mahkeme’ye göre yasakoyucu burada “cargo” terimi gibi kapsayıcı bir kelime seçerek bunun dar yorumlanmamasını murat etmiştir. “Kanunların yorum kurallarına göre eğer metinde bir tanım yapılmamış ise bir kelimenin normal, çağdaş ve yayınlandığı şekliyle kullanılan anlamının kastedildiği” kabul edilir.⁵⁸

Mahkeme bu kararda, Yüksek Mahkeme’nin *United States v. Thirty Seven Photographs*⁵⁹ kararına da atıf yaparak devletin kamunun menfaatlerini korumadaki önceliği yanında sınırdan geçen kişilerin menfaatlerinin ikinci planda ve beklentilerinin çok daha önemsiz olabileceğini belirtmiştir. Sınır girişlerindeki limanlar “kişinin evi değildir” onun gizlilik beklentisi oldukça daraltılmıştır. Sınırdan geçmek için gelen kişi, gümrük görevlilerinin bagaj eşyalarını araştırmasına şaşırılmamalıdır denilmiştir.⁶⁰

Ickes davasında görevlilerin bilgisayarını yüzeysel incelemelerinde bazı dosyaların adından bunların çocuk pornografi ile ilgili materyaller olduğu açıkça anlaşılmaqta idi. Sonradan dosyaların içeriğini açmak isteyen görevliler bunların şifreli olması nedeniyle açamadı. Şifrelerin açıklaması için şüphelinin zorlanması talebine karşılık federal hakim bunun kişinin Ek 5. madde haklarına aykırı olabileceğinden reddine karar verdi.⁶¹ Bazı yazarlar hakimın red kararını eleştirmiş ve buna aslında izin verilebileceğini belirtmişlerdir.⁶²

⁵⁷ <http://pacer.ca4.uscourts.gov/opinion.pdf/034907.P.pdf>

⁵⁸ Black’s Law Dictionary’de “cargo” teriminin “gemi, uçak veya araçlarla taşınan şeyler” olarak tanımlandığı belirtilmiştir. <http://pacer.ca4.uscourts.gov/opinion.pdf/034907.P.pdf>

⁵⁹ *United States v. Thirty - Seven Photographs*, 402 U. S. 363 (1971), <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=402&invol=363>

⁶⁰ <http://pacer.ca4.uscourts.gov/opinion.pdf/034907.P.pdf>

⁶¹ Robert Litt / Ronald Lee / Stephen Marsh, “WorKing On The Flight? How International Travel Can Result in Government Officials Examining Your Electronic Data”. <http://www.arnoldporter.com/resources/documents/ca-worKingonthe-flight-021208.pdf>

⁶² Sherry F. COLB, “Does the Fifth Amendment Protect the Refusal to Reveal Computer Passwords? In a Dubious Ruling, a Vermont Magistrate Judge Says Yes”, FindLaw, February 4, 2008, <http://writ.news.findlaw.com/colb/20080204.html..>

3. United States v. Romm Kararı

United States v. Romm kararı rutin sınır aramaları bilgisayarların da dahil olduğuna dair önemli bir örnektir. Olayda, Romm adlı kişi çocuklara karşı cinsel saldırı suçlarından hükümlü olup Las Vegas’da bir iş konferansına katılmış ve orada dizüstü bilgisayarı ile internete bağlanarak pornografik çocuk resimleri izlemiş ve sonra da bunları silmeye çalışmıştır. Las Vegas’dan sonra uçakla Kanadaya gittiğinde Kanada gümrük görevlileri onun ceza geçmişini görünce durdurup bilgisayarında arama yapmak istemişler ve bir yanda da bir görevli internet geçmişini incelemiştir. Kendisine adli kontrole tabi olduğu hatırlatılarak bu konudaki kuralları ihlal edip etmediği sorulan şüpheli buna olumlu yanıt vermesi üzerine bilgisayarına elkonulmuştur.

Devamında yapılan aramada bilgisayarda çocuk pornografi resimleri bulunmuştur. Şüpheli Kanadaya girişi reddedildiği için uçakla Seattle’a geri gönderilmiş ve bu arada gelişmelerden ve elde edilen bulgulardan ABD gümrük görevlileri bilgilendirilmiştir.⁶³

Seattle’a geldiğinde bir karar olmaksızın kişi gözaltına alındı ve bilgisayarında yapılan incelemede görevliler bazı dosyaları sildiğini fark ettiler. Silinen dosyaları açmak için kriminal adli inceleme yapıldı. Yargılama sırasında şüpheli bilgisayar aramasına dair delillerin hukuka aykırılığı davası açmıştır. Federal bölge mahkemesi, yapılan “adli incelemenin” rutin sınır araması kapsamında sayıldığını belirterek Ek 4. maddenin sınır aramaları istisnası uyarınca bunu reddetmiş ve yapılan aramayı rutin bir arama olarak nitelemiştir.⁶⁴ Temyizde şüpheli kendisinin Kanadaya gitmek istediğini ama ülkeye girişi reddedildiği için geri döndüğünü, zaten sınırı geçmediğini bu nedenle uygulamanın bir sınır araması olarak nitelenemeyeceğini belirtmiş ise de, Federal 9. Temyiz Mahkemesi buna katılmamıştır.⁶⁵

⁶³ [U.S. v. Romm, 455 F.3d 990, 994 (9th Cir. 2006), cert. denied, 127 S. Ct. 1024, 166 L. Ed. 2d 772 (U.S. 2007)] Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19; KIM, “Border Searches of Laptop Computers...”, s. 5.

⁶⁴ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, 2007, Online Westlaw, § 23:19; Kim, “Border Searches of Laptop Computers...”, s. 5.

⁶⁵ [U.S. v. Romm, 455 F.3d 990, 996–997 (9th Cir. 2006), cert. denied, 127 S. Ct. 1024, 166 L. Ed. 2d 772 (U.S. 2007)]

Şüpheli sonraki taleplerinde bu kez bilgisayar aramasının bir rutin arama olmadığını, bunu ancak makul şüphe üzerine yapmak mümkün olduğunu ileri sürdü. Ancak bu iddiasının usul bakımından zamanında yapılmamış olması nedeniyle dikkate alınmadı, ama arama zaten rutin bir arama olarak nitelendiği için bunun sınır araması istisnalarından olduğu kabul edildi.⁶⁶ Aslında kişinin adli kontrole tabi bir kişi olması nedeniyle özel durumu dikkate alınarak bu olayda farklı bir karar zorunluluğu istisnası sözkonusu olabilirdi.⁶⁷ ABD hukukunda adli kontrole tabi kişiler bakımından da Ek 4. maddenin karar zorunluluğu uygulanmamakta ve makul şüphe olmadan da arama yapılabilmektedir. Adli kontrol ve şartlı tahliyeye tabi olanlar bir yakalama durumu veya arama kararı bulunmasa bile arama yapılabileceği kabul edilmektedir. Bunların tabi buldukları infaz sisteminin gereği olarak özgürlüklerinin ve gizlilik haklarının bazı sınırlamalara tabi tutulması normal sayılmaktadır. Bu durum bir kısım özel durumları içeren adli kontrol sisteminin getirdiği “özel zaruretler”e dayanmaktadır.⁶⁸

Uluslararası havaalanları sınırlara eşdeğer sayılan yerler olduğu için, sınırlarda bilgisayar aramaları bakımından sözkonusu olan tartışmalar bu yerler için de geçerlidir. Havaalanlarında da rutin aramalar sırasında bilgisayarların açılıp inceleme ve kopya alınması mümkündür.

4. United States v. Arnold Kararı⁶⁹

a. Olay Özeti

United States v. Arnold davasında kişi yurtdışından tatilden dönmekte iken yanında bir dizüstü bilgisayar, bağımsız bir harddisk, flashdisk ve 6 adet CD bulunmakta idi. Gümrük görevlileri kişiyi bu-

⁶⁶ [U.S. v. Romm, 455 F.3d 990, 997 (9th Cir. 2006), cert. denied, 127 S. Ct. 1024, 166 L. Ed. 2d 772 (U.S. 2007)] Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19.

⁶⁷ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19.

⁶⁸ Saltzburg / Capra / Davis, s. 264; Dressler / Michaels, s. 330; Israel / Lafave, *Criminal Procedure Constitutional Limitations*, 6th Ed. s. 137.

⁶⁹ [U.S. v. Arnold, 523 F.3d 941 (9th Cir. 2008), as amended on denial of reh'g and reh'g en banc, 533 F.3d 1003 (9th Cir. 2008), petition for cert. filed (U.S. Oct. 7, 2008)] (9th Cir. April 21, 2008, No. 06-50581)

lunduğu sıradan kenara alıp sorgulama yapmak istediler. Ona seyahatinin detayları hakkında sorular sorarken bir taraftan da çantalarını araştırmaya başladılar.⁷⁰ Daha sonra bilgisayarın açılmasını isteyen görevliler açılan bilgisayarını incelerken iki resim dosyasını kontrol ettiklerinde içinde çıplak kadın resimleri olduğunu gördüler. Durum yetkili bir üst amire rapor edildi. Durumu İç Güvenlik Bakanlığı yetkililerine iletiler. Göçmen ve Gümrükler Kolluğu'ndan (ICE) gelen uzman görevli resimleri görüp şüpheliye bilgisayarın içeriği hakkında bazı sorular sordu. Bir yandan da bilgisayarı inceledi ve detaylı arama da çocuk pornografisi kapsamında bazı resimler tespit etti. Bilgisayara ve bilgi depolama cihazına elkonuldu ve kişi serbest bırakıldı.⁷¹

b. İlk Derece Federal Yargılama Mahkemesi Kararı

Açılan davada ilk derece mahkemesi olan California Merkez Federal Bölge Mahkemesi, aramanın bir makul şüpheye dayanmadan yapıldığı gerekçesi ile delillerin hukuka aykırılığına ilişkin şüpheli taraftan açılan davayı kabul etti.⁷²

Yargılama Mahkemesi, sınırlarda bile olsa bilgisayarda arama yapabilmek için makul şüpheye sahip olmak gerektiğine karar vermiştir. Dizüstü bilgisayarların özel niteliği ve içerebileceği bilgi kapasitesine dikkat çeken yargılama mahkemesi görevlilerin bunları aramak için makul şüpheye sahip olması gerektiğini kabul etti. Şüphelinin ileri sürdüğü havaalanlarında yapılan bilgisayar aramalarının rutin arama kapsamında sayılmaması gerektiği itirazını yerinde bularak; (a) dizüstü bilgisayarların aranması için makul şüphenin gerekli olduğu, (b) somut olayda gümrük görevlilerinin arama yapabilmek için makul şüpheye sahip olmadıklarını kabul ederek karar vermiştir.⁷³

⁷⁰ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19.

⁷¹ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19; Yule Kim, "Border Searches of Laptop Computers.", s. 6; Mitchell Zimmerman, "Gov't Rummaging Through Your Laptop's Contents? No Problem If You're Re-Entering USA, Says Ninth Circuit", http://www.fenwick.com/docstore/Publications/Litigation/Privacy_Alert_04-30-08.pdf (20.12.2009)

⁷² Zimmerman, www.fenwick.com.

⁷³ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19;

c. Federal Temyiz Mahkemesi'nin Analizi ve Kararı

Federal 9. Temyiz Mahkemesi ise federal bölge mahkemesinin kararını bozmuş ve yapılan uygulamanın Ek 4. maddeye aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme bu kararı ile Ek 4. maddenin karar zorunluluğuna getirilen sınır aramaları istisnasına “*dizüstü bilgisayarların da*” dahil sayıldığını açıkça belirginleştirmiştir. Kısaca bunları rutin sınır araması olarak nitelemiştir.

Temyiz Mahkemesi'ne göre bilgisayar içeriğinin ticari gizli bilgiler ya da benzeri ayrıcalıklı hukuki bilgiler içermesi dahi bir fark oluşturmamaktadır. Mahkeme, Yüksek Mahkeme'nin daha önce sınır aramaları davalarında verdiği kararlarda ortaya koyduğu şu gerekçeleri esas almıştır: Sınırlarda görevlilerin bagajların içeriğini şüphe olmadan da arama yetkisi vardır. Kişilerin çanta ve evrakının aranması Ek 4. maddeye tabi ise de sınır aramaları buna istisna teşkil eden işlemler olarak kabul edilecektir. Bunların sınırda gerçekleşiyor olması başlı başına gerekçe olarak yeterlidir.⁷⁴

Federal Temyiz Mahkemesi'ne göre, devletin sınırlarda yolcuların bagajlarını arama yetkisi onun egemenliğinin gereği olarak ülkesini ve sınırlarını koruma hakkının bir sonucudur. Mahkeme'ye göre, “*Devletin istenmeyen kişi ve nesnelerin sınırdan içeri girmesini önlemedeki yararının tartışılmaz üstünlüğü vardır. [Flores-Montano kararı]” “Dolayısıyla, yolcunun bunların içeriğini saklama konusundaki önceliği ne olursa olsun gelen kişiler rastgele seçilerek tüm eşya ve bagajları aranabilir”*⁷⁵ Kısaca Mahkeme'ye göre, gümrük görevlileri için dizüstü bilgisayarlar ve diğer elektronik bilgi depolama cihazlarının sınırlarda aranması yönünden makul şüpheye gerek yoktur.

Bu gerekçeden hareketle bilgisayarın normal bir eşyadan farklı ele alınması gerektiğine ilişkin itiraz kabul görmemiştir. Mahkemeye göre, bilgisayarlar da dahil bagaj eşyasının aranması konusunda ayırım yapılmadan hepsi aranabilir. Çünkü Ek 4. maddenin sınır aramaları is-

“Privacy:Searching and Seizing Computers” <http://ilt.eff.org>.

⁷⁴ Ryan Singel, “Border Agents Can Search Laptops Without Cause, Appeals Court Rules” (<http://www.wired.com/threatlevel/2008/04/border-agents-c/>)

⁷⁵ [(United States v. Ross, 456 U.S. 798, 823, 102 S.Ct. 2157, 72 L. Ed. 2d 572 (1982)] Fishman / McKenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19.

tisnası, makul şüphe bile olmadan tüm şeylerin içeriğinin aranmasına izin vermektedir.⁷⁶

Mahkeme kararda, Yüksek Mahkeme'nin bir aramanın makul şüphe gerektirmesi için aradığı koşullara değinmiştir. Buna göre, (a) aramanın ya örseleyici bir arama olması ya da (b) arama ihlal edici bir üslupda yerine getirilmesi durumunda makul şüphe gerekli sayılmaktadır. Bunların dışındaki durumlarda aranan şeyin niteliğine bakılmaksızın arama rutin sayılır ve makul şüphe gerekmez. Bilgisayar araması da saldırgan bir üslup değildir. Bilgisayar ve diğer bagajlar arasında arama bakımından bir fark yoktur.⁷⁷

Temyiz Mahkemesi ayrıca bilgisayar içeriklerini incelemenin ifade özgürlüğünü koruyan Ek 1. Maddeye aykırı olmayacağını benimsemiştir. Ickes kararındaki aynı gerekçelerle bu ayrıcalığı kabul etmenin, görevliler için uygulanması zor bir standart olacağı ve terörist faaliyetleri de koruyacağı belirtilmiştir. Bu nedenle bilgisayarların aranmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasını reddetmiştir.⁷⁸

Hiç bir şüphe olmadan arama yapmanın kısıtlayıcı bir tutum (restrictive) olduğu, en azından diğer sınır aramaları ile mukayese edildiğinde bu aramaların açıkça incitici bir üslup "*patently offensive manner*" içerdiği biçimindeki itirazlar da yerinde bulunmamıştır. Mahkeme "*particularly offensive manner*" deyiminin açık olmadığını bir yorum olarak belirtmiş ama buna rağmen kendisi de diğer sınır aramalarına bakıldığında bu aramanın "*particularly offensive*" olmadığını belirterek aynı deymi kullanmıştır.⁷⁹

d. United States v. Arnold Kararı Hakkında Değerlendirme

Karara karşı çıkan gizlilik hakları savunucuları, bazı ticari kuruluşların temsilcileri ve hukuk bilimadamları bu kararı eleştirmişlerdir.

⁷⁶ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19.

⁷⁷ Kim, "Border Searches of Laptop Computers..", s. 6.

⁷⁸ Kim, "Border Searches of Laptop Computers..", s. 7; Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19.

⁷⁹ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19.

Ancak kararın mevcut hukuki duruma göre yerinde olduğunu savunanlar da vardır.

Fishman-Mckenna'ya göre, halen geçerli olan hukuk kuralları esas alındığında bilgisayarların ve elektronik cihazların aranabilmesi konusunda mahkemenin verdiği kararın doğru olduğunu kabul etmek gerekir. Ülkenin ve vatandaşlarının korunmasını amaçlayan sınır aramaları doktrinini şekillendiren içtihat hukuku gereğince bu şekilde karar vermek bir zorunluluk idi. Bu durumda yapılması gereken mahkemelerden yeni bir yargısal yasama faaliyeti yapmasını beklemek değil, Kongre'nin yasal bir düzenleme için girişimde bulunmasını istemektir.⁸⁰

Yazara göre, bilgisayarların çok kapsamlı bilgiler, iletişim kayıtları ve içerikleri depolayabildiği doğrudur. Ancak çantalar dolusu bilgileri içerebilmekte olması onların çantadan farklı ele alınmasını gerektirmez. Sınırlarda devletin herşeyi kontrol edebilme önceliği nedeniyle her türlü çantanın aranması haklı görülmektedir. Bilgisayarların daha çok bilgi alabilme kapasitesine sahip olması nedeniyle farklı ele alınması savunulabilirse de sonuçta bu gün var olan içtihat hukuku sınırdan girişlerde kişinin sahip olduğu her şeyin aranabilmesine yetki vermektedir. Bunların bir eşya ya da depolanmış bilgiler içeren elektronik cihaz olmasına bakılmaksızın devletin arama yetkisini bu aşamada kabul etmek gerekir.⁸¹

Bir başka görüşe göre, bugünkü gelinen elektronik devrim, Ramsey kararının verildiği dönemden çok fazla ilerde ve farklı bir durumda olması nedeniyle eski içtihatlarla karşılanamayacak bir durumdur.⁸² Hiçbir şüphe ya da gerekçe olmadan dizüstü bilgisayarların aranabileceğine ilişkin federal mahkeme kararları karşısında konu hassas bir nitelik kazanmış ve yasal düzenleme yapmak zorunlu hale gelmiştir.⁸³

⁸⁰ Ellen Nakashima, "Clarity Sought on Electronic Searches: U.S. Agents Seize Travelers' Devices", The Washington Post, Feb. 7, 2008, A01. <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/02/06/AR2008020604763.html>.

⁸¹ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19.

⁸² Bir dizüstü bilgisayarı ortalama 80 GB ve kişinin tüm hayatında oluşturduğu fiktiri birikimi ve çektiği fotoğrafları, kişisel belgelerini alabilir. Bunların incelenmesi kişisel dökümanları ve özel kağıtları incelemenin ötesine geçen bir durumdur. Snead, "Redefining Fourth Amendment Rights", s. 6.

⁸³ Nakashima, "Clarity Sought on Electronic Searches", The Washington Post, Feb. 7,

Sonuç olarak, Federal 9. Temyiz Mahkemesi bu davada kişisel gizliliğe ve ticari sırlara ait endişeleri harekete geçiren bir karar vermiştir. Bu karar ve Federal 4. Temyiz Mahkemesi'nin benzer kararlarının Anayasa'nın Ek 4. maddesinin ana ilkeleri (*cardinal principles*) ve Yüksek Mahkeme'nin oluşturduğu makullük analizine göre değerlendirildiğinde kabul edilebilir olmadığı düşünülmektedir.

III. KARARLARDAN ÇIKAN SONUÇLAR, ELEŞTİRİ VE DEĞERLENDİRMELER

A. Mahkeme Kararlarından Çıkan Sonuçlar

Normal suç soruşturmaları yönünden, bilgisayar aramalarında Ek 4. maddenin genel kuralları geçerlidir. Kişilere ait bilgisayarlarda inceleme yapılacak ise karar zorunluluğu ve makul sebep gerekliliği aranır. Elbette istisnalar bunlar için de geçerlidir. Örneğin kamuya açık yerde bilgisayarını açıp inceleyen kişinin yakındakilerin görmesine karşı gizlilik hakkı yoktur.⁸⁴ Aynı şekilde gizli görevliler sıradan kişiler gibi açık olan bilgisayarı yan taraftan okuyabilir. Kolluk görevlileri halka açık alanlarda normal vatandaşın görüp bulabileceği şeyleri incelemek için karar alması gerekmez (*plain view doctrine*).⁸⁵ Bilgisayar aramalarında da bu doktrin karşımıza çıkmaktadır. Bilgisayarın incelenmesine ilişkin bir karar uyarınca görevli dosyaları incelemekte iken kararın kapsamındaki dosyalara yoğunlaşması gerekir. Ancak bu arada görebildiği suçla ilgili olmayan diğer delilleri de alabileceği kabul edilmektedir.⁸⁶

Bilgisayarlardan yapılan arama işlemlerinde dosyaları açma girişiminde bulunulmuş ise arama işlemi sayılır. Dosyaların içeriğini görmüş

2008, A01,

⁸⁴ Bloom / Brodin, s. 190; Anderson / Thompson, s. 140; Robert H. Woody, Search and Seizure, 2006, s. 48; Emanuel, s. 101; Wayne R. Lafave / Jerold H. Israel / Nancy J. King, Criminal Procedure, Fourth Edition, Thomson-West, 2004, s. 211.

⁸⁵ Bir arama kararı üzerine evde bulunan görevli bu kararı yerine getirirken aradığı suç delillerinin dışında başka suçlayıcı ve yasaya aykırı maddeler bulursa bunlara ayrıca karar alması gerekmeden el koyabilir.

⁸⁶ Susan W. Brenner / Barbara A. Frederiksen, "Computer Searches and Seizures: Some Unresolved Issues", 8 Mich.Telecomm.Tech.L.Rev.39 (2002), s.89. <http://www.mttlr.org/voleight/Brenner.pdf>

olması gerekmez. Buna karşılık bir inceleme yapmadan sadece kopya alınması elkoyma (seizure) olarak nitelenir.⁸⁷

Federal temyiz mahkemelerinin kararları sonrasında oluşan hukuki durumu göre, sınırlarda yapılacak bilgisayar ve elektronik cihazların aranmasına gelince, karar zorunluluğu olmadığı gibi makul şüphe de gerekmemektedir. Bunlar rutin arama kapsamında sayılacak ve içeriği sınırsız olarak incelenip kopya alınabilecek, gerekirse bilgisayar veya cihaza belli süre için elkonulabilecektir.

Mahkemelerin yaklaşımlarına göre, dizüstü bilgisayarlar geleneksel sınır aramaları doktrinini kapsamında değerlendirilecektir.⁸⁸ Kararlara göre çok kapsamlı bilgi yükleme kapasitesi olsa bile bilgisayar dışındaki elektronik depolama imkanı olan tüm cihazlar için de aynı şey geçerlidir. Elektronik hafıza kartları, PDA, Blackberry, Iphone ve klasik cep telefonları gibi birçok cihaz bu kapsamdadır. Bütün bunlarda taşınan bilgilere erişim, inceleme ya da kopyalama yapmak için bir suçun varlığına ilişkin makul şüphe gerekmez.

B. Kararlara Yönelik Eleştiri ve Tepkiler

Federal mahkeme kararları ile de onaylanan mevcut uygulama eleştirilmekte ve bunun *"kabul edilemez bir gizlilik ihlali"* olduğu savunulmaktadır. Bilgisayarların aranması insan bedeninde yer alan boşlukların aranması kadar gizliliği ihlal edici ve mütecaviz olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁸⁹ Gizlilik haklarını savunanlara göre, bunları diğer bagaj eşyası gibi kabul etmek doğru değildir. Bun-

⁸⁷ Susan W. Brenner / Barbara A. Frederiksen, "Computer Searches and Seizures: Some Unresolved Issues", 8 Mich.Telecomm.Tech.L.Rev.39 (2002),s. 109. <http://www.mttr.org/voleight/Brenner.pdf> Ancak fiziki varlıklara elkoymakta olduğu gibi dosya tümüyle alınmamakta ise bir kopyası veya aslı sahibinde kalmakta ise yine de elkoyma sayılır mı? Bu açıdan Ek 4. Madde anlamında elkoyma (seizure) olup olmadığını belirginleşmesine ihtiyaç vardır. Aslında kişinin mülkiyet haklarını koruyan bu maddeye göre kişi için mağduriyet vardır.

⁸⁸ Cooper Offenbecher, "Border Searches of Laptop Computers after United States v. Arnold: Implications for Traveling Professionals", Lexis-Nexis.

⁸⁹ Senatör Russ Feingold'un Anayasa Alt Komisyonu'nda yaptığı konuşmadan alınmıştır. Kiely Lewandowski, "US Senator Criticizes Warrantless Laptop Searches At Border", JURIST Legal News and Research,2.7.2008(<http://jurist.law.pitt.edu/paperchase/2008/07/us-senator-challenges-warrantless.php>, 22.12.2009)

ların türü ve bilgi depolama kapasitesi dikkate alındığında rutin sınır aramasından çok farklı kalmaktadır. Bunlar en azından makul şüphe üzerine yapılabilecek aramalardır.⁹⁰

Amerikan Sivil Özgürlükler Birliği'ne (ACLU) göre devlete verilen bu kontrolsüz yetki, Anayasa'nın Ek 4. maddesine ve Ek 1. maddesine aykırı olup kişisel bilgi saklama haklarını ihlal eden, inanç ve fikirlerini özgürce ifade etme hakkını çiğneyen bir uygulamadır.⁹¹ Bazı sivil özgürlük kuruluşları, kişisel bilgilerin korunmasına ilişkin Kanun⁹² uyarınca İç Güvenlik Bakanlığı'nı açıklamaya davet etmiş ve şüphe olmaksızın yapılan aramaların neye göre yapıldığını, bilgilerin kopyalanması, saklanması, başkalarına açıklanması ve devlet dışı kurumlara verilip verilmediği konularında bilgi verilmesi istenmiştir.⁹³

Özellikle Federal 9. Temyiz Mahkemesi'nin kararı hukuki tartışmaları başlatmıştır. Bir grup akademik kişi ve kuruluşun girişimi ile Parlamento İç Güvenlik Komitesi'ne yazılan mektupta⁹⁴ sınırlarda bilgisayar ve elektronik cihazların aranması konusunda yasal düzenleme yapılması talep edilmiş ve özgür bir ülkede sınırlardan giren ya da ayrılan kişiler de olsa onların tüm elektronik bilgilerine erişebilme, el-koyma ve okuma konusunda devletin sınırsız yetkilerinin olmaması gerektiği ve üstelik bunun hiçbir şüphe nedenine dayanmadan yapılmasının yersiz olduğu belirtilmiştir.⁹⁵

⁹⁰ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19.

⁹¹ Jaclyn Belczyk, "ACLU Lawsuit Demands Information on US Border Laptop Search Policy", JURIST Legal News and Research, 27.8.2009. <http://jurist.law.pitt.edu/paperchase/2009/08/aclu-demands-information-on-us-border.php>, 22.12.2009) (Senetör Russ Feingold, Anayasa alt komisyonunda yaptığı konuşmada bu görüşleri ifade etmiştir.)

⁹² "Freedom of Information Act" (5 U.S.C. § 552)

⁹³ <http://www.aclu.org/files/pdfs/freespeech/laptopfoia.pdf> İç Güvenlik Bakanlığı ise yaptığı açıklamada CBP nin bunu 16 Temmuz 2008 tarihli "Border Protection Policy, Regarding Border Search of Information" uyarınca yapmakta olduğunu belirtti.

⁹⁴ Parlamento İç Güvenlik Komitesi Başkanlığı'na yazılan 1 Mayıs 2008 tarihli talep mektubu, Electronic Frontier Foundation başta olmak üzere toplamı 41 olan akademik kişi ve kuruluşların girişimi ile yazılmıştır: Electronic Frontier Foundation, "Electronic Border Searches: An Open Letter", 1 Mayıs 2008. <http://www.eff.org/press/archives/2008/05/01/border-search-open-letter>

⁹⁵ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19. Mektup metni için: <http://www.eff.org/press/archives/2008/05/01/border->

Diğer yandan CBP yönergelerine uyarak yapılan uygulamaların avukatlık müvekkil ilişkisine göre saklanması gerekli hassas bilgiler bakımından sakıncalı olduğu belirtilmiş⁹⁶ ve bu gibi hassas bilgileri taşıyanların bunları korumak için takip etmeleri gereken prosedürler konusunda yol gösteren açıklamalara yer verilmiştir.⁹⁷

Ayrıca bu gelişmeler üzerine Seyahat İşletmeleri Birlikleri kendi üyelerini uyarmıştır.⁹⁸ Bu alanda yaşanan olayları ve endişeleri dile getiren yazılar kaleme alınmış,⁹⁹ mevcut uygulamayı sona erdirmek üzere davalar açılmıştır.¹⁰⁰ Mevcut hukuki durumu eleştiren yazılarda, ABD'nin kişisel bilgileri koruyan uluslararası anlaşmaları imzalaması ve sadece sınırdan gelenlerin dijital gereçlerinin şüphe olmaksızın aranmasının yasaklanması önerilmektedir.¹⁰¹ Bir anlamda eleştirilerin çözümünü amaçlayan yasa önerilerine sonraki bölümde yer verilmiştir.

search-open-letter

⁹⁶ Janina M. Kon, "U.S. Border Searches of Electronic Devices", s.2. http://www.cba.org/CBA/newsletters-sections/pdf/06-09-privacy_1.pdf

⁹⁷ Luigi Benetton, "How to Secure Your Laptop Before Crossing the Border, CBA Website (September 2008) <http://www.cba.org/cba/practicelink/TAYP/laptop-border.aspx>

⁹⁸ The Association of Corporate Travel Executives (ACTE) Ekim 2006'da uluslararası bir konferansta üyelerinin ABD'ye girişlerde dizüstü bilgisayarlarının aranması ve elkonulmasına izin verilen bir yetki olduğu konusunda uyardı. Judith BLAKLEY, "Can US Customs Search and Seize Your Laptop Computer Without Cause? Yes They Can", http://www.associatedcontent.com/article/82561/can_us_customs_search_seize_your_laptop.html

⁹⁹ Örneğin, Ellen Nakashima'nın Washington Post gazetesinde cep telefonlarının, bilgisayarların ve benzeri elektronik cihazların alıkonulmasına ilişkin olayları özetleyen yazıları vardır. Kimi yolcular alıkonulan bilgisayar veya benzeri bilgi depolama ünitelerinde silinme veya değişikliklerden şikayet etmektedirler. Ellen Nakashima, "Clarity Sought on Electronic Searches: U.S. Agents Seize Travelers' Devices", The Washington Post, Feb. 7, 2008, A01. <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/02/06/AR2008020604763.html>.

¹⁰⁰ Seyahat İşletmeleri Birlikleri'nin açıklamasına göre buna ilişkin açılmış bir dava bulunmaktadır. Davanın konusu, ABD sınırlarından girişte dizüstü bilgisayarların ve elektronik gereçlerin aramaya tabi tutulması ile ilgili olup California'da bazı sivil toplum kuruluşları tarafından açılmıştır. [http://www.computerworld.com/s/article\(20.12.2009\)](http://www.computerworld.com/s/article(20.12.2009))

¹⁰¹ Snead, "Redefining Fourth Amendment Rights", s. 14.

C. Kararların Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak Değerlendirme

Gizlilik hakları bakımından gündeme getireceği sorunlar dikkate alınarak çok kapsamlı ve özel bilgiler içerebilecek olan bilgisayarlar ve elektronik bilgi depolama cihazlarının rutin arama kapsamında incelenecek eşyadan sayılmaması gerekir. Bunların hiç bir makul şüphe olmadan aranabilmesi doğrusu çok zor savunulabilecek bir durumdur.

Kararlarda bir benzetmeden hareket edilmiştir. Bilgisayarda depolanan bilgiler ile çanta ve valizlerdeki eşya veya klasörde dosyalanan bilgi arasında fark gözetilmemiştir. Sınır aramalarında bilgisayarın sıradan bir çanta ile benzer tutulması eleştirilmektedir.¹⁰² Bilgisayar ve elektronik cihazların arama veya kopyalanmasına klasik aramadan farklı yaklaşmak gerekir.¹⁰³ Bunların sıradan bir eşya ile benzerlik gösterdiği varsayılmaz, diğer çanta ve nesnelere aynı tutulması hiç de hukuki bir yaklaşım değildir.

Valizlerin aranmasında sadece mülkiyeti ilgilendiren bir ihlal olabilir. Bilgisayar aramaları ise mülkiyet hakkının yanında rekabet, fikri haklar, ticari gizlilik ve ifade özgürlüğüne ilişkin haklara da temas etmektedir. Bir çantada çanta dolusu malzeme veya döküman taşınabilir ama bilgisayar içinde kişinin bütün hayatını bağlayan, bir firmanın tüm geleceğini ipotek altında tutabilecek bilgiler taşımak mümkündür.

Eşya ve bagajların aranmasında sınırsız yetkiler tanınmış olsa bile bunlar elektronik bilgilerin aranması kadar çok kapsamlı ve ihlal edici sayılmaz. Çünkü bagajların aranması tamamen kişinin hazır bulunması ile yapılmaktadır. Kişi başında beklediği için eşyanın suistimal edilmesi, çalınması gibi tehlikeler nerdeyse yoktur. Ancak bilgisayarın alınulması ya da elektronik bilgilerin kopyalanmasından sonra bunların korunmasına ilişkin objektif ölçüler belirlenmezse nelerin kopya-

¹⁰² Mark Rasch, "On the Border", <http://www.securityfocus.com/columnists/469>

¹⁰³ Cooper Offenbecher, "Border Searches of Laptop Computers after United States v. Arnold: Implications for Traveling Professionals", Lexis-Nexis. Ayrıca erişim için: Cooper Offenbecher, *Border Searches of Laptop Computers after United States v. Arnold: Implications for Traveling Professionals*, 5 Shidler J. L. Com. & Tech. 9 (2008), <http://www.lctjournal.washington.edu/vol5/a09Offenbecher.html>

landığının denetlenmesi mümkün olmayabilir, başkalarının hakimiyetine geçmesi de kolaylaşır. Bilgilerin kopyalanma usulü hakkında yasal düzenleme olmadığı ve tam bir açıklama olmadığı için dava açmak isteyen kişiler için bunun takip ve dava edilmesi çok zordur.

Bu benzetme şu yönden de hatalıdır. Normal sınır aramalarında çantaların incelenmek üzere alıkonulması sözkonusu olmaz. Arama sırasında yasaya aykırı madde bulunursa elkonulur. Bu yasaklanmış bir madde olması nedeniyle kişinin kanundan kaynaklanan bir katlanma yükümlülüğü vardır. Ancak bilgisayarda bir suç olup olmadığını hemen ilk incelemede anlamak mümkün olmayabilir. Bu durumda detaylı inceleme için alıkonulabilir. Bu alıkoyma ile bilgilerin başkalarının kontrolüne geçmesi çantada yapılan aramanın ötesine geçmektedir. İçindeki bilgilerin kişi açısından çok önemli olduğu durumlarda, zaman ile yarışan işlerle uğraşan avukatlar, firma temsilcileri gibi kişiler bakımından bilgisayarın bazen bir gün bile alıkonulmasının bir çanta araması ile mukayese edilemeyecek etkileri olmaktadır.

Normal suç soruşturmalarında yapılan aramalarda bazı mahkemelerin bilgisayarlara farklı yaklaşımları görülmektedir. Örneğin Federal 10. Temyiz Mahkemesi, bir arama kararına dayanarak yapılan bilgisayar aramasını ilgilendiren *U.S. v. Walser* kararında şu belirlemede bulunmaktadır: “Elektronik çağın gelişme seviyesi ve özellikle sabit bilgisayarların nerdeyse bir kütüphaneye denk bilgiyi depolayabilme imkanı dikkate alınınca mevcut anayasal doktrinleri aşan bir durum sözkonusudur. Diğer fiziki nesnelere, bir çekmeceli dolap ya da dosya kabinine benzeterek bunları açıklamak mümkün değildir.”¹⁰⁴

Sonuç olarak bu kararlar ile sağlanan yetkiler karşısında, Anayasa'nın Ek 4. maddesinin gizlilik ihlallerine karşı kişileri koruma güvencesi anlamını yitirmekte, buna mahkemelerin de onay vermesi ile maddenin sağladığı gizlilik haklarının işlerliği kalmamaktadır.

¹⁰⁴ H. Marshall JARRETT / Michael W. BAILIE, “Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations” Computer Crime and Intellectual Property Section Criminal Division, s. 4. <http://www.justice.gov/criminal/cybercrime/ssmanual/ssmanual2009.pdf>

2. Suçlarla Etkili Mücadele Yönünden Değerlendirme

Mahkemelerin, sınır aramalarında bilgisayarlara ayrıcalık tanınmasının terör faaliyetlerine kolaylık sağlayacağı yönündeki tezi yerinde değildir. Bilgisayarlar bakımından ifade özgürlüğünü de koruyacak biçimde ayrıcalıklı bir arama şekli benimsenmesi yapılacak denetimleri etkisiz hale getirmez. Bu konuda gündeme getirilen endişeleri ikiye ayırarak değerlendirmek gerekir.

Birincisi, terörün önlenememesi tehlikesidir. Bunu gündeme getirenlerin çözüm olarak bilgisayarların sadece rastgele seçilip aranmasını değil, istisnasız olarak tamamının aranmasını önermeleri gerekirdi. Bilgisayar taşıyanların yarısı durdurulup aransa bile aynı tehlike kalan yarısı için geçerlidir. Diğerleri içinde bir terör planı olmayacağını kimse garanti edemez. Bu nedenle ya bütün bilgisayarların istisnasız aranması ya da bunun mantıklı bir temele dayandırılması gerekir

Milyonlarca kişinin bilgisayarlarının hepsini rutin arama kapsamında aramak mümkün değildir.¹⁰⁵ O halde hiçbir şüphe nedenine dayanmadan rastgele arama ve hertürlü bilgiye bakabilme yetkisini elinde tutmak her zaman suçlarla daha iyi mücadele anlamına gelmemektedir. Bunun mümkün olduğunu savunmak pek inandırıcı değildir. Bir yetkinin kullanılmasıyla elde edilecek yarar ile verilecek zarar arasında bir mukayese yaptığımızda verilecek zarar olasılığının elde edilecek yarar karşısında göz ardı edilebilir olması Yüksek Mahkemenin de benimsediği yararlar dengelemesi doktrininin gereğidir.

Bu güne kadar sınır aramaları kapsamında incelenen bilgisiyarlardan terör faaliyetine ilişkin istisnasız bir delil ortaya çıkarılmadığı belirtilmektedir. Nerdeyse tamamı pornografi materyalleri içermektedir. Bunlar da genellikle bir şüpheye dayanarak yapılmış aramalardır.¹⁰⁶ Bu durumda bilgisayar aramalarının bir standarda bağlanmasının suçla mücadeleyi engelleyeceği tezi yersizdir.

¹⁰⁵ 2008 Ekim ayı ile 2009 Ağustos ayı arasında sınırlardan gelen yolcu sayısı toplam 221 milyon iken arama yapılan bilgisayar sayısı 1.000 olarak rapor edilmiştir. "The PC Privacy Battle at the Border", <http://www.pogowasright.org/?tag=border-search>

¹⁰⁶ Snead, "Redefining Fourth Amendment Rights", s. 8.

Aramaların belirli standartlara bağlanmasına karşı ikinci endişe pornografi gibi diğer federal suçların önlememesidir. Yukarıda açıklanan gerekçeler bunun için de geçerlidir. Rastgele arama ile bunları yakalama olasılığı yine düşüktür. Bunun yerine şüphe esasına göre aranacak kişiler kolaylıkla saptanabilir. Nitekim *Ickes* olayında kişi hakkında iki ayrı mahkumiyet kararı olduğu saptanmıştı. Araçta yapılan aramada uyuşturucu ve bunu kullanmaya yarayan kağıtlar bulunmuştur. Yine aramada kişi hakkında bir mahkmeden verilmiş yakalama kararı sureti de bulunduğuna göre bütün bunlar bilgisayarda detaylı arama kararı almak için yeterli makul sebep ve bekletmeye esas olacak şüphe nedenleridir.

Makul şüphe olanların aranması gibi seçici ve hedefe yoğunlaşmış bir yöntem izlemek, hem bu tehlikeleri önleme için daha akıllıca, hem de daha hukuka uygun bir yol olacaktır. Gerek teröre gerek pornografiye karşı önlemler alınması mutlaka gereklidir. Ancak bu önlemlerin en aza indirgeme ilkesine¹⁰⁷ uygun biçimde yürütülmesi, daha çok bu suçlarla irtibatlı olabileceğinden şüphelenilen kişiler üzerine yoğunlaşması sağlanmalıdır. Sonuç olarak aramaların şüphe esasına dayanarak yapılması ile de sözü edilen bu endişelerin karşılanması, korunması gereken yararların korunabilmesi mümkündür.

Mahkemelerin gerekçelerinde “*gümrük görevlilerinin her bir kişinin bilgisayarının içeriğini aramaya ve araştırmaya yeterli zamanları ve kaynakları olmadığı*” belirtilmiştir. Bu gerekçeden görevliler tamamen serbest bırakılsa bile hakları ihlal etmeye fırsatları olmayacağından sınırlamaya gerek görülmediği anlaşılmaktadır. Hukuka aykırı elde edilen delillerin hükme esas alınmaması ilkesi karşısında gerekçe biraz şaşırtıcıdır. Yetkinin kötüye kullanılma ihtimalinin az olması ilke olarak buna izin vermeyi gerektirmez. Bu nedenle ölçüleri belirlenmeden takdire göre herkesin bilgisayarından kopya alabilme imkanının verilmesi, bu yetki pratik olarak kullanılmasa bile ciddi bir sorun olarak kabul edilmelidir.

¹⁰⁷ En aza indirgeme ilkesi (Minimization requirement), ABD hukukunda koruma tedbirlerinin uygulanmasında hedef olan kişi ve aranan bilgilere yönelmek ve bunun dışındaki kişi ve materyalleri olabildiğince dışarda tutmaya itina göstererek yerine getirilmesi anlamına gelir. M Murat Yardımcı, *ABD Hukuku, AİHM İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi*, Ankara 2009, s. 43, 150.

3. Ticari Önemi Olan Bilgiler Bakımından Değerlendirme

Uluslararası ticaretin, ülkelerin sınırlarını koruma endişesini aşan yararlar taşıdığı gözardı edilmemelidir. Uluslararası ilişkilerine önem veren ülkelerin sınırdan gelen herkesin suçlu olabileceği karinesinden hareket etmek yerine, suçlu olanları seçip yakalamaya yönelik yöntemleri geliştirmesi ve evrensel hukuk ilkelerine uygun hukuki çözümler üretmesi gerekir.

Bilgilerin kopyalanmasına ilişkin ilkeleri belirlerken ticari, fikri ve sinai hakların korunmasının da dikkate alınmalıdır. Sınır aramaları doktrinine kişisel, ticari, fikri, sinai gizlilik haklarının korunması tezinin eklenmesi gerekir. Bunu savunmak suç oluşturan bilgilerin ülkeler arasında kolaylıkla dolaşımını desteklemek anlamına gelmez. Denetimlerde kullanılacak yetkiler kolaylaştırılmalı, ancak yetkilerin kullanımına ilişkin kuralların, kopyalanan bilgilerin güvenli şekilde muhafazasına ilişkin yöntemlerin yasal hükümlerle çerçevesi çizilmelidir. Mevcut tasarımlarda yer alan tespitler işin önemini vurgulamaktadır. Bir yandan sınırlardan suç akışının önlenmesine dikkat edilirken, diğer yandan bilgilerin güvenli şekilde korunması ve suistimal edilmesinin önlenmesi için gerekli tedbirler alınmalıdır.

4. İfade Özgürlüğü Açısından Değerlendirme

a. Kararların İfade Özgürlüğüne Bakan Yönü

İfade özgürlüğüne temas eden yönü de bulunduğundan bilgisayarlarda arama yapma ve kopya almanın Ek 1. maddeye aykırılık teşkil edebileceği ileri sürülmektedir. Bilgisayarların aranmasına ilişkin kararlarda genellikle çocuk pornografisi ile ilgili materyaller içerdiği için işlem yapılmıştır. Buna temas eden bir kararda [*New York v. Ferber*¹⁰⁸] çocukların cinsel suistimalini önlemedeki toplumun üstün yararları bulunduğu gerekçesiyle çocuk pornografisine ilişkin materyaller bakımından yapılacak uygulamalarda Ek 1. madde kapsamındaki ifade özgürlüğünün korunmayacağına karar verilmiştir.¹⁰⁹

¹⁰⁸ [*New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 765 (1982).]

¹⁰⁹ KIM, "Border Searches of Laptop Computers...", s. 10.

Aslında konu çocukların cinsel yönden sömürülmesi olunca alınan tedbirlerin daha katı olması herkesin benimseyebileceği bir husustur. Ne varki elektronik gereçlerin aranmasına ilişkin düzenleme yapılmasını önermek bunlara karşı tedbirlerin uygulanmaması anlamına gelmemektedir. Önerilen husus işlemlerin kişilerin anlayabileceği belli usullere bağlı olması ve bilgilerin güvenceye alınarak başkalarına yayılmasının önlenmesi, bu alanda zikredilen endişelerin karşılanmasıdır. Bilgisayarında ilk bakışta zaten pornografi materyalleri bulunanlar açısından makul şüphe oluşmuş demektir. Asıl ileri sürülen endişe hukuki materyaller ile ticari gizlilik içerdiği kabul edilen bilgilere ilişkindir.

Yapılan aramaların ifade hakkını ilgilendirdiği ve Ek 1. maddenin ihlal edildiği iddiaları mahkemelerce reddedilirken şu gerekçeler kullanılmıştır: Aramaların kural olarak yasaklanıp istisna hallerde izin verilmesi terör faaliyetlerine kolaylık sağlar. “*Teröristlerin kullandığı yazılar da ifade*” içerebileceği için bunların serbest kalmasına yol açabilir.

Bize göre bu gerekçeler yerinde değildir. Çünkü bu gerekçeden, terörle mücadele sözkonusu olduğunda hiç bir kural tanımadan bütün hakların gözardı edilebileceği ve hukuka uymasa da önlemlere başvurulabileceği şeklinde bir sonuç çıkmaktadır. Oysa terörle mücadele bile olsa aynı sonuçları hukuka uygun bir yolla elde etmek mümkün ise her zaman öncelikle bunun tercih edilmesi gerekir. Kaldı ki, yapılan aramalardan bir tane bile terör materyalleri yakalandığı rapor edilmemiştir.¹¹⁰

b. İfade Özgürlüğüne İlişkin Bir Karar

Sınır aramalarının ifade özgürlüğüne bakan yönü Federal 9. Temyiz Mahkemesi'nin *United States v. Seljan*¹¹¹ kararında tartışılmıştır. Olayda bir çocuktan gelen cinsel içerikli iş arayışına dair mektup arama yapılan bir paketten çıkmıştı. Arama yetkileri kabul edilen görevlilerin hakim kararı olmadan onun içeriğini de okumaları ifade özgürlüğü bakımından dava konusu edilmiştir.

¹¹⁰ Snead, “Redefining Fourth Amendment Rights”, s. 8.

¹¹¹ *United States v. Seljan*, 547 F.3d 993 (9th Cir. 2008)

Mahkeme mektubun makul şüphe olmadan içeriğine bakılmasını ve okunmasını oyçokluğu ile onaylanmıştır. Kararda *Arnold* kararına benzer gerekçeler kullanılmıştır. Sınırlardaki aramalarda kişisel yazışmalar içeren bir mektubun korunmayacağına karar verilmiştir.¹¹² Kararda yer alan karşıoy, mektuplar bakımından ifade özgürlüğünün korunması gerektiğine işaret etmiş ve mektubu yazan kişinin bunun aramadan muaf olacağı konusunda makul sayılabilecek bir beklentisinin bulunduğunu, bu nedenle ifade özgürlüğüne ilişkin hakların korunması gerektiğini belirtmiştir. Sınır aramaları istisnasının ifadeye ilişkin materyaller bakımından uygulanmamasını savunmuştur.¹¹³

5. Yüksek Mahkemenin Son Kararlarındaki Yaklaşımına Göre Değerlendirme

Ülkeyi zararlı maddelerden korumak ve istenmeyen kişilerin girişini önlemek için sınırları kontrol altına alma konusunda devletin çabaları genellikle Yüksek Mahkeme tarafından da desteklenmiştir. Yüksek Mahkeme son yıllarda verdiği kararlarda da sınırlarda yargı kararı olmadan yapılan arama, elkoyma ve kişilerin alıkonulmasına ilişkin güvenlik birimlerine verilen yetkileri genişletme eğilimindedir.

Özellikle 11 Eylül olaylarından sonra artan terör endişesi Yüksek Mahkemenin kararlarını da etkilemiştir. Güvenlik amaçlı olarak yapılan birçok işlem¹¹⁴ sadece karar zorunluluğundan muaf tutulmakla kalmamış, şüphe olmadan da arama yapabilme yetkisi verilmiştir. Aslında bu durum rutin aramalarla sınırlı olmakla birlikte son yıllardaki bazı kararlarda rutin aramanın da kapsamı genişletilmiştir. Bunun en açık örneği 2004 tarihli *U.S. v. Flores-Montano* kararıdır.¹¹⁵ Bu durum

¹¹² Kim, "Border Searches of Laptop Computers...", s. 7. Mahkeme'ye göre, bu olayda şartlara bakıldığında makul olmayan bir durum yoktu. Çünkü görevliler mektubun içeriğini okumamışlar sadece gözetmişlerdi. Bu gözetme sonucu elde edilen bulgu da görevli için mektubun içeriğini okumaya makul şüphe oluşturmuştu.

¹¹³ Kim, "Border Searches of Laptop Computers...", s. 8.

¹¹⁴ Federal Procedure, Lawyers Edition, § 22:223, Database updated September 2008, Online West Law. Ek 4. Maddenin öngördüğü karar zorunluluğunun bir istisnası olarak ulusal güvenlik amaçlı düzenlemeler ve uygulamaları için bkz. "Construction And Application Of "National Security" Exception To Fourth Amendment Search Warrant Requirement, 39 A.L.R. Fed. 646".

¹¹⁵ McInnis, *The Evolution of the Fourt Amendment*, s. 108; Dressler / Michaels, s. 315.

karşısında bilgisayarların aranması Yüksek Mahkemenin gündemine geldiğinde federal temyiz mahkemelerinin kararlarına benzer şekilde bir içtihatla sonuçlanabilir.

6. Sınırlarda Bir Tarama Yöntemi: Profillerin Kullanılması

a. Genel Olarak

Sınırlarda yapılan aramalarda kolaylık sağlamak için çeşitli yöntemler kullanılır.¹¹⁶ Hukuka uygun davranan kişiler güvenlik taramalarına ilişkin birçok yöntemden endişe edebilirler. Şüpheli kimseleri saptamaya yönelik bir tarama şekli de profil çalışmalarından yararlanılması yöntemidir. Kişiler hakkında kamuya intikal etmiş hukuken erişilebilir kayıtlar ve işlem bilgileri toplanarak bilgisayar yardımıyla taranıp şüpheli grupları oluşturmaya yarayan yöntem “*profillerin kullanılması*” (profiling) olarak bilinir.¹¹⁷

Profil çalışmalarında, kişilerin belirli bir zaman aralığı içinde gerçekleşen davranışlarına, alışkanlıklarına ve seçeneklerine göre yapılan bu tarama sonucunda kapsama giren yolcular güvenlik görevlilerince diğerlerinden daha farklı arama işlemine tabi tutulur.¹¹⁸

Profil çalışmaları ABD’de güvenlik amacıyla yapılan arama ve kontrollerde özellikle havayolu ulaşımında işletilen bir tarama yöntemidir. Mahkemelerin yaklaşımına gelince, muhtemelen bazı hususlarda yeterince işlemediği için bu tür tekniklerin kullanılmasına pek sıcak bakmamaktadırlar. Ancak 11 Eylül olaylarının ışığında, hem CAPS’ın kullanımı¹¹⁹ ve hem de idari araştırma doktrininin kapsamı kamunun

¹¹⁶ Bu gün sınırlarda ve sınırlara eşdeğer havaalanlarında uygulanan yöntemler arasında en yaygın olanı manyetik tarama cihazlarının kullanılması, en çok dikkat çekici olanı ise köpeklerin koklama duyusundan yararlanılmasıdır. Whole-body imaging technology olarak ifade edilen yöntem ise genellikle havayolu ile yurtdışına çıkışlarda güvenlik taraması için kullanılmaktadır. Güvenlik taramaları sırasında bilgisayarların bir patlayıcı içermediği ve bunun gerçekten bir bilgisayar olduğunu anlamak için bir kez açılıp kapatılması istenmektedir.

¹¹⁷ Blinka, “Screening Passengers And Property”, s.9.

¹¹⁸ James L. Buchwalter, “Validity Of Airport Security Measures”, 125 A.L.R.5th 281, § 6 (a), Online Westlaw.

¹¹⁹ Son yıllarda federal güvenlik kurumları havayolu ile yapılan işlemler ve seyahat alışkanlıkları üzerine CAPS (Computer Assisted Profiling System) adında ülke

güvenliği dikkate alınarak genişleme eğilimindedir.¹²⁰ Bunların uygulanmasında çoğu ırksal temele dayanan önyarguların kişi haklarının kullanımı ve korunmasında eşitliği ihlal edebilme olasılığı her zaman vardır. Bu nedenle mahkemelerin profillerin kullanılmasını tereddütlerle karşıladıkları ifade edilmektedir.¹²¹ Yine de uygulama başla-
dığından beri birçok mahkeme kararında, profillerin taranması çalış-
malarına dayanarak uçak kaçırma şüphesi oluşan kişilerin bagajların-
ın aranmasının da Ek 4. maddeye aykırı sayılmayarak onaylandığı
görülmüştür.¹²²

b. Profillerin Kullanılmasında Ayrımcılık Yasağı

Güvenlik amaçlı olarak özellikle terör faaliyetlerine karşı kulla-
nılan bu yöntemlerin ayrımcılık esasına göre yapılmaması gerekir.¹²³
Yüksek Mahkeme kararlarına göre değerlendirildiğinde bilgilerin ka-
muya açık olan kurumlardan ve üçüncü kişilere rıza ile verilen bilgi-
lerden toplanması halinde hukuken sorun oluşturmamaktadır.

Hangi tür suçlarla mücadele edilmekteyse bunlardan şüpheli ki-
şilerin bulunması hedeflenmelidir. Renk, ırk, dil ve ülke esasına göre

çapında bir veri tabanı (database) oluşturmuşlardır. Wayne R. Lafave, *Search And Seizure: A Treatise On The Fourth Amendment, Search & Seizure*, § 10.6, *Airport searches*, Online Westlaw.

¹²⁰ Blinka, "Screening Passengers And Property", s. 10.

¹²¹ Blinka, "Screening Passengers And Property", s. 10.

¹²² [U.S. v. Mitchell, 352 F. Supp. 38 (E.D. N.Y. 1972)] ; [Ruling in U.S. v. Slocum, 464 F.2d 1180 (3d Cir. 1972)] [U.S. v. Miller, 480 F.2d 1008 (5th Cir. 1973)]; [U.S. v. Fern, 484 F.2d 666 (7th Cir. 1973)]; [U.S. v. Burton, 341 F. Supp. 302 (W.D. Mo. 1972)]; [U.S. v. Doran, 482 F.2d 929 (9th Cir. 1973)]; [People v. Hyde, 12 Cal. 3d 158, 115 Cal. Rptr. 358, 524 P.2d 830 (1974)]; [U.S. v. Clay, 638 F.2d 889 (5th Cir. 1981)]; [In U.S. v. Lopez-Pages, 767 F.2d 776 (11th Cir. 1985)]; [People v. Flier, 2002 WL 31648800 (Cal. App. 2d Dist. 2002)] BUCHWALTER, "Validity Of Airport Security Measures", 125 A.L.R.5th 281, § 6(a), Westlaw.

¹²³ Bu sistemin kullanılmasına dair usul ve ölçütler, onun gizliliğini ve böylece etkinliğini temin etmek bakımından kamuoyuna çok fazla tanıtılmış değildir. Ancak Federal Havacılık İdaresi (FAA) de işin özünde renk, cins, ırk temeline dayalı bir bilgi toplama olmadığını ifade etmiştir. CAPS sistemi ile verilerin kullanılması ve havaalanlarının güvenliğine ilişkin ayrıntılı tartışmalar için. Bkz. Jamie RHEE, "Rational and Constitutional Approaches to Airline Safety in The Face of Terrorist Threats", 49 DePaul Law Rev.847 (2000) (Blinka, "Screening Passengers And Property", s. 10.)

ayrımcılığa yol açabilecek bir yöntem izlenmemesi gerekir. Kongre'ye sunulan S. 3612 sayılı Tasarı'da, profillerin kullanılması bir yöntem olarak öngörülmüş, ancak yapılacak çalışmaların ayrımcılığa yol açabilecek tarzda kullanılması yasaklanmıştır.¹²⁴

Tasarı'ya göre, görevliler aranacak kişilerin seçiminde, aramanın kapsamını ve tarzını belirlemede kişinin renk, etnik durumu, geldiği ülke orijini ve din tercihlerini dikkate alacak şekilde davranamazlar.¹²⁵ Belirtilen özelliklerin kullanılmasına ilişkin bir istisna öngörülmüştür. Aranacak kişilerin seçiminde belirtilen hususların dışındaki faktörlere dayanarak makul şüphe edinilmiş ise bu kişiyi tanımlamada belirtilen faktörlerden yararlanabilir.¹²⁶

IV. YASAMA ÇALIŞMALARINA İLİŞKİN GELİŞMELER

A. Yasal Düzenleme Yapma Zorunluluğu

Sınırlarda elektronik gereçlerin aranmasına ilişkin uygulama rutin arama bile olsa kişileri rahatsız edecek nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Oysa rutin aramaların kişilerin gizlilik yararlarını çok fazla ihlal etmeyen ve incitici olmayan yöntemler olması gerekir.

Görevlilerin ne zaman, nasıl yetki kullanacakları bireyler bakımından bilinmezliğini sürdürmektedir. Takdir yetkisindeki bu genişlik eleştirilebilir. Koruma tedbirlerine ilişkin kararların keyfilik önlenmesi adına bazı hususları içermesi öngörülmüştür. Kararların, aramanın yerini ve aranacak şeyi belirginleştirmesi, olabildiğince aramanın kapsamını açıklaması gerekir. Sınırlarda ise karar zorunluluğu olmadığı için bu güvenceler işe yaramamaktadır. Yapılan işlemler görevlilerin takdirine ve nezaketine bırakılmaktadır.

Mevcut uygulama hakkında ileri sürülen endişeler şunlardır: Elektronik cihazların, bilgi depolanabilen her türlü aletlerin ve dizüstü bilgisayarların aranmasında ve bunların kopyalanmasında sınırsız yet-

¹²⁴ H.3612,Section7. (<http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=s110-3612>)

¹²⁵ H.3612, Section 7(a). (<http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=s110-3612>)

¹²⁶ H.3612, Section 7(b). (<http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=s110-3612>)

kiler tanınması denetlenmesi zor inisiyatif alanları açmaktadır. Elektronik bilgilerin kopyalanması suistimal edebilmeye açık bir alandır. Kopyalanan bilgisayarların içeriğinin sınırsız görülebilmesi, bilgilerin başka kurumlarla paylaşılması imkanı nedeniyle ticari ve kişisel gizliliği olan bilgilerin korunamaması riski vardır. Bilgilerin güvenli şekilde korunmaması firmaların rekabet gizliliğini tehlikeye atmaktadır.¹²⁷ Uluslararası ticari ilişkilerin bu kapsamda geliştiği ve rekabet kapasitesin ülkelerin sınırlarını aşmış global seviyede bir yarışın yaşandığı günümüzde ticari gizlilik haklarının korunması bakımından gerekli düzenlemelerin yapılmasında yarar bulunmaktadır.

Bu endişelerin karşılanması adına toplumsal yararları oluşturan öncelikler esas alınmak suretiyle yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Yapılacak olan düzenlemelerde, uygulanacak yöntemleri daha açık hale getirilmeli, görevlilerin keyfi takdirlerini ve ihlal oluşturabilecek durumları ortadan kaldırılmaya ve bilgilerin güvenli bir şekilde muhafazasına yönelik yöntemler açıklanmalıdır. Bireyler de haklarında yapılan işlemlere hangi şartlarda ve hangi hukuki yollara başvurabileceğini bilmelidir. Bunun yolu yetkilerin kullanım şeklinin yasal düzenlemelerle daha açık bir şekilde belirlenmesidir. ABD Kongresi'ne sunulmuş olan sınır aramalarına ilişkin tasarılar yeterli ayrıntıyı içermektedir.

B. Yasa Önerilerinin Özetleri

110. ve 111. Kongre dönemlerinde sınırlarda yapılan aramalara ilişkin bazı yasa tasarıları hem Senato'ya hem de Temsilciler Meclisi'ne sunulmuştur. Bunların çoğunlukla elektronik cihazlara ve dizüstü bilgisayarlara yönelik arama, elkoyma ve kopyalama işlemlerine ilişkin olduğu görülmektedir.

110. Kongre döneminde sunulmuş tasarılarından H. R. 6588¹²⁸ ABD sınırlarında sadece genel sınır araması yetkisine dayanarak bilgisayarların aranmasının yasaklanmasını, ama bunların bir federal yetkiye dayanarak yapılabilmesini öngörmektedir.¹²⁹

¹²⁷ Zimmerman, <http://www.fenwick.com> (20.12.2009)

¹²⁸ "Electronic Device Privacy Act of 2008", H.R. 6588, 110th Cong. (2008)

¹²⁹ KIM, "Border Searches of Laptop Computers..", s. 11.

Yine 110. Kongre'ye sunulan bir başka tasarı (S.3612) da¹³⁰ ise sınırlarda ABD vatandaşları ile hukuka uygun olarak ülkede bulunma hakkı olanların yanlarında bulunan elektronik cihazların makul olmayan arama ve alıkoymalara karşı korunmasını amaç edinmiştir. Tasarıda genel olarak arama ve elkoymanın şekli, ölçütleri ve usulleri gösterilmiştir. Yapılan işlemlerin kayıt altına alınması öngörülmektedir. Tasarı'ya göre aramanın dayanağı olan makul şüphe, belirginleşmiş ve objektif bir temele dayanan şüphe olarak anlaşılması gerekir. Profillerin ayrımcılığa yol açabilecek şekilde kullanılmasına ilişkin yasaklamalar düzenlenmiştir. Görevlilerin bu tür materyallerde arama yaparken renk, etnik köken, din ve ulus kökenine göre seçerek işlem yapmalarını yasaklamaktadır.¹³¹

3612 no.'lu Tasarı'da sınır aramalarında önem arz eden "resident" (oturma hakkı sahibi) ibaresi de tanımlanmış ve ABD vatandaşları ile hukuka uygun olarak ülkede geçici olarak oturmalarına izin verilen yabancıların bu kavrama dahil kabul edildiği belirtilmiştir.¹³² Bu tasarı diğerlerine göre kapsamı geniş ve öngördüğü hükümler itibariyle eleştirileri karşılamaya elverişlidir.

¹³⁰ "Travelers' Privacy Protection Act of 2008" 110th Cong. (S 3612 IS). 26 Eylül 2008 tarihli bu tasarı da halen Senato'da beklemektedir. 110. Kongre'ye sunulan tasarılar genel işleyişe bırakılır ise yasalaşma ihtimali bulunmamaktadır. Kongreye bir önceki sezonda sunulduğu ve aradan iki yıl geçtiği için yeniden üyelerce sunulmasına ihtiyaç vardır. Her bir sezon sonunda yasalaşmayan öneriler kayıttan kalkmaktadır.

¹³¹ Tasarı metni için: <http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=s110-3612>

¹³² S.3612, Section (2/12). (<http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=s110-3612>) Oturma hakkı anlamına gelen resident statüsü alan kişiler ABD sınırlarından girişte veya havayolu ile uçaktan indikten sonra pasaport ve vize incelemesinde ülkede kalma süreleri belirlenir. Görevlinin dökümanlara dayanarak hazırladığı oturma belgesindeki süre kadar ülkede kalma, oturma hakkı vardır. Bu incelemeden sonra kişi gümrük denetimi yapılan alana geldiğinde gerek bagajları gerekse üzerinde bulunan eşyası ve çantaları aranmaktadır. Eğer sınırda veya havaalanlarında yapılan kontrollerde dökümanları kişinin oturma hakkını desteklemiyorsa oturma hakkı verilmeden sınırdan geri gönderilir veya havaalanında ise bu süreç içinde pasaport bölümünde tutularak uçakla geldiği ülkeye geri gönderilir.

110. Kongre'ye sunulan H.R. 6702¹³³ no.'lu Tasarı ile 111. Kongre'ye sunulan H.R. 239 no.'lu tasarılar tamamen aynı olup ikiz tasarı olarak nitelenmektedir.

111. Kongre'ye sunulan "*The Securing Our Borders and Our Data Act of 2009*" adlı ve H.R. 239 no.'lu Tasarı¹³⁴ federal görevlilerin sadece genel sınır araması yetkisine dayanarak "*dijital elektronik cihazları*", "*elektronik bilgi depolama ünitelerini*" ve bilgisayarları aramasını ve elkoymasını yasaklamaktadır. Bunlarla ilgili arama ve elkoyma yetkileri üzerine katı kurallar öngörmektedir. Arama ve elkoymaya sadece bu cihazın bir suç delili içerdiğine dair makul şüphe bulunması şartıyla aramaya izin verilmektedir. Cihazlara elkonulması bilinen sınır yetkileri dışında başkaca bir federal yasadaki kaynaklanan bir yetkiye dayanarak mümkün olmaktadır. Alıkonulması halinde azami bir süre öngörülmekte, cihaz sahibinin bunu geri isteme hakkına ve alıkonulan veya kopyalanan bilgilerin diğer kurumlarla paylaşılmasına ilişkin kurallar içermektedir. İç Güvenlik Bakanlığının bunları sağlamak üzere gerekli ek düzenlemeleri yapması öngörülmektedir.¹³⁵

111. Kongre'ye sunulan "*The Border Security Search Accountability Act of 2009*" başlıklı ve H.R. 1726 no.'lu tasarı¹³⁶ daha çok ticari bilgilerin korunmasını amaçlayan bazı arama ve kayıt usulleri öngörmektedir. Özellikle ticari bilgilerin diğerlerinden farklı ele alınması öngörülmektedir. Buna göre, arama bir gözetici amir huzurunda yapılması gerekmekte, bir makul sebep yoksa bilgilerin tutulabileceği süre sınırlanmaktadır. Kişiyi yapılan elkoyma hakkında bilgi verilmesi, alındığına dair belge verilmesi gerekmektedir.¹³⁷

¹³³ "Securing Our Borders and Our Data Act of 2008", H.R. 6702, 110th Cong. (2008)

¹³⁴ "The Securing Our Borders and Our Data Act of 2009", H.R. 239, 111th Cong. (2009) [110. Kongre döneminde ("Securing Our Borders and Our Data Act of 2008", H.R. 6702, 110th Cong. (2008) başlığı ile sunulmuş tasarı ile aynıdır.]

¹³⁵ Yule Kim, "Border Searches of Laptop Computers...", s. 11; KIM / Henning, "Border Searches of Laptop Computers...", s. 8.

¹³⁶ ("The Border Security Search Accountability Act of 2009" (H.R. 1726). [110. Kongrede aynı isimle sunulmuş bir tasarı bulundakta idi: "Border Security Search Accountability Act of 2008, H.R. 6869, 110th Cong. (2008)" 110. Kongrede aynı isimle sunulmuş olan bir tasarı da İç Güvenlik Bakanlığına bazı düzenlemeler yapma konusunda yükümlülük öngörmekte idi.] <http://www.opencongress.org/bill/111-h1726/text>.

¹³⁷ Kim, "Border Searches of Laptop Computers...", s. 11.

Aynı isimle 110. Kongre'ye sunulmuş olan H.R. 6869¹³⁸ no.'lu tasarının¹³⁹ amacı da aynı şekilde denetlenebilir ve hesap verilebilir bir arama tarzı oluşturmaktır. Bu tasarılar elektronik cihazların aranması konusunda yetki kullanmada ihtiyaç olan tanımlar ve rehberlik oluşturmaktır. Bu tür cihazların alıkonulması, aranması, bilgilerin saklanması ve başka görevlilerle paylaşma konusunda gerekli olan spesifik ilkelere koymak suretiyle kişilerin varlıklarının ve daha da önemlisi bilgilerinin korunması sağlanacaktır. Kişisel gizliliği olan bilgilerin korunması ve hesap verilebilirliğe ilişkin usullerin geliştirilmesi amaçlanmıştır. Bu bağlamda Ticari Sırlar Kanunu, Gizlilik Kanunu ve benzeri düzenlemelerin gereği olan önceliklerin korunması amaçlanmıştır. Bunlar avukat müvekkil, hasta doktor ilişkileri gibi gizli kalması gereken bilgilerdir.¹⁴⁰ Tasarı elektronik cihazların sınır güvenlik kapsamında aranması için gerekli olan usulü zorunlulukları düzenleme ve kapsamını belirginleştirme konusunda İç Güvenlik Bakanlığı'na bazı yükümlülükler dayatmaktadır.¹⁴¹

SONUÇ

Federal temyiz mahkemelerinin kararları ile de onaylanan mevcut uygulamaya göre sınırlarda ve uluslararası havaalanlarında rutin aramalar kapsamında bilgisayar ve elektronik cihazların da aranması mümkündür. İçerdiği bilgiler dikkate alındığında vahim gibi görünse de diğer bagaj eşyasından farklı olmayıp çanta, valiz ve kolilerle aynı şekilde muamele görmektedir.¹⁴² Bilgi alma kapasitesi ne olursa olsun tüm cihazlar bu kapsamdadır. Görevliler her türlü elektronik depolama cihazlarına erişim, inceleme, alıkoyma ya da kopyalama yetkisine sahiptir.

¹³⁸ "Border Security Search Accountability Act of 2008", H.R. 6869, 110th Cong. (2008)

¹³⁹ Temsilciler Meclisi üyesi Loretta SANCHEZ'in 11 Eylül 2008 tarihinde sunduğu "Border Security Search Accountability Act of 2008", tam metni için; <http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=h110-6869>,

¹⁴⁰ http://www.lorettasanchez.house.gov/index.php?option=com_content&task=view&id=351&Itemid=1

¹⁴¹ Henning / Kim, "Border Searches of Laptop Computers...", s. 8.

¹⁴² [Tasarı: S 3612, Section 2/2] (<http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=s110-3612>)

Teknolojik gelişmelere bağlı olarak gittikçe daha küçük depolama ünitelerine daha fazla bilgi konulabilmektedir. Birçok kimse yaptıkları işe bağlı olarak gittikleri heryere daha kapsamlı bilgileri taşımaya yeğlemektedir. Bilgisayar dışında da bilgi ve resim taşımada kolaylık sağlayan cihazların listesi çoğalmaktadır. Gelişen bu durum karşısında; farklı bir değerlendirme yapmak ve kişilerin eşyasının rutin sayılabacak tarzda aranması ile bilgisayar ve elektronik depolama ünitelerinin aranmasını ayrı tutmak gerekir. Bunların aranmasının gizlilik hakları bakımından daha ihlal edici olduğu bir gerçektir. Normal bagaj eşyasından farklı olarak çok hassas ve ayrıcalık gerektiren bilgiler de içerebileceğinden bunların rutin arama dışında tutulması gerekir.¹⁴³ Var olan içtihat hukuku açısından sınır aramaları istisnasını ve tüm varlıkların denetlenmesini anlayabilmek mümkündür, ama dijital bilgi depolama işi yeni gelişen ve ayrı ele alınması gereken yeni bir hukuki sorundur.¹⁴⁴

Çoğu şirketlerin sahiplik ve çalışma şekilleri sınırları aşan bilgi paylaşımını gerektirebilir. Şirketleri temsil edenler ve başka ülkelerle ticari bağlantıları ve temsil durumları olanlar vekalet ettikleri kişilerin ve şirketlerin gizlilik taşıyan bilgileri konusunda endişe etmekte haklıdırlar. Bilgisayarında çok kapsamlı mali kayıtlar, işletmelerle ilgili gizli bilgiler ve fikri sınai haklar bakımından önemli bilgiler olabilir. Görevlilerin bunlara erişebilmesi sadece gizlilik hakkı yönünden değil başka haklar bakımından da sorunlar doğurabilir. Bilgisayar ve benzeri cihazlarında hukuki temsil gereği önemli belgeler, telif hakları gibi şirketlerin durumlarını etkileyecek bilgiler, korumaya özen gösterdikleri hukuki, ticari, kişisel gizlilik gerektiren bilgileri taşıyanlar bunlara erişilmesinde hukuki sakınca görmekte iseler daha özenli olmaları, buna yönelik önerilen koruma prosedürlerini uygulamaları gerekmektedir.¹⁴⁵

¹⁴³ Robert Litt / Ronald Lee / Stephen Marsh, "WorKing On The Flight? How International Travel Can Result in Government Officials Examining Your Electronic Data", <http://www.arnoldporter.com/resources/documents/ca-worKingonthe-flight-021208.pdf>

¹⁴⁴ Snead, "Redefining Fourth Amendment Rights", s. 6.

¹⁴⁵ Luigi Benetton, "How to Secure Your Laptop Before Crossing the Border, CBA Website (September 2008) <http://www.cba.org/cba/practicelink/TAYP/laptop-border.aspx> ; Sergio R. Karas, "Privacy at Risk: Laptops Can Be Searched at the Border" <http://www.visalaw.com/privacyrisk.pdf>

Ülkenin kendi çıkarlarını korumak o ülkenin öncelikli hakkıdır. Ancak bütün ülkelerin benimsediği sınır aşan ticari faaliyetlerin korunması da bir ödev sayılmalıdır. Şirketlerin ve bireylerin kişisel gizlilik yararlarının korunmasını desteklemek herkesin hesapsız bir şekilde sınırı geçebilmesini savunmak anlamına gelmez. Tamamen denetimsiz bir sınır geçişini savunmak elbette mümkün değildir. Belirli hukuki esaslara bağlı olarak arama ve incelemelerin yapılması normaldir. Bir ülkeye gelen kişilerden bir suç sebebiyle yakalanan veya hukuka aykırı, illegal amaçlar içinde olanların sayısı ve genel içindeki oranına bakıldığında prensip olarak gelenlerin öncelikle hukuka uygun davranan kişiler olduğunu kabul etmek ilke olmalı; istisna olarak şüpheli görülenlere yoğunlaşmak ve gerekmesi halinde detaylı arama yapmak esas olmalıdır. Şüphe gerekçesine dayanarak arama yapılmasını esas almak suçluların tamamen serbest bırakılması anlamına da gelmemektedir.

Sonuç olarak özetle vurgulamak gerekirse, bilgi depolamada kullanılan bilgisayar ve elektronik cihazlar basit bir eşya gibi rutin aramaya tabi tutulmamalıdır. Bu konuda tüm eleştiriler bunların rutin arama kapsamında ele alınmaması gerektiği üzerine yoğunlaşmaktadır. Başta bilgisayarlar olmak üzere tüm bilgi depolama ünitelerinin kopyalama ve inceleme yetkisinin keyfi olarak kullanılmasına yol açabilecek olan şüphe olmaksızın rutin arama ve kopyalamanın kabul edilebilir yanı yoktur. Bu nedenle, görevlilere hiçbir şüphe olmadan ve ölçülebilir belirlenmeden kendi takdirine göre herkesin bilgisayarından kopya alabilme imkanı verilmemelidir. Sonuçları çok ağır olabilecek olan kopyalama ve detaylı arama gibi tedbirlerin bir şüphe esasına bağlı olması benimsenmelidir. Bilgisayarlar üzerinde detaylı inceleme gerektiğinde bunun hakim kararına bağlanması bir çok endişeleri ortadan kaldıracaktır.

KAYNAKLAR

- Adrien F. Snead, "Redefining Fourth Amendment Rights in The Digital Age: Suspicionless Border Searches of Electronic Data Storage Devices" http://www.abanet.org/natsecurity/09writing_comp_winner_aSnead.pdf
- Andrew E. Taslitz-Margaret L. Paris-Lenese C. Herbert, *Constitutional Criminal Procedure*, Professor Review Copy Not For Sale, Foundation Press, 3rd Ed. 2007 Ed.
- Anna C. Henning-Yule Kim, "Border Searches of Laptop Computers and Other Electronic Storage Devices" CRS Report for Congress, 30 Ocak 2009, 7-5700, RL34404, www.crs.gov.
- Brent E. Newton, *Practical Criminal Procedure, A Constitutional Manual*, NITA, 2005.
- Clifford S. Fishman- Anne T. Mckenna, *Wiretapping § Eavesdropping: Surveillance In The Internet Age*, Third Edition, 2007, Online Westlaw.
- Cooper Offenbecher, "Border Searches of Laptop Computers after United States v. Arnold: Implications for Traveling Professionals", 5 *Shidler J. L. Com. & Tech.* 9 (2008)
- Daniel B. Blinka, "Screening Passengers And Property", In: *Electronic Surveillance, Commentaries And Statutes*, The Practice Commentaries Series, NITA (The National Institute for Trial Advocacy), 2003-2004 Edition, s.7-14.
- Erwin Chemerinsky-Laurie L. Levenson, *Criminal Procedure, Investigation*, Aspen Publishers, 2008.
- Federal Procedure*, Lawyers Edition, § 22:223, Database updated March 2010, Online West Law.
- Harvey Rishkof, "Symposium: The Fourth Amendment at the International Border: Combating Terrorism in the Digital Age: A Clash of Doctrines: The Frontier Of Sovereignty - National Security and Citizenship - The Fourth Amendment - Technology And Shifting Legal Borders" *Mississippi Law Journal*, Winter, 2008, 78 *Miss. L.J.* 381
- H.Marshall Jarrett - Michael W. Bailie "Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations" *Computer Crime and Intellectual Property Section Crimi-*

nal Division, s. 4; <http://www.justice.gov/criminal/cybercrime/ssmanual/ssmanual2009.pdf>.

- İlyas Şahin, "ABD Hukukunda Mahkeme Kararları Işığında Havaalanlarında Yapılan Aramaların Hukuki Durumu ve Son Gelişmeler", KHUKA, Yıl.11, S.2. Eylül 2008 (2010) s. 115-147
- Jaclyn Belczyk, "ACLU Lawsuit Demands Information on US Border Laptop Search Policy", JURIST Legal News and Research, 27.8.2009. <http://jurist.law.pitt.edu/paperchase/2009/08/aclu-demands-information-on-us-border.php>
- James F. Anderson- Bankole Thompson, American Criminal Procedure, 2007.
- James L. Buchwalter, "Validity Of Airport Security Measures", 125 A.L.R.5th 281, § 2(a) § 6 (a), Online Westlaw.
- Jerold H. Israel-Wayne R. Lafave, Criminal Procedure, Constitutional Limitations, 6th Ed. 2001.
- Joshua Dressler-Alan C. Michaels, Understanding Criminal Procedure, Volume 1: Investigation, 4th Edition, 2006, Lexis Nexis.
- Kiely Lewandowski, "US Senator Criticizes Warrantless Laptop Searches At Border", JURIST Legal News and Research, 2.7.2008 (<http://jurist.law.pitt.edu/paperchase/2008/07/us-senator-challenges-warrantless.php>, 22.12.2009)
- Micheal A. Cretacci, Supreme Court Case Briefs in Criminal Procedure, 2008.
- Mitchell Zimmerman, "Gov't Rummaging Through Your Laptop's Contents? No Problem If You're Re-Entering USA, Says Ninth Circuit", http://www.fenwick.com/docstore/Publications/Litigation/Privacy_Alert_04-30-08.pdf
- M.Murat YARDIMCI, ABD Hukuku, AİHM İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi, Ankara, 2009.
- Robert Litt- Ronald Lee - Stephen Marsh, "Working On The Flight? How International Travel Can Result in Government Officials Examining Your Electronic Data", <http://www.arnoldporter.com/resources/documents/ca-workingontheflight-021208.pdf>
- Robert M. Bloom - Mark S. Brodin, Criminal Procedure, Aspen Publishers, Fourth Edition, 2004.
- Russel L. Weaver- Leslie W. Abramson- John M. Burkoff- Catherine Hancock, Principles of Criminal Procedure, 3rd Edition, Thomson-West, 2008.

- Russell J. Davis-Laura Hunter Dietz-John R. Kennel, "Customs Duties And Import Regulations", 21A Am. Jur. 2d Customs Duties, Etc. § 308, American Jurisprudence, Second Edition, Database updated May 2009, Volumes 33-34B, Online Westlaw.
- Ryan Singel, "Border Agents Can Search Laptops Without Cause, Appeals Court Rules"
(<http://www.wired.com/threatlevel/2008/04/border-agents-c/>)
- Sherry F. COLB, "Does the Fifth Amendment Protect the Refusal to Reveal Computer Passwords? In a Dubious Ruling, a Vermont Magistrate Judge Says Yes", FindLaw, February 4, 2008, <http://writ.news.findlaw.com/colb/20080204.html>.
- Stephen A. Saltzburg - Daniel J. Capra - Angela J. Davis, Basic Criminal Procedure, 4th Edition, Thomson-West 2005.
- Stephen Lease, "Customs Duties", Corpus Juris Secundum, 25 C.J.S., Searches and Seizures, § 228, 229, 230 Database updated June 2009, Online Westlaw.
- Steven L. Emanuel, Criminal Procedure, Aspen Publishers. 27th Edition, 2007.
- Susan W. Brenner-Barbara A. Frederiksen, "Computer Searches and Seizures: Some Unresolved Issues", 8 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. 39 (2002), <http://www.mttlr.org/voleight/Brenner.pdf>
- Thomas N. McInnis, The Evolution of the Fourth Amendment, 2009.
- Wayne R. Lafave, Search And Seizure: A Treatise On The Fourth Amendment, Search & Seizure, § 10.6, Airport searches, Online Westlaw.
- Yule Kim, "Protecting the U.S. Perimeter: Border Searches Under the Fourth Amendment", CRS Report for Congress, RL31826, 29 Haziran 2009, <http://www.fas.org/sgp/crs/homesecc/RL31826.pdf>
- Yule Kim, "Border Searches of Laptop Computers and Other Electronic Storage Devices", CRS Report for Congress, RL34404, 28.07.2009, s. 4. http://assets.opencrs.com/rpts/RL34404_20090728.pdf

BEYAZ PERDEDE KARA BİR DÖNEMİN GÖLGESİ: MODERNİTE VE HOLOKOST'U SİNEMA ARACILIĞIYLA ANLAMAK

SHADOW OF A DARK ERA ON THE SILVER SCREEN:
UNDERSTANDING MODERNITY AND
HOLOCAUST BY THE CINEMA

Elif KÜZECİ*

Özet: II. Dünya Savaşı döneminde Avrupa, tanımlanması zor acılara tanıklık etmiştir. Bunun en açık örneğini Nazi Almanya'sının yönetimi altında gerçekleştirilen soykırım yani, holokost oluşturur. Holokost ancak modern dönemlerde görülebilecek bir yıkımdır. Böylesine bir yıkımı bir daha yaşamamak için ise onun nedenlerini ile sorumlularını araştırmak ve en önemlisi yaşananları anlamaya çalışmak gerekir. Bu araştırmada pek çok sinema eseri yolumuza ışık tutmaktadır. Bu çalışma, holokosta ilişkin sayısız film arasından seçilen örnekler üzerinden daha aydınlık bir gelecek için yapılan bir anlamlandırma çabasının ürünüdür.

Anahtar Sözcükler: Holokost filmleri, modernite, Nazi Almanya'sı.

Abstract: During the World War II, Europe witnessed a hardly defined targedy. The genocide under Nazi Germany government, in other words holocaust, is the explicit form of it. Holocaust is a destruction which can be ocured only in the modern times. For not to see such a destruction again, we should try to understand what has happened. In this activity cinema enlightens our way. This article is aimed to seek an explanation of this drama by movies on holocaust.

Keywords: Holocaust movies, modernism, Nazi Germany.

* Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Bilim Dalı öğretim üyesi.

"Gökler kızmış, insanoğlunun ettiklerine,
Yıkacaklar neredeyse kanlı dünyasını
Saate bakarsan gündüz şimdi:
Ama karanlığa boğulmuş göğün lambası
Ya gecenin zaferi bu
Ya da gün utanıyor doğmaktan
Karanlıklar sarmış dünyamızın yüzünü
Diri Aydınlıklar öpecekken..."¹

GİRİŞ

-Sinema, Modernite, Şiddet ...-

Geçtiğimiz yüzyıllarda gelişmeye başlayan, bugünkü yaşamımızı biçimlendiren, bizi belirli bir yöne sevkeden modernleşme birbirleriyle iç içe geçmiş yapısal, kültürel, manevi ve maddi değişimlerin yarattığı karmaşayı dile getirir.² Bir başka anlatımla "(m)odern olmak, bizlere serüven, güç, coşku, gelişme, kendimizi ve dünyayı dönüştürme olanakları vaat eden; ama bir yandan da sahip olduğumuz her şeyi, yok etmekle tehdit eden bir ortamda bulmaktır kendimizi" ya da Marx'ın deyişiyle "katı olan her şeyin buharlaşıp gittiği bir evrenin parçası olmaktır".³

Modern insanın yaşadığı bu karmaşa sosyal bilimler için önemli çalışma alanlarından birini oluşturur. Sosyologlar, sosyo-psikologlar, psikanalistler, hukukçular, ekonomistler, siyaset bilimiyle uğraşanlar şu ya da bu şekilde, doğrudan ya da dolaylı olarak "modernlik" ve onun sonuçlarıyla ilgilenir. Ancak modernliğin yarattığı bu büyük paradoks, doğal olarak, yalnızca bilimle uğraşanların ilgisini çekmemektedir. Edebiyattan, tiyatroya; resimden, müzikallere kültür ve sanat eserlerinde modern insan ve onun çelişkileri üzerinde önemle durulur. Bu kapsamda bütünüyle "modern" dönemlerin bir ürünü olarak karşımıza çıkan "sinema" da da bu karmaşanın çeşitli açılardan değerlendirildiği görülmektedir.

¹ Shakespear, *Macbeth* (II. Perde, IV. Sahne), Çev. Sabahattin Eyüboğlu, Remzi Kitabevi, İstanbul 1967, s. 57.

² Hans Van Der Loo, Williem Van Reijen, *Modernleşmenin Paradoksları*, Çev. Kadir Canatan, İnsan Yayınları, İstanbul 2003, s. 14

³ Marshall Berman, *Katı Olan Her Şey Buharlaşıyor*, Çev. Ümit Altuğ, Bülent Peker, İletişim, 4. Baskı, İstanbul 2001, s. 27.

Günümüzde “politik mücadelelerin yürütülmesi açısından özel önem taşıyan bir kültürel temsil arenası”⁴ durumuna geldiğini söyleyebileceğimiz sinema, egemen gücün elinde bir propaganda aracı olabilmesi ya da büyük sermayenin yeni bir tuzağına dönüşebilmesinin yanında, içinde barındırdığı bağımsız çalışmalarla vicdanlarımıza dokunan, aklımızı günlerce meşgul eden ve bizi içinde bulunduğumuz ortamdan çok daha farklı dünyalara sürükleyen bir etki gücüne de sahiptir. Ünlü İtalyan yönetmen *Bernardo Bertolucci*’nin bir röportajında belirttiği gibi: “Bir film, az çok belirli bazı olaylar etrafında cereyan etmesinden ve toplumun geniş hatıralarını yeniden düzenlemesinden olacak ki, hafızalarda gerçek olaylardan daha uzun sürer ve daha canlı yaşar...”⁵

Bu doğrultuda modern dünyanın bizlere sunduğu karmaşayı, bu bağlamda modernliğin şiddetle olan ilişkisini beyaz perdede çok farklı açılardan okumak ve günlük yaşamda yapamadığımız oranda çarpıcı ve canlı bir şekilde algılamak olanaklıdır. Modern dünyanın şiddetle yüzleşmesi ve şiddetle iç içe geçmişliği bazen ironiyle, bazen insanın yüzüne bir tokat vururcasına yaşanan sarsıntıyla pek çok film üzerinden değerlendirilebilmektedir.

David Fincher’ın *Dövüş Kulübü*’nde (*Fight Club*, 1999) anlatıcının modern toplum üzerine düşüncelerini, hayal kırıklıklarını, öfkesini ve bunun şiddetle kesişmelerini görebilmekte, modern dünyada şiddetin kitle iletişim araçları ile nasıl masallaştırıldığını Oliver Stone’un *Katil Doğanlar*’ında (*Natural Born Killers*, 1994) sezebiliriz. Günümüzde şiddetin ne zaman, nerede ve kimin tarafından bize yönelebileceğinin belirsizliğini Gus Van Sant’ın *Fil*’inde (*Elephant*, 2003) sarsıcı bir şekilde hissedebilir, Micheal Moore’un *Benim Cici Silahım*’ında (*Bowling for Columbine*, 2002) bu belirsizliğin belirlenebilir ölçülerini değerlendirebiliriz. Lars von Trier’ın *Dogville*’inde (2003) “öteki”ye karşı ABD’nin aldığı tavrı pek çok yazılı eserde hissedebileceğimizden çok daha etkili bir şekilde gözleyebiliriz. Tıpkı Stanley Kubrick’ın *Otomatik Portakal*’ında (*A Clockwork Orange*, 1971) içimizi kaplayan huzursuzluğun ardından olduğu gibi kendimize ve şiddete ilişkin pek çok soruya yanıt arama

⁴ Michael Ryan, Douglas Kellner, *Politik Kamera, Çağdaş Hollywood Sinemasının İdeolojisi ve Politikası*, Çev. Elif Özsayar, Ayrıntı, İstanbul 1997, s. 37-38.

⁵ Pınar Tınaz Gürmen, “Bernardo Bertolucci: Düşler, Tutkular ve Filmler”, *Sinema*, Y. 2005, S. 5, s.96.

acilliğini hissedebiliriz. Ya da Terry George'ın *Hotel Rwanda*'sında (*Hotel Rwanda*, 2004) iç savaşın yaratabileceği dehşeti, konuya ilişkin kapsamlı çalışmalardan çok daha sarsıcı bir şekilde görebiliriz.⁶

Sinema elbette birey olarak bize sorumluluklarımızı göstermek ya da dünyaya, dünyamıza ilişkin meraklarımızı gidermek konusunda yeterli olmamaktadır ve olmayacaktır. Üstelik kimi zaman sosyal gerçekliğin bilinçli olarak inşasını amaç edinmesi⁷ ve nasıl kavranması gerektiğini bilinçaltımıza yerleştirebilmesi⁸ gibi nitelikleriyle bizi yanlış yönlendirme, "gerçeklik"ten koparma tehlikesini de taşır. Ancak burada anlatmak istediğimiz, bilimsel araştırmalarla, değerlendirmelerle birlikte ve tehlikeleri gören berrak bir akılla yaklaşıldığında, iyi seçilmiş pek çok filmin zihinlerimizdeki soruların canlanmasına, yeni sorular oluşmasına, olaylara, olgulara farklı açılardan bakmayı sağlamaya, araştırma ve öğrenme isteğinin artmasına ve bütün bunlar gerçekleşirken de saf aklın yanında maneviyatımızı da harekete geçirmeye yardımcı olabileceğidir. Bu nedenle kanımızca filmler, değerlendirme sistemimize yardımcı olabilecek etkili ve oldukça keyifli araçlardır.

⁶ Çalışmamız içerisinde sözü geçen filmler genel olarak Avrupa sinemasının sunduğu örneklerdir. Bunun yanında Amerikan kökenli olan ancak bağımsız nitelik taşıdığı söylenebilecek çeşitli filmlere de yer verilmiştir. Ancak bu filmlerin tamamı Hollywood sinemasının klişeleşmiş anlatım sisteminden ayrılmış yapımlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle *Ferzan Özpetek*'in bir röportajında Avrupa sinemasını neden kendine daha yakın bulduğunu dile getirirken yaptığı şu saptamaya itimat edilmiş ve filmler yönetmenleri ile birlikte anılmıştır: "Amerikan sisteminde oyuncular ve prodükterler kuvvetlidir, Avrupa'daysa yönetmenler". Bkz. Senem Erdine, "Paralel Aşıklar", *Sinema*, Y. 2003, S. 104, s. 48.

⁷ Michael Ryan, Douglas Kellner, s. 38.

⁸ Görüntüler aracılığıyla bilinçaltını etkilemenin, bütünüyle teknik yöntemlerle de sağlanabileceği düşünülmektedir. Örneğin üzerinde önemli tartışmalar yürütülmüş "subliminal" imge gösteriminin reklamcıların ya da propagandacıların elinde etkili bir silaha dönüşebileceği ileri sürülmüştür. Bu yöntemde çeşitli görüntüler, bilinçli olarak algılanamayacak kadar kısa bir sürede gösterilmektedir. Bu şekilde seyirciye ulaşması istenilen mesajın bilinci atlatarak, bilinçaltını etkilemesi ve seyirciyi istenilen biçimde yönlendirmesi hedeflenmektedir. Bu yöntem David Fincher tarafından *Dövüş Kulübü* adlı filmde gönderme yapılmış ve bu yöntem sınırlı da olsa kullanılmıştır. Bkz. Kuylukhan Kutlu, "Dövüşelim, güzelleşelim!" *Sinema*, Y. 2002, S.91, s. 94-95. Etkileri henüz tam anlamıyla kanıtlanamamış olsa da bu yöntem kanımızca, filmler aracılığıyla seyirciyi yönlendirme isteğinin varabileceği noktaları göstermesi açısından dikkate değerdir.

Yukarıda bir çırpıda sayılan filmler de, şiddete ilişkin olarak, bu hususlar dikkate alınarak değerlendirilebilecek birkaç örnekten ibarettir. Dünya sineması düşünüldüğünde örneklerin binlerle ifade edileceği kolaylıkla söylenebilir. Dünyanın dört bir yanında şiddeti çeşitli boyutlarıyla izleyiciye sunmak üzere “*Motor!*” denilmiştir ve denilmeye devam etmektedir. Bu sayede şiddetin modernlik ile ilişkisini sinema üzerinden okurken bize yardımcı olabilecek uzun bir liste hazırlanabilir.

Bu kapsamda II. Dünya savaşı sırasında yaşananların ve özellikle modern dünyanın yarattığı dev makinelerin Naziler tarafından kullanılışının ve sıradan insanların buna yönelik tepkisinin çeşitli açılardan izlenmesi önemli bir başlık olarak karşımıza çıkar. Bu dönemde yaşananlar, bütünüyle düşünülmüş, tasarlanmış, kurgulanmış ve yıkıcılığını kanıtlamış bir vahşetin öyküsüdür ve insan haklarının, özellikle uluslararası alandaki koruma araçları bakımından, gelişmesinde önemli bir etki yaratmıştır. Böylesine bir vahşetin pek çok kez, farklı açılardan sinema perdesine yansımış olması da elbette ki çok doğaldır. Aşağıda yalnızca pek çok film arasından seçilmiş birkaç örnek yardımıyla “*Bir Daha Asla!*” diyebilmek, insan haklarına dayalı bir ortamda yaşayabilmek için önce kendimize: XXI. yüzyılın modern insanına yöneltmemiz gereken bazı sorular derlenmeye çalışılmıştır.

*“Yazgımı biliyorum.
Öyle bir gün gelecek ki, adım dehşet veren bir şeyin anısıyla
birlikte anılacak,
-dünyanın hiç görmediği bir krizin, en derin vicdan çatışmasının,
inanılan, talep edilen, kutsal kılınmış ne varsa
hepsine karşı zorla verdirilmiş bir kararın anısıyla ...
Yeryüzünde hiç görülmemiş savaşlar çıkacak.”⁹*

I. MODERN DEVLET VE ŞİDDET TEKELİ

XVII. yüzyılda Avrupa’da başlayıp ardından bütün dünyayı saran toplumsal yaşam ve örgütlenme biçimlerine işaret eden modern-

⁹ F. W. Nietzsche, “Defterlerden”, Nietzsche: Kayıp Bir Kıta, COGITO (Özel Sayı), YKY, 2. Baskı, İstanbul, Kış 2001, S.25, s. 199.

lik, XX. yüzyılı gözlemleyebilmiş herkes için iki yönlü bir olgudur.¹⁰ Modernliğin bu iki yönlü yapısı her şeyden önce modern devletin niteliğinden kaynaklanır. Kısaca “Avrupa’da feodal parçalanmışlığın coğrafi ve siyasi merkezileşme yoluyla aşılması sonucu ortaya çıkan ve feodal siyasi örgütlenme biçiminden esasta açıkça farklılaşan bir devlet biçimi”¹¹ olarak tanımlanabilecek modern devletin bu farklılaşan yönünü ortaya koyabilmek için “kendine özgü somut araçları”na bakmak gerekir.¹² Bu noktada devletin tekeline aldığı fiziksel güç ve şiddet kullanımı önemli bir ayırt edici unsur olarak karşımıza çıkar.

Nitekim Weber, modern devletin “belli bir arazi içinde, fiziksel şiddetin meşru kullanımını tekelinde (başarıyla) bulunduran insan topluluğu” olduğunu belirtir.¹³ Her ne kadar bu muazzam siyasal yapının tanımını yapmak ve belirgin özelliklerini ortaya koymak çok çeşitli yaklaşımlara açık olsa da, Weber’in önermesi doğrultusunda, modern devleti meşrulaştıran ahlaksal gerekçenin güç kullanımının kişisellikten çıkarılarak, devlet tekeline bırakılması, böylece gücün ehlileştirilmesi olduğu söylenebilir.¹⁴

Modern devletin kendinden önceki feodal yapıdan farklılaşarak şiddet tekeli eline alması elbette çeşitli sosyal, siyasal, ekonomik nedenlere dayanır.¹⁵ Ancak bunlar içerisinde Hobbes’un dikkat çektiği tehlikenin özellikli bir yeri olduğunu da kabul etmek gerekir. Hobbes’a göre:

“Devlet olmadıkça, herkes herkese karşı daima savaş halindedir. Buradan şu açıkça görülür ki, insanlar hepsini birden korku altında tutacak genel bir güç olmadan yaşadıkları vakit, savaş denilen o durumun içindedirler ve bu savaş herkesin herkese karşı savaşıdır. (...) Böyle bir ortamda çalışma-

¹⁰ Anthony Giddens, *Modernliğin Sonuçları*, Çev. Ersin Kuşdil, 2. Baskı, Ayrıntı, İstanbul 1998, s. 11-16.

¹¹ Mithat Sancar, “Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti”, *Hukuk ve Adalet Üstüne, Doğu Batı*, Y. 4, S. 13, Kasım-Aralık-Ocak 2000-2001, s. 26.

¹² Max Weber, *Sosyoloji Yazıları*, Çev. Taha Parla, 2. Baskı, İletişim, İstanbul 1998, s. 132.

¹³ Max Weber, s. 132.

¹⁴ Gianfranco Poggi, *Modern Devletin Gelişimi, Sosyolojik Bir Yaklaşım*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2002, s. 123.

¹⁵ Bu konuya ilişkin olarak çok yararlı ve oldukça özet bir değerlendirme bkz. Anthony Giddens, s. 59-66.

ya yer yoktur; çünkü çalışmanın karşılığı belirsizdir. (...) Hepsinden kötüsü, hep şiddetli ölüm korkusu ve tehlikesi vardır ve insan hayatı, yalnız, yoksul, vahşi ve kısa sürer."¹⁶

Hobbes'un çizdiği bu tablo o kadar etkileyicidir ki, böylesine bir ortamda yaşamın nasıl olabileceğini düşünmek bile güçtür. Bu noktada Hobbes bizlere çözümü sunar:

*"İnsanları yabancıların saldırısından ve birbirlerinin zararlarından koruyabilecek ve, böylece, kendi emekleriyle ve yeryüzünün meyveleriyle kendilerini besleyebilmelerini ve mutluluk içinde yaşayabilmelerini sağlayacak ... genel gücü kurmanın tek yolu; bütün kudret ve güçlerini, tek bir kişiye veya hepsinin iradesini onların çokluğu ile tek bir iradeye indirgeyecek bir heyete devretmeleridir. ... İşte o EJDERHA'nın veya daha saygılı konuşursak, ölümsüz tanrının altında, barış ve savunmamızı borçlu olduğumuz ölümlü tanrının doğuşu böyle olur. Çünkü devletteki her bir kimsenin ona verdiği yetkiyle onun elinde o kadar kudret ve güç toplanmış olur ki, o kişi, bu kudret ve gücün dehşetiyle, bütün insanların yurttan barış ve yurtdışında düşmanlara karşı yardımlaşma yönündeki iradelerini birleştirip biçimlendirmeye muktedir hale gelir."*¹⁷

Hobbes'un önermesine uygun olarak öncelikle Avrupa'da modern toplum ortaya çıkmış ve "uygar" olarak tanımlanmıştır. Bu uygar toplum pek çok doğal çirkinliğin ya da bozukluğun ortadan kaldırıldığı, insanların doğuştan gelen şiddet eğilimlerinin baskı altına alınarak tasfiye edildiği bir ortam olarak anlaşılmıştır. Bu doğrultuda "Uygar toplumun yaygın imajı herşeyden önce şiddetin bulunmadığı kibar, nazik, yumuşak bir toplum" dur denilebilir.¹⁸ En azından buna inanıldığı ve güvenildiği söylenebilir.

Günümüzde modern devletlerin tamamı kendi toprakları üzerindeki şiddet kontrolünü bir oranda sağlamıştır. Ancak bu başarının derecesi farklıdır.¹⁹ Aynı şekilde devletlerin uyruklarına sundukları

¹⁶ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, YKY, 4. Baskı, İstanbul 2004, s. 94-95.

¹⁷ Thomas Hobbes, s. 129-130.

¹⁸ Zygmunt Bauman, *Modernite ve Holocaust*, Çev. Suha Sertabiboğlu, Sarmal, İstanbul 1997, s.130.

¹⁹ Anthony Giddens, s. 72.

doğrudan fiziksel yıldırmanın düzeyleri de büyük çeşitlilik gösterir.²⁰ Ancak şiddetin günlük ilişkilerden tasfiyesi, modern öncesi yapılarla karşılaştırıldığında, bir şekilde gerçekleşmiştir ve ona güvenilmektedir.

İşte tam da bu nedenle biz modern insanlar için yaşadığımız dünyada Fernando Meirelles ve Kátia Lund'un *Tanrıkent'*inde (*Cidade de Deus, 2002*) Hobbesvari bir şekilde tasvir edilmiş şiddeti sert ve rahatsız edici bir biçimde izlemek, ruhlarımızın büyük bir rahatsızlık hissiyle dolmasına neden olur.²¹

Yukarıda da kısaca değindiğimiz üzere "fiziksel şiddet üzerindeki devlet tekelinin, sosyolojik meşruluğunu toplumsal barışı ve güvenliği gerçekleştirme hedef ve işlevinden aldığı; başka bir ifadeyle, modern devlete bu tekelin, şiddeti toplumsal ilişkilerden tasfiye etme veya toplumsal ilişkilerde şiddet kullanımını en aza indirme karşılığında verildiği"²² kabul edildiğinde, *Tanrıkent'*te dünyanın bir yerlerinde şiddetin toplumsal ilişkilerde sınır tanımaz bir şekilde sürdüğünü görmenin ve böylesine bir ortamın içerisinde bulunmanın yaratacağı savunmasızlığı, çaresizliği hissetmenin biz modern insanları huzursuz etmesi doğaldır.

Bu doğrultuda modern toplumsal kurumların gelişmesinin ve bunların bütün dünyaya yayılmasının, insanoğlunun güvenli, rahat ve mutlu bir yaşam geçirebilmesi için modernlik öncesi sistemlerden çok daha fazla olanak sunduğunu belirtilmelidir. Bu modernliğin içimizi ferahlatan, güven verici ve renkli birinci yönünü oluşturmaktadır. Ancak modernliğin XX. yüzyılda belirginleşen karanlık bir yüzü de bulunmaktadır.²³

²⁰ Christopher Pierson, *Modern Devlet*, Çev. Dilek Hattatoğlu, Çiviyazıları, İstanbul 2000, s. 26.

²¹ Gerçek olaylardan esinlenerek yazılmış bir romandan uyarlanan "*Tanrıkent'*", Rio de Janeiro'daki bir kenar mahallede organize suçun tırmanışını anlatmaktadır. Sokaklarda yaşanan şiddeti belgesele yakın bir ustalıkla izleyiciye sunan filmin oyuncularının büyük bir çoğunluğunun *Tanrıkent'*in gerçek sakinleri olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim kanımızca bu durum, tasvir edilen olayların gerçekliğini vurgulayarak filmin etkileyciliğini arttırmaktadır.

²² Mithat Sancar, s. 27-28.

²³ Anthony Giddens, s.16.

Evet, modern iktidarın merkezileşme ve tekelleşme eğilimlerinin bir göstergesi olarak şiddet, belirli bir oranda da olsa, bireylerin ulaşabileceği alanın dışına çıkarılmıştır. Ancak bu rahatlığın ve güvenliğin bir bedeli olabileceği de unutulmamalıdır ve bu öyle bir bedeldir ki “biz, yani modernite evinin sakinleri herhangi bir anda bununun bedelini ödemeye çağırılabiliriz. Ya da haber verilmeksizin ödettirilebiliriz”.²⁴

Bu bedel, şiddet araçlarını tekelinde tutan devletin yaşamı tehdit eden güçlerini kendi uyruklarına karşı da çevirebilmesinden kaynaklanır. Elbette modernlik öncesi siyasal yapılarda da uyruklarının kendilerine itaat etmesini sağlamaya çalışılmıştır. Ancak modernlikle siyasal gücün eline, bu dönemlerde hiçbir zaman sahip olamadığı oranda büyük kaynaklar geçmiştir. Modern devlette artık feodal beyler, cemaat milisleri, korsanlar ya da düello yapan aristokratlar yoktur ya da silahları artık meşru görülmemektedir. Böylece şiddeti tekeline almış modern devletin, kendinden önceki siyasal yapılarla karşılaştırıldığında çok daha dehşet verici bir potansiyelle karşımıza çıktığı söylenebilir.²⁵

Yalnızca XX. yüzyılda yaşananlara bakmak bunun bir paranoya olmadığını, tarihsel bir gerçek olarak karşımızı çıkabildiğini algılamaya yeter. Özellikle II. Dünya Savaşı sırasında Almanya’da yaşananlar, modernlik ve şiddet, ya da modern devlet ve şiddet tekeli, ilişkisinde pek çok hususu yeniden gözden geçirmeyi zorunlu kılar.

Yeni bir siyasal ve toplumsal düzen kurma iddiası ile yola çıkan ve demokrasilerin karşısına dikilen diktatörlüklere kaynaklık eden²⁶ İtalyan faşizmi, devlet eliyle vahşetin varabileceği sonuçların boyutunu gözler önüne seren Nazizm, Stalinizm gibi XX. yüzyılın önemli olaylarını²⁷ izlemek, daha çok modernlik öncesi devletlerin özelli-

²⁴ Zygmunt Bauman, s. 144.

²⁵ John Keane, *Şiddetin Uzun yüzyılı*, Çev. Bülent Peker, Dost, Ankara 1998, s. 34.

²⁶ Paul Guichonnet, *Musollini ve Faşizm*, Çev. Tanju Gökçöl, Cep Üniversitesi, İletişim, İstanbul 1998, s. 5.

²⁷ Bernardo Bertolucci 1900 adlı filminde, XX. yüzyılda faşizmin doğuşunu *Attila*’nın kişiliğinde etkileyici bir şekilde beyaz perdeye yansıtmıştır. Bertolucci de *Attila* karakterini oluştururken yalnızca 1921-1925 yılları arasında İtalya’da yaşanan faşizmi değil, bütün zamanların faşizmini; içimizdeki canavarın bir yansıması olarak faşizmi sembolize etmek istediğini açıklamıştır. Bu doğrultuda yönetmen, faşizmin doğuşunu filmde özellikle iki karede sentezlemeye çalıştığını açıklar: birincisi

ği gibi görülen “despotizm”in gerçekten öyle olup olmadığını kapkara bir soru işareti ile bizlere sunar. Nitekim bu son derece “modern” olaylara tanıklık etmek, totalitarizmin olanaklarının modernliğin kuramsal parametrelerince dışlanmaktan öteye onlar tarafından kapsandığını göstermektedir.²⁸

Hatta modern soykırımın kendinden önceki dönemlerle karşılaştırıldığında devasa boyutlarıyla dikkat çektiğini söylemek olanaklıdır. Nitekim insanlık tarihi boyunca, Hitler’in ve Stalin’in hüküm sürdüğü dönemler hariç hiçbir zaman bu kadar kısa zamanda, böylesine çok sayıda insanın öldürüldüğü görülmemiştir.²⁹ Bunun bir nedeni modernlik öncesi siyasal yapıların olağanüstü derecede başına buyruk ve despot olabilmelerine karşın, iktidarlarının menzillerinin son derece sınırlı olmasıdır.³⁰

Bu saptamanın doğruluğunu kanıtlamak üzere aşağıda bir “aşırı” örneği, insanlık tarihinin en acılı olaylarından birini “Nazi vahşeti”ni incelemeye çalışacağız. Bu örnek aşırıdır, çünkü Nazi vahşeti gibi bir olay modern devletin eninde sonunda yakalanacağı bir hastalık olarak değerlendirilemeyecek bir kez olmuş ve bir daha gerçekleşmeyecek bir rastlantı da değildir. “Nazi vahşeti”, modern devletin potansiyeline ve bu potansiyelin uygulamada bizi ne gibi aşırı uçlara götürebileceğine işaret eder.

Bu doğrultuda, Nazi vahşetinin araladığı karanlık pencere bizlere modern devletin şiddetle olan ilişkisini algılamakta yardımcı olmaksızın öte; kurban, cellat ve/veya seyirci olarak bir şekilde bu acının parçası durumuna gelmiş modern insanın dününe, bugününe ve yarınına ilişkin pek çok ipucu da sunmaktadır.

toprak sahiplerinin kilisede faşistlere vermek için para toplamaları, ikincisi ise terzinin *Attila*’nın üzerine uygun siyah bir elbise dikmesidir. Bkz. Jean A. Gili, *Italian Filmmakers, Self Portraits: A Selection of Interviews*, Fransızca’dan İngilizce’ye Çev. Sandra E. Tokunaga, Gremese, Roma 1998,134, 138.

²⁸ Anthony Giddens, s. 17.

²⁹ Zygmunt Bauman, s. 124.

³⁰ Christopher Pierson, s. 29.

“... Almanya'nın teknik çağa kusursuz ayak uydurduğu ile birlikte bugün, tüm uygarlığı tehdit eden, çok etkili bir patlayıcı oluşturmuş durumdadır.”³¹

II. HİTLER VE “MODERN” ALMAN MAKİNESİ

-CELLAT-

30 Ocak 1933 tarihinde *Adolf Hitler*'in başbakan seçilmesi ile başlayan ve 30 Nisan 1945'de Berlin'deki sığınağında yaşamının sona ermesine kadar geçen süre içerisinde modernitenin doğduğu Avrupa toprakları Nazi vahşetine tanıklık etmiştir. Oysa modernlik ile Nazi vahşetini yan yana koymak ve birlikte düşünmek pek çok açıdan güçtür. İlkel bir durumda yaşama; korku, ürküntü anlamlarına gelen vahşet³² ile bütün bunların tasfiye edilmesi inancının kuruluşunda önemli bir etken olduğu modernlik nasıl iç içe geçebilir? Yukarıda kısaca açıklamaya çalıştığımız gibi modern devletin silahlarını kendi uyruklarına çevirmesi; onun ahlaksal temellerine, bu nedenle modern dünyanın “tanrısı” durumuna geldiği söylenebilecek güvenliğe amansız bir saldırı görünümündedir. Bu saldırının kaynaklarını ararken akla gelen ilk inceleme alanını bu vahşetin baş mimarı ve teknikeri, yani lideri oluşturur.

Hitler'in pek çok açıdan hastalıklı bir psikolojik yapıya sahip olduğu açıktır. Bunun nedenleri, çocukluk dönemi, annesiyle olan ilişkileri ve bunların sonucunda gelişen “ölüm sevgisi” ve “narsisizm”le³³

³¹ Thomas Mann'ın 1941 yılında BBC Radyosundan yaptığı konuşmadan alınmıştır. Bkz. Thomas Mann, *Dinle Alman Ulusu!*, Çev. Niyazi Eröztürk, E Yayınları, İstanbul 1991, s.35.

³² “Vahşet” *Türk Dil Kurumu Sözlüğü*'ne göre şu anlamlara gelmektedir: yabancı olma durumu; korku ürküntü ve eski dilde yalnızlık, ıssızlık. Bkz. *Türk Dil Kurumu Milliyet Türkçe Sözlük*, C. II, İstanbul 1992, s. 1548. Aynı sözlüğe göre “yabancı” ise öncelikle “ilkel bir durumda yaşayan insan, hayvan ya da bitkiyi niteler. Bkz. a. g. e., s. 1574.

³³ Örneğin ünlü psikolog, sosyolog ve düşünür Erich Fromm, Hitler'in bu ve benzeri nedenlerle “çürüme belirtisi” olarak adlandırdığı psikolojik bozukluğun en açık örneğini oluşturduğu görüşündedir. Fromm, Freud'un kuramının temelini oluşturan “anneye karşı cinsel saplantı”dan hareket ederek, “kandaşla cinsel ilişki bağlarıyla birlikte yaşama”, narsizm ve ölüm sevgisiyle karışmış olarak ortaya çıkan bu psiko-

ya da başka gerekçelerle açıklanabilir. Ancak yaşanan vahşeti yalnızca Hitler'in psikolojik olarak hasarlı kişiliği ile açıklamak önemli verilerin gözden kaçmasına neden olabilir. Dolayısıyla örneğin, Charlie Chaplin'in yazdığı, yönettiği ve oynadığı *Büyük Diktatör*'de (*The Great Dictator*, 1940) tasvir edilen Hitler'in, seyirciyi bu kişiliğin gerçekliğinden koparan olumsuz bir etki yarattığı söylenebilir.

Henüz Hitler'in önderliğinde kurulan yapının dehşet verici uygulamalarının dünyada tam olarak kavranamadığı ya da çeşitli nedenlerle kavranmak istenmediği bir dönemde, böylesine bir filmin çekilmesi elbette ki takdire değerdir. Nitekim kendisi de bir Yahudi olan *Chaplin*, bu filmi diktatörü alabildiğine küçülten ve aşağılayan bir siyasal hiciv olarak kurgulamış ve kendisine yöneltilen bütün eleştirilere karşın "Bu filmi dünyanın tüm Yahudilerine adıyorum" diyerek yaşananlara dikkat çekmeye çalışmıştır.³⁴

Böylesine bir filmin, dünyanın sessizliğini boğduğu bir dönemde, belki de Chaplin kadar ünlü bir kişi tarafından, çekilmesi büyük bir cesaret göstergesidir.³⁵ Ancak Hitler'i sembolize eden *Hynkel*'in anlaşılabilir konuşmasının ve komik görüntüsünün yalnızca bu kişiye değil, yaşananların gerçekliğine de gölge düşürdüğü söylenebilir.

Bu, belki de Hitler'in gerçekliğini yadsımaya yönelik bir eğilimin gönülleri rahatlatıcı etkisinden kaynaklanır. Nitekim Hitler'i *Büyük Diktatör*'de olduğu gibi bizleri güldüren, komik ve hatta aklen zayıf bir kişilik olarak düşünmek, modern dünyanın sakinleri için çok daha kolaydır. Hitler'in ölümünün üzerinden yaklaşık altmış yıl gibi bir süre geçtikten sonra Oliver Hirschbiegel tarafından çekilen *Çöküş*'de (*Der Untergang*, 2004)³⁶ onun alışılmış olarak bir cani, ya da absürd bir ki-

lojik yapıyı ve bunun kötücül sonuçlarını değerlendirmiştir. Bkz. Eric Fromm, *Sevginin ve Şiddetin Kaynağı*, Çev. Yurdanur Salman, Nalân İçten, 6. Baskı, Payel, İstanbul 1994, s. 99-105.

³⁴ Atilla Dorsay, *100 Yılın 100 Yönetmeni*, Remzi, İstanbul 1995, s. 42.

³⁵ Nitekim *Büyük Diktatör* pek çok tartışmaya neden olmuş ve Chaplin bu filmi dolayısıyla tepki çekmiştir. Örneğin, filmin yayınlanması Almanların yoğun olarak yaşadığı Chicago'da yasaklanmıştır. Bkz. Annette Insdorf, *Indelible Shadows, Films and the Holocaust*, 2. Baskı, Cambridge University Press, ABD 1989, s. 67.

³⁶ *Çöküş* filminin senaryosuna, Hitler'in sekreteri *Traudl Junge*'nin anıları kaynaklık etmiştir. Junge'nin bir belgesel film ve bir de kitap aracılığıyla açıkladığı anıları Almanya'nın tanınmış tarihçilerinden Joachim Fest'in "Der Untergang" adlı ki-

şilik olarak sergilenmemesinin yarattığı önemli yankılar da bu nedenden kaynaklanmaktadır.

Çöküş'te Hitler'in korkularını, zaaflarını, hastalığını, yaşadığı psikolojik yıkımı izlemek bizleri korkutmaktadır. Çünkü böylesine insanca duyguların yalnız biz sıradan insanlarda değil, Hitler gibi bir kişilikte de bulunduğunu görmek, çevremize ve hatta kendimize yönelik güveni zedelemekte, böylesine bir kişiliğin biz hiç farkında olmadan karşımıza çıkabileceğini, bizi yönetebileceğini ve başka vahşetlere sürükleyebileceğini göstermektedir.

Nitekim Nazi subaylarına ve onların yaptıklarına ilişkin öğrendiklerimiz de özellikle bunun bize de yapılabileceğini değil, bunu bizim de yapabileceğimiz olasılığını gösterdiği için korkutucudur. Çünkü onlar da üniformalarını çıkardıkları zaman toplum içinde kolaylıkla ayırt edilebilecek caniler değildir. Eşleri, çocukları, arkadaşları, sevdikleri; üzüntüleri, korkuları, düş kırıklıkları olan insanlardır.³⁷ Hirschbiegel'in büyük yankı uyandıran daha önceki bir filminde; *Deney*'de de (*Das Experiment*, 2001) bu doğrultuda, sıradan insanların şiddet eğilimine ilişkin önemli ipuçları bulmak olanaklıdır. Millgram deneylerinden esinlenerek senaryosu hazırlanmış olan *Deney*'de sıradan insanların ellerine geçen gücü ne derece şiddetli bir biçimde kullanabileceklerini gözler önüne serilmektedir.

Ayrıca yaşananların yalnızca bir kişinin takıntılı ve psikopat kişiliğinden kaynaklanacağını düşünmek mantıken de doğru değildir. Belki Hitler'deki gibi büyük ve bu oranda korkunç bir inancın ve bozuk kişiliğin çevresinde bulunan birkaç kişi için daha geçerli olduğunu düşünebiliriz.³⁸ Ancak böylesine büyük bir vahşetin tek sorumlusu olarak bir avuç insanın gösterilip gösterilemeyeceğini, eğer gösterile-

tabını yazmasını sağlamış, ardından da bu kitap senaryolaştırılmıştır. Bkz. Engin Ertan, "Führer'i Nasıl Bilirsiniz?", *Sinema*, S. 3, Y. 2005, s.84. Bu doğrultuda film, Hitler'in Berlin'deki sığınağında geçen son günlerini, "çöküş"ünü ve bunun sonucunda intiharını anlatmaktadır.

³⁷ Zygmunt Bauman, s. 195-196.

³⁸ Çöküş filminde "Çocuklarımın nasyonal-sosyalizmin olmadığı bir dünyada yetişmesini istemiyorum" diyerek çocuklarının altısını da kendi elleriyle öldüren Göbbels'in eşini izlemek, bu saplantılı düşüncenin ve nasyonal sosyalizme duyulan büyük inancın Hitler'in yakın çevresinde bulunan bazı kişilerde, en az Hitler'de olduğu kadar, katıksız bir şekilde bulunduğunu, bütün dehşetiyle bizlere göstermektedir.

biliyorsa onlara bu olanağı sunan şartların neler olduğu sorusunu modern dünyamıza yöneltmemiz gerekir.

Bu soruya genel geçer bir cevap bulabilmemiz oldukça güçtür, hatta belki de olanaksızdır. Kaldı ki bu vahşet öyküsünü bütün sosyal, ekonomik ve siyasal dinamikleri göz önüne alarak incelemek bu çalışmanın kapsamını da fazlasıyla aşacak ayrıntılı değerlendirmeleri gerektirir. Ancak şu kadarı söylenebilir: bu kişiler, başkalarıyla birlikte ya da tek başlarına, bu vahşeti modern devletin araçlarından yararlanarak gerçekleştirmişlerdir. O halde yaşananları incelerken modern devletin yarattığı mekanizmaları sorgulamamız gerekir.

Gerçekten Hobbes'un önermesine uygun olarak şiddetin devlet tekeline alınmasından ve modern devletin kurulmasından sonra, büyümesine bir olayın yaşanması dehşet vericidir. Üstelik Nazilerin başta Almanya olmak üzere Avrupa'nın pek çok yerinde gerçekleştirdikleri eylemler, modernlik öncesinde yaşanan benzer olaylarla karşılaştırıldığında onların ne kadar ilkel, plânsız ve yetersiz olduklarını da ortaya koymaktadır.³⁹ Yaşananların bir kitle terörünün çok ötesinde olduğu açıktır. Burada karşımıza tam anlamıyla "modern" bir soykırım çıkmaktadır.⁴⁰ Kitlesele heyecandan ya da kişisel düşmanlıklardan bağımsızlaşan; düşünülmüş, kurgulanmış ve uygulanmış bir soykırımdır bu.

Bunun modern devletin yapılanma biçimiyle ilişkisi vardır. Modern devlet: *"(T)üm dışlıleri birbirine kenetlenen bir makine, aralarında eşgüdüm sağlanmış çok sayıda görevin hizmetindeki tek bir merkezden gelen bilgiyle harekete geçen ve o merkezce yönetilen bir makine gibi çalışmak üzere tasarlanmıştır. (...) yalnızca bir mekanizma değildir: Etkinlikleri sırasında her biri bir başkasına kaynak sağlayan ya da onu kısıtlayan çok sayıda küçük parçadan oluşan karmaşık ve incelikli bir mekanizmadır."*⁴¹

³⁹ Zygmunt Bauman, s. 122.

⁴⁰ "Sayılara dikkat edin. Alman devleti yaklaşık altı milyon Yahudi'yi öldürdü. Günde 100 kişiden hesap etsek yaklaşık 200 yıl sürerdi bu. Kitle terörü yanlış bir psikolojik temele, şiddetli heyecana dayanır. İnsanlar öfkelenirilebilir, ama öfke 200 yıl sürdürülemez..."; John P. Sabini, Mary Silver, "Masumluğu, Açık Bilinçle Yok Etmek: Holocaust'un Sosyopsikolojisi", *Survivors, Victims, and Perpetrators: Essays in the Holocaust*, haz. Joel E. Dinsdale, Hemisphere Publishing Corporation, Washington 1980, s.329-330'dan aktaran; Zygmunt Bauman, s.123.

⁴¹ Gianfranco Poggi, s. 119.

İşte bu karmaşık ve incelikli mekanizma bürokrasinin çarklarını çoğu zaman soru sormaya olanak tanımayan, ya da bu olanaksızlık iddiasının arkasına saklanmayı sağlayan, bir hızla döndürmektedir. Bürokrasiye ilişkin açıklamalara temel oluşturmayı sürdüren *Weber*'in görüşü de bu yöndedir. *Weber*, tam anlamıyla gelişmiş bürokratik bir mekanizmanın üstünlüğünün makineyle yapılan bütün öteki üretim biçimlerine olan üstünlüğün aynısı olduğunu belirtmektedir.⁴² Buna göre, bürokrasi, insanlıktan ne denli uzaklaşırsa o denli kusursuz gelecektir ve *"resmi işlerden sevgi, nefret ve tüm hesaplanamaz kişisel ve irrasyonel ve duygusal öğeleri ne denli ayıklanırsa"* asıl niteliğine o denli yaklaşacaktır. *Weber*, bürokrasinin bu özgün niteliğini, onun özel erdemi olarak kabul etmektedir. Bu şekilde kişisellikten arınan bürokrasi, herkesin elinde kolaylıkla çalışabilecek bir makine durumuna gelir.⁴³

Weber'in bürokrasinin modernleşmenin ilerlemeyi temsil etmesine ilişkin açıklamalarını çelişkili bulmak, ya da onun savunduğunun tersine bürokrasinin verimi arttırmadığını, hatta verimsizleştirdiğini ileri sürmek olanaklıdır.⁴⁴ Ancak şu bir gerçektir: bürokrasinin uygulanma şiddeti ve etkililiği devletlere göre farklılaşsa da o, bir şekilde modern dünyayı sarmalamış, neredeyse en ücra köşelerine kadar yayılmıştır ve bir kez kurulduktan sonra artık vazgeçilmesi neredeyse olanaksızdır.⁴⁵

Otoriter bürokratik bir sistemde sıradan memurların önlerine gelen rutin işleri yerine getirirken bunların sonuçlarından ve aslında neye hizmet ettiklerinden haberdar olmaları oldukça güçleşmektedir. Gerçekten bu *"sistemin en dikkat çekici özelliklerinden biri de kişinin yaptığı eylemin ahlaksal garabetinin keşfedilme olasılığının azalması ve keşfedildiğinde de acılı bir ahlaksal ikileme dönüşmesidir"*.⁴⁶

Bu kişilerin gerçekte *"neye"* hizmet ettiklerini anlayabilmeleri için çok fazla soru sormaları gerekir, bu ise oldukça tehlikelidir ve kişisel çıkarlara fazlasıyla zarar vereceğinden çoğu zaman tercih de edil-

⁴² Max Weber, s. 308.

⁴³ Max Weber, s. 310-13.

⁴⁴ Christopher Pierson, s.44.

⁴⁵ Max Weber, s. 313.

⁴⁶ Zygmunt Bauman, s. 204.

memektedir. Costa Gavras'ın *Amen*'inde kısacık bir diyalog içerisinde bu durum bütün yalınlığıyla özetlenmektedir: Nazilere karşı, sistemin içerisindeki bir kişi olarak, önemli bir mücadele sergileyen Kurt Gerstein, Ulaştırma Bakanlığı'nda çalışan arkadaşının üzerindeki SS üniformasını küçük gören tavrı üzerine ona kendi yaptığı işin neye hizmet ettiğini açıklamaya çalışır. Ancak karşıdakinin bunu anlamak ya da görmek istemediği açıktır. "*Bu trenler bizi cehenneme götürüyor.*" sözü üzerine verilebilen tek yanıt ise "*Benim bir ilgim yok.*" demekten ibarettir.

Muazzam bir modern devlet yapılanması içinde trenlerin hangi saatte nerede olacağını plânlayan, sistemin aksamaması için var gücüyle çalışan bu küçük memurun sorumluluğunun hiçbir koşulda var olmadığını ve gerçekten hiçbir ilgisi olmadığını söyleyebilmek belki güçtür, ya da en azından tartışmaya açıktır. Ancak sistem içerisindeki bu küçük piyonun ne demek istediğini anlamak, sığındığı korunaklı duvarın ne olduğunu algılamak sanıyoruz ki pek de güç değildir.

O, yalnızca kendine verilen emirleri yerine getirmekte ve tren saatlerine düzenlemekte, ya da yiyeceklerin sağlamakta, toplama kamplarına ilişkin herhangi bir masabaşı görevde çalışmaktadır. Böylesi bir durumda sistemin her üyesi bir başkasının emrinde olduğuna inanmakta ve sorulduğunda böyle söylemektedir; ama sorumluluğu taşıyan kişi diye gösterilen üyeler de sorumluluğu yine bir başkasına atar. Bunun sonucunda sistemin bütünüyle bir sorumluluk silme aracına dönüştüğünü söylemek olanaklıdır. Böylece her zaman ve her yerde ortaya çıkan bu sorumluluk kaymasının, "*yüzer gezer sorumlulukları*" ortaya çıkardığı söylenebilir.⁴⁷

Bu doğrultuda Nazi vahşeti yaşanırken sıradan insanların verdiği tepkiler ya da gösterdikleri tepkisizlik aşağıda birkaç örnek film üzerinden değerlendirilecektir. Ancak bundan önce "*Amen*" ile ilişkili olarak modern devlet, makineleşme ve duygusal öğelerden arınarak akla dayalı hareket etme bağlantısına kısaca değinmek istiyoruz.

Nazi döneminde gerçekten yaşamış bir kişi olan Kurt Gerstein, gaz odalarında kullanılan "*Zyclon B*" gazını sağlayan ve savaş sırasında SS subayı olan bir kimyagerdir. Bu film ve Gerstein'in konumu sistem içe-

⁴⁷ Zygmunt Bauman, s. 208.

risindeki bir kişinin sistemi yavaşlatmak için yapabilecekleri konusunda ayrıntılı olarak incelenebilir. Ancak bu filmin dikkat çekici tek özelliği bu yönü değildir. Film içerisinde Gerstein ile yapılan pek çok diyalog toplama kamplarının ve gaz odalarının nasıl birer modern fabrika şeklinde kurgulandığını, büyük ve sorunsuz bir makine gibi işlemesi için nasıl büyük bir çaba harcadığını gözler önüne sermektedir.

Kamplardan sorumlu Nazi subayları Gerstein'a sürekli sistemin yavaşlığından yakınmakta ve "Emirler işi hızlandırmayı söylüyor!" feriyadı ile "Senin Zyklon'un 10 yerine 60 dakikada etki ediyor" diyerek bu ölüm makinelerinin "üretim potansiyelini" arttırmaya çalışmaktadırlar. Bu sözler ancak modern dünyada varolabilecek bir düzenin, akılcılığın ve üretim mantığının bir sonucudur.

Bu anlamda Aushwitz'in ya da diğer toplama kamplarının modern fabrika sisteminin sıradan bir uzantısı olduğunu söylemek olanaklıdır. Burada ham madde mal yerine insanlardır ve son ürün ise ölümdür. Yöneticinin üretim çizelgesinde günde ne kadar birimin işlem göreceği özenle belirtilmiştir⁴⁸ ve o da bütün akılcılığıyla bunu arttırmanın yollarını aramaktadır. Bu fabrikalarda düzen kusursuz, hatasız ve karşı konulmaz bir şekilde işlemeyi sürdürür ve bu, bazen düzenin bozulmasından daha dehşet verici sonuçlara ulaşabileceğini göstermektedir.⁴⁹

*"Anormal bir duruma gösterilen
anormal bir tepki normal bir davranıştır."*⁵⁰

III. NAZİ VAHŞETİ VE YAHUDİLER

-KURBAN-

Bilindiği gibi, Nazi vahşeti yalnızca Yahudilere yönelmemiştir. Naziler, gaz odalarının kurulmasından çok daha önce zihinsel ve bedensel özürlü yurttaşlarını öldürme projesini işleme koymuştur. Ayırı-

⁴⁸ Feingold, "Holocaust Neden Benzersizdir?", s. 399-400'den aktaran, Zygmunt Bauman, s. 25.

⁴⁹ Zygmunt Bauman, s. 195.

⁵⁰ Viktor E. Frankl, *İnsanın Anlam Arayışı*, Çev. Selçuk Budak, 5. Baskı, Öteki, Ankara 1997, s. 30.

ca siyasal muhaliflerin, çingenelerin, eşcinsellerin yok edilmesine ilişkin pek çok uygulamanın varlığı da bilinmektedir. Mükemmel bir toplum düzenleme düşüncesi altında Nazilerin, sosyal mühendislikle başarılmasına karar verdikleri ve uyguladıkları projeye göre insan yaşamı değerli ve değersiz olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Birincisi sevgiyle büyütülecek, geliştirilecek ve dünyanın efendisi durumuna getirilecek, diğeri ise uzaklaştırılacak ya da uzaklaştırılmıyorsa yok edilecektir.⁵¹ Bu doğrultuda Yahudiler Naziler için önemli bir hedef olmuştur. Nazilerin bakış açısında onlar, değersizliği âşık, toplumsal hastalığın kaynağı olan değersiz varlıklardı!

Modernlik öncesi zamanlarda Yahudilerin toplumdan ayrılması bir sorun teşkil etmemiştir. Bu nedenle ayırımın alışılmış ve düşünmeden yapılan uygulamaları onların bir sorun durumuna gelmesini önlemiştir.⁵² Batı ve Orta Avrupa'daki Yahudilerin çoğu, yüz yıllarca süren ayrımcılık, baskı ve gettolarda tecritten sonra XIX. yüzyılın ortalarında özgürlüklerine kavuşmuş ve yurttaşlık haklarını elde etmişlerdir. Bu yeni özgürlük ortamının doğal bir sonucu olarak da Yahudiler kısa bir süre içinde Avrupa toplumunun modernleşmesine katkıda bulunmaya başlamışlardır. Ancak bütün başarılarına karşın veya belki de bu başarıları yüzünden, özellikle toplumsal değişikliklere karşı olan gruplar siyasal saldırılarında Yahudileri kendilerine hedef olarak seçmiştir.⁵³

Kurulan yeni düzende sosyal ve dinsel ayrımların ortadan kalkması, evlilik yoluyla Hıristiyanlarla karışabilmeleri onların fark edilmesini zorlaştırmıştır.⁵⁴ Bu o kadar büyük bir zorluktur ki Nazi işgali altındaki Paris'teki bir tiyatroyu ve burada yaşananları tasvir eden Truffaut'un *Son Metro*'sunda (*Le Dernier Métro*, 1980) radyodan yükselen ses şöyle demektedir: "*Fransızların temel sorunu Yahudileri nasıl tespit edeceklerini bilmemeleri. Onları nasıl ayırt edebileceğimizi bilirsek kendi-*

⁵¹ Zygmunt Bauman, s. 69.

⁵² Zygmunt Bauman, s. 84.

⁵³ Stéphane Bruchfeld, Paul A. Levine, ...*Bunu Anlatmalıyız... 1933-1945 yıllarında Avrupa'da Yapılan Soykırımın İlgili Bir Kitap*, Başbakanlık Yaşayan Tarih, 1998, s. 10.

⁵⁴ Parrick Girard, "*Antisemitizmin Tarihsel Temelleri*" *Survivors, Victims and Perpetrators: Essays on the Nazi Holocaust*, Haz. Joel E. Dinsdale, Hemisphere Publishing Company, Washington 1980, s. 70-71den akataran; Zygmunt Bauman, s. 85.

lerimizi onlardan koruyabiliriz. Hepsi değilse de bir kısmı, tipik ırksal özelliklerini taşır. Keşke derileri mavi olsaydı da şimdi bunları konuşuyor olmasaydık. Onları tanımak için yanılmaz bir yöntem geliştirmeliyiz... Yahudiler en güzel kadınlarımızı çalıyorlar”.

Ancak radyodan yükselen ses haklıdır: Yahudilerin derileri mavi olmadığı için(!) ayırt edilmeleri çok güç olmuştur. II. Dünya Savaşı sırasında Hitler'in Gençlik Akademisinden “âri” olarak geçen bir Yahudi Alman gencinin, Salomon Perel'in anılarına dayanarak, Polonyalı bir Yahudi olan Agnieszka Holland tarafından çekilen *Avrupa Avrupa* (*Europa, Europa*, 1991) bunu bütün acılarıyla birlikte sergilemektedir.⁵⁵ Bu Yahudi gencinin öyküsü iç burkar. Yahudi olduğunu gizleyebilmek için yaşadıkları pek çok açıdan düşündürücüdür. Ancak yaşadığı bedensel acılara ve ruhsal bunalımlara karşın kimliğini gizleyebilmiş ve hatta Naziler tarafından yüceltilmiş, âri ırkın özelliklerini taşıyan bir örnek olarak gösterilmiştir. Bu büyük bir ironidir. Bu ironinin yaratımı ise ırkçılığın felsefi özü ile ilişkilidir. Sonuçta ırkçı düşünce anlayışında insan, yaptıklarından önce gelir ve ne yaparsa yapsın kendini değiştiremez.⁵⁶

İrkçilik, XIX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Avrupa tarihinin bir ögesi durumuna gelmiş⁵⁷ ve günlük yaşamda, dilde açıkça hissedilmeye başlanmıştır. Örneğin *Son Metro*'da duyulan “Annem bir

⁵⁵ *Avrupa Avrupa*'nın yönetmeni Agnieszka Holland (28 Kasım 1948), Almanların Hitler'in başa geçmesine neden ve nasıl izin verdiğine ilişkin savaş siyasetiyle ilgilenmemiştir. Onun filmlerinin ana teması bireylerin Hitler'e ve Nazi felaketine yanıt verme biçimi oluşturmaktadır ve bunu gerçekten çok çarpıcı bir şekilde ortaya koyabilmiştir. *The St. James Women Filmmakers Encyclopedia, Women on the Other Side of the Camera*, Haz. Amy L. Unterburger, Visible Ink Pres, ABD 1999, s. 195-196.

⁵⁶ Zygmunt Bauman, s. 95.

⁵⁷ David Miller, Janet Coleman, William Conolly, Alan Ryan, *Blackwell'in Siyasal Düşünce Ansiklopedisi*, Çev. Bülent Peker, Nevzat Kırac, Ümit Yayıncılık, Ankara 1994, s. 379-383. İrk kelimesi ise Rönesans döneminden beri genel özellikleri ile belirlenmiş hayvan ve insan topluluklarını nitelemek için kullanılmıştır. Bkz. George L. Mosse, *Encyclopedia of the Holocaust*, C.3, haz. Israel Gutman, Macmillan, New York-Londra 1990, s.1206. İrkçilik kısaca, “ayrımcı gruplar-arası ilişkilerin biyolojik temellerle doğrulanabileceği yanılmacasına dayanan anti-sosyal inanış ve davranışlar” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. UNESCO tarafından benimsenen bu tanımu, Siyonizm ve İrkçilik Üstüne Uluslararası Sempozyum, *Siyonizm ve İrkçilik*'tan aktaran; Alâeddin Şenel, *İrk ve İrkçilik Düşüncesi*, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 1984, s. 134.

Yahudi'yle asla mutlu olamazsın derdi." sözünde bu açıkça görülür.⁵⁸ Artık Yahudiler, evlilik yoluyla ya da başka yollarla toplumun içerisine karışmaya ve ayırıcı unsurlarını kaybetmeye başlamışlardır. Bu ise ciddi bir rahatsızlık yaratmaktadır.

Ancak ırkçığın ve özellikle bizim örneğimizde anti-semitizmin Almanya'da diğer Avrupa ülkelerinden daha güçlü ve yaygın olduğunu söylemek yanlış olur.⁵⁹ Bununla birlikte, Naziler Yahudi düşmanlığını ve ırkçılığını yaymak için muazzam bir çaba gösterdikleri, propaganda araçlarını sonuna kadar kullandıkları da bir gerçektir.⁶⁰

Burada amaç ideolojik eğitimle ve beyin yıkayarak, Yahudi olmayan kitleleri, Yahudilerle her karşılaştıklarında saldırının kıvılcımlarını çakabilecek oranda büyük bir nefretle doldurmak ve kışkırtmaktır. Ancak tarihçilerin büyük ölçüde görüş birliğinde oldukları kanı, bunun gerçekleşmediğidir.⁶¹ Almanlar Yahudilere karşı heyecanla yürütülecek bir imha hareketine destek vermemiştir. Ancak yine de Naziler amaçlarını büyük oranda gerçekleştirebilmişlerdir. Bu noktada, kitlesel bir imha hareketine destek verdikleri söylenemese de, sıradan Almanların ya da daha doğrusu sıradan modern insanların tutumlarının değerlendirilmesi gerekir.

⁵⁸ Günlük dilde kullanılan ve bizlere basit gelen bu gibi ifadelerin önemi zihinlerde var olan ırkçı düşüncelerin dış dünyaya yansımaları sağlamalarından kaynaklanmaktadır: "İrkçilik ... farklılık işaretlerinin (isim, derinin rengi, dinsel ibadet) etrafında eklenilen ve koruma ya da ayırım hayalinin (toplumsal bünyeyi arılaştırma, "kendi", "biz" kimliğini her türlü melezeleşme, karışma ve istiladan koruma zorunluluğu) zihinsel ürünleri olan söylemlerde, temsillerde ve pratiklerde (şiddet, horgörme, hoşgörüsüzlük, aşağılama, sömürü biçimlerinde) kayıtlıdır". Etienne Balibar, "Bir 'Yeni İrkçilik' Var mı?", Balibar, Wallerstein, *İrk, Ulus, Sınıf (Belirsiz Kimlikler)*, Çev. Nazlı Ökten, Metis, 3. Baskı, İstanbul 2000, s.25-26.

⁵⁹ "An Interview with Prof. Christopher Browning", SHOA Resource Center, <http://www.yadvashem.org>, (son yararlanma: 10.10.2005), s.4.

⁶⁰ Hitler Gençliği İle İlgili Yasa (1935)'da yer alan şu ifade bunun bir örneğidir: "Tüm Alman gençliği halka ve halk birliğine hizmet etmek üzere babaevi ve okul dışında Hitler gençliği içerisinde bedensel, ruhsal ve ahlaki olarak Nasyonel Sosyalizm'in ruhuna uygun bir şekilde eğitilecektir".Bkz. Stéphane Bruchfeld, Paul A. Levine, s. 8.

⁶¹ Zygmunt Bauman, s. 104.

“Modern insan mı?
 ‘Ne ettiğimi bilmiyorum; ne ettiğini bilmeyen her şeyim ben’
 diye iç geçirir modern insan ...
 Bu modernlikti bizi hasta eden,
 -tembel barışlar, korkak tavizler,
 modern Evet ve Hayır’ın bütün erdemli kirliliği ...”⁶²

IV. NAZİ VAHŞETİ VE SIRADAN İNSAN

-SEYİRCİ-

Yukarıda da kısaca değindiğimiz üzere, Nazi döneminde yaşanan vahşetin kurgulayıcıları ve Nasyonal Sosyalist Parti’nin önde gelenleri, bir başka anlatımla “tepedekiler” dışında kimlerin bu yıkım sistemine ne oranda hizmet ettiğini ve bunu ne kadar bilinçlice gerçekleştirdiğini saptamak oldukça güçtür. Sıradan insanlar ve hatta dünyanın geri kalanı, yaşananlardan ne kadar sorumludur, ya da tarihin bu kara sayfasında ne kadar beyaz kalabilmişlerdir? Konuya ilişkin pek çok soruda olduğu gibi bunu da yanıtlamak kolay değildir, ancak yalnızca bu sorunun sorulmasının bile tek başına önemli olduğu unutulmamalıdır.

Nazilerin iktidarı süresince her yerde Yahudiler kayboldukları halde, savaş bittikten ve Nazilerin zulmü bütün çıplaklığıyla ortaya çıktıktan sonra, sıradan insanların savunmaları genel olarak hiç bir şeyden haberleri olmadıkları iddiasına dayanmaktaydı.⁶³ Ancak gerçekten hiç bir şeyden haberleri yok muydu? “... büyük çoğunluk gözlerini ve kulaklarını, hepsinden önce de ağzını kapatmayı yeğliyordu. Kitlesel yok etme eylemine duygu patlamaları değil, ilgisizliğin ölü sessizliği eşlik etti.”⁶⁴

⁶² F. W. Nietzsche, *Deccal*, Çev. Oruç Arioba, Hil Yayınları, İstanbul 2001, s. 13, no: 1.

⁶³ Theodor Adorno, bu konuya ilişkin şöyle bir saptama yapmaktadır: “Her yerde Yahudiler kaybolduğu halde ve Doğu’da olup biteni yaşayanların bu konuda susmuş olmaları, ki bu onlar için dayanılmaz bir yük olmuş olsa gerektir, inanılır gibi olmadığı halde, o sıralar olan bitenlerden hiç haberleri olmadığını söyleyenlerin sayısı yüksektir; bütün bunlardan hiç haberi olamamak tavrıyla, ahmakça ve korkakça bir aldırışsızlık arasında en azından bir orantı olduğunu varsayabiliriz”. Theodor W. Adorno, “Geçmişin İşlenmesi Ne Demektir?”, Çev. Tahran Onur, *Defter*, Y. 1999/10, S. 38, s. 123.

⁶⁴ Zygmunt Bauman, s. 105.

Bu noktada *Stanley Kramer'in* 1961 yılında çektiği *Nuremberg Yargılaması'nda* (*Judgement at Nurmberg, 1961*)⁶⁵ *Ernst Janning'in* duruşmalar boyunca süren sessizliğini bozup “*Ben farkındayım!*” diye haykırması ve “*Kulaklarımız duymuyor muydu? Gözlerimiz görmüyor muydu? Eğer bilmediyse, bunun nedeni bilmek istemememizdi*” diye seslenmesi oldukça düşündürücüdür.

Janning sıradan insanın yüzlerle ifade edilebilecek bir kaybı sezdiğini ve ülkesini sevdiği için suskun kaldığını söyler. “*Siyasal açıdan aşırı görüşleri savunan bir kaç kişi, ya da bazı azınlıklar haklarını kaybetse ne olurdu ki?*”, sonuçta Hitler, Alman ulusunu tekrar ayağa kaldırmış ve kendisinden gurur duymasını sağlamıştı.

Kabul etmek gerekir ki Nazi vahşetinin gerçekleştiği topraklarda pek çok kişi modern normların kendilerine telkin ettiği gibi davranmakta; gözlerini başka yöne çevirmekte tereddüt etmemiştir.⁶⁶ *Amen* filminde Kurt Gerstein'in, Nazilere olan güven ve bağlılığını dile getiren babasına olayların gerçek yüzünü göstermeye çalıştığında aldığı cevap şöyledir: “*Ülkemiz, Hitler ve onu destekleyen sıradan Almanlar sayesinde başkaldırdı. Bu papaz dostun ya da Thomas Mann ne yaptı söyler misin bana?*”.

Oysa takvimler ilerleyip Hitler'in ve Nazilerin neler yaptığı açıkça ve yadsınamaz bir biçimde ortaya çıktığında, Thomas Mann'ın duruşunun önemi çok daha iyi anlaşılacaktı. Thomas Mann Almanya'dan kaçmıştı, ancak Nazilere karşı direnişini ve mücadelesini sürdürmeye devam etmişti. Savaş boyunca İngiliz radyosu BBC üzerinden Almanları uyarmaya çalışmıştı. Zaman Mann'ın haklılığını bütün dünyaya gösterdi.⁶⁷

⁶⁵ Nüremberg yargılamaları içerisinde filmin konusuna temel oluşturan “*Hukukçular Davası*”na ilişkin olarak ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ingo Müller, *Hitler's Justice, The Courts of the Third Reich*, Çev. Deborah Lucas Schneider, I. B. Tauris & Co Ltd, Londra 1991, s. 270-284.

⁶⁶ Zygmunt Bauman, s.148.

⁶⁷ Thomas Mann, BBC Radyosu'ndan 1941 Ağustosunda yaptığı olağanüstü yayında Alman ulusuna şöyle sesleniyordu: “*Eğer başınızdaki rejim adına işlediğiniz suçları isteyerek ve bilerek işlemiş olsaydınız, Almanya hakkında nasıl bir yargıya varılabilir ve gelecek için ondan ne beklenebilirdi ki? Özgürlüğün dışarıdan gelen sesini gizlice dinleyen sizler, herhalde kendinizi baskı altında tutulan bir ulusun bireyleri olarak görüyorsunuz; yalnızca bu gizlice dinleyişiniz bile, Hitler terörüne ve siz Alman'ları içine sürüklemiş ol-*

Nazilerin iktidara gelmesinin ardından Thomas Mann gibi pek çok Yahudi ve Alman aydın yurtdışına kaçmıştır. Bu kaçış Yahudiler için kaçınılmazdır, çünkü kendilerini bekleyen “kesin çözüm”ün yaklaşmaya başladığı hissedilmektedir. Bu durumda ya yurtdışına kaçacaklar ya da *Son Metro*’da işgal altındaki Paris’te bir tiyatronun kilerinde saklanan Steiner gibi, yaşamı bir havalandırma deliğinden izlemek zorunda kalacaklar, ne zaman biteceği belli olmayan bir tutsaklığın esiri olacaklardı. Bu iki “şanslı” grubun dışında kalanlar ise adım adım ilerleyen vahşetin kurbanlarıydı.

Ancak Alman aydınları için durum biraz daha karışıktı. Sistemin içerisinde kalıp, *Amen*’deki Kurt Gerstein gibi, sistemi yavaşlatmalı mı, yoksa kaçıp mücadeleyi sınırların ötesinden mi sürdürmeli sorusu önemliydi. İlk bakışta kaçmanın, terk etmenin, kurbanları yalnızlığa sürüklemek ve kendini kurtarmak anlamlarına geldiği düşünülebilir. Bu, belki belli ölçülerde doğrudur da. Bununla birlikte sistemi yavaşlatmak, ya da verebileceği zararı hafifletmek iddiası ile buldukları mevkileri koruyan pek çok kişinin, bu amaçtan uzaklaştığı ve kendi yerlerini sağlamlaştırmak üzere harekete geçtikleri de sıklıkla görülmüştür.

Thomas Mann’ın oğlu Klaus Mann tarafından kaleme alınan *Mephisto* romanı⁶⁸ ve romanın sinema uyarlaması konformizmin yapabileceklerini okuyucunun/izleyicinin dikkatine sunmakta son derece

*duğu kanlı ve sonu gelmeyen serüvene karşı başkaldırışınızın bir kanıtıdır ... Alman Ulus-u, böyle bir sonun gerçekleşmesine izin verme! Sizleri aşağılayarak karanlık bir geleceğe iten bu alçaklar rejiminden kendinizi kurtarın ve dünyanın inanmak için hâlâ kendini zorlamakta olduğu, Nasyonal sosyalizm ve Almanya’nın bütün olmadığı gerçeğini kanıtlayın. Eğer gittiği her yolda Hitler’i istekle izleyecek olursanız, çevrenizde çok güçlü bir öc alma isteği oluşacaktır ve Almanya için iyi duygular besleyenler bundan büyük bir korku duymaktadır. Boyunduruk altındaki Avrupa uluslarının, sizleri de ezmekte olan ortak düşmana karşı direnişlerine bir bakın. Onlardan değersiz, karakersiz ve korkak mı olmak istiyorsunuz? Dünyanın köleleştirilmesi için gerekli malzemenin sizin eserinizi olduğunu ve sizin yardımınız olmadan Hitler’in savaşı sürdüremeyeceğini de düşünün! Çevresine dehşet saçan bu adamı, bu Hitler’i kendinizin yok etmiş oluşu veya bunun dış güçlerce gerçekleştirilmesi zorunluluğunun doğmuş olması, gelecekte çok büyük bir fark olarak değerlendirilecektir”. Bkz. Thomas Mann, *Dinle Alman Ulusu!*, Çev. Niyazi Eröztürk, E Yayınları, İstanbul 1991, s. 34-35.*

⁶⁸ Belirtmek gerekir ki, Klaus Mann’ın *Mephisto* adlı romanı Goethe’nin *Wilhelm Meister* adlı eserinden alınan şu sözlerle başlar: “Her insanın bir aktör olarak hata yapmasını kabul ederim, hiçbir aktörün bir insan olarak hata yapmasını kabul etmem”. Bkz. Klaus Mann, *Mephisto*, Çev. Robin Smyth, Penguin Books, 7. Baskı, ABD 1988.

başarılıdır. Macar yönetmen Istvá Szabó tarafından çekilen film, bu başarılı romanın ve baş karakteri Höfgen'in hikayesinin daha geniş kitlelere ulaşmasını sağlamıştır.

Höfgen tiyatroya gönül vermiş ve başarılı olma hırsı ile dolmuş bir kişidir. Bu karakter Nazi döneminde yaşayan pek çok benzerini etkili bir şekilde simgelemektedir. Bu bağlamda Adorno'nun değerlendirmesi dikkate değerdir. Buna göre, Höfgen'in hareket tarzının: "... daha çok, güç-zayıflık ekseninde tanımlanan bir düşünme tarzı, donukluk ve tepki gösterme yetersizliği, konvansiyonellik, konformizm, kendi üzerine düşünme yetisinin güdüklüğü ve sonuçta da genel bir deneyim yeteneksizliği gibi kişilik özellikleriyle tanımlanması gerekir. Otoriteye bağımlı karakterler kendilerini, herhangi bir özel içeriğe gerek duymadan, ne olursa olsun yalın somut erkle özdeşleştirirler. Aslında bunların yalnızca zayıf bir Ben'leri vardır ve eksiği doldurmak için büyük kolektiflerle özdeşleşmeye ve onlar tarafından korunmaya ihtiyaç duyarlar. ... Tersine o konformistlerin- ki daha her türlü somut ilişkiden bile önce, tüm iktidar aygıtının kumanda manivelasıyla çoktan bağlantılıdır- totalitarizmin potansiyel yardakçıları ve takipçileri olmalarıyla ilgilidir. Öte yandan kendi yandaşlarının bir çoğu bile bu anlamı taşımakla birlikte, nasyonal sosyalist rejimin korku ve ıstıraptan başka bir anlama gelmediği de bir yanılısamadır. Sayısız insan, faşizm altında hiç de öyle kötü yaşamamıştır."⁶⁹

Bu yorumlama doğrudan Höfgen karakteri için yapılmamıştır. Ancak onun ve benzerlerinin durumunu, iktidarla özdeşleşerek, kendi durumlarını sağlamlaştırmaya yönelik hareketlerini özetlemektedir. Bu doğrultuda *Mephisto*'nun baş karakteri Höfgen'in başka herhangi bir ideolojik yapılanmada da benzer şekilde hareket edeceğini söyleyebiliriz.

Bu hareket tarzı bir takım farklılaşmalarla da olsa Nazi döneminde Almanya'da çeşitli mevkilerde görev almış pek çok kişide görülebilir.⁷⁰ Hatta Hitler'in en yakınındaki eylem adamlarından bazıları bile böylesine bir tutum sergilemişlerdir. Bu doğrultuda biraz ileri giderek de

⁶⁹ Theodor W. Adorno, s. 129.

⁷⁰ Örneğin, Alman bilim adamlarının Naziler tarafından kendilerine sağlanan maddi olanakları nasıl ve ne amaçlar için kullandıklarına ilişkin olarak bkz. Robert N. Proctor, *Racial Hygiene, Medicine Under the Nazis*, Harvard University Pres, ABD 1988.

olsa, Hitler'in silahlanma Bakanı *Speer*'de bile benzer bir yaklaşım olduğu söylenebilir.

René Lourau, *Bilinçaltında Devlet* adlı eserinde 9 Nisan 1944 tarihli İngiliz *Observer* gazetesinde yer alan bir makaleden alıntı yapar. Makale Hitler'in Silahlanma Bakanı *Speer* ile ilgilidir ve metin içerisinde şöyle saptamalar yer almaktadır: "*Speer, şu pitoresk ve dikkat çekici Nazilerden biri değildir. Hatta geleneksel fikirlerden başka politik düşünceleri var mı, bunu bile bilmiyoruz. Herhangi bir başka partiye de katılabirdi, yeter ki ona iş ve kariyer sunulsun. ...Tipik bir biçimde Alman olan ya da tipik bir biçimde Nasyonal-Sosyalist bir modele, Almanya'nın diğer yöneticilerinden çok daha az yakındır. O, daha ziyade, savaş halindeki devlette önemi giderek artan bir tipin simgesidir: Katıksız teknisyen, hiçbir sınıfa ait olmayan ve hiçbir geleneğe bağlanmayan, yalnızca kendi teknisyenlik ve organizatörlük yeteneklerinin yardımıyla dünyada kendi yolunu açmaktan başka hedefi olmayan parlak isim.*"⁷¹

Ancak açılan bu yolun sonu, hepsi için söz konusu olmasa da, pek çok kişi için dipsiz bir karanlıktır. Görmezden gelmeye çalışma iradesi bir noktada kırıldığında, savunma mekanizması devreye girer, ama sesi büyük olasılıkla kendilerine bile cılız gelir. Belki de içlerini kavuran huzursuzluğun eşliğinde çoğu "*seyirci*" *Höfgen*'in filmin sonunda stadyumun ortasında yapayalnızken yükselen feryadına benzer bir ses duymuşlardır içlerinde: "*İnsanlar benden ne istiyorlar? Neden beni izliyorlar? Neden bu kadar zor? Ben yalnızca sıradan bir oyuncuyum...*".

Bu noktada Naziler döneminde mesleklerinde belirli noktalara gelebilmiş herkes, bu vahşetin bir parçası olarak görülüp lanetlenmeli midir sorusu akıllara gelir. Bu soruya yanıt arayışında *Mephisto*'nun yönetmeni Istvá Szabó'nun başka bir filmini *Taraf Tutmak*' ı (*Taking Sides*, 2001) bir çıkış noktası olarak alabiliriz. Bu film savaş sonrasında Berlin'de bir Amerikan subayının saygın Alman orkestra şefi Wilhelm Furtwangler'in Nazilerin gönüllü işbirlikçisi olmasını ispat etmeye çalışmasına odaklanmaktadır.

Furtwangler, Naziler döneminde orkestra şefliğinde bulunmayı sürdürmüş bir müzisyendir ve özellikle Hitler'in doğum gününde orkestrasını yönettiği ve "*onun için çaldığı*" gerekçesi ile suçlanmakta-

⁷¹ Theodor W. Adorno, s. 129.

dır. Bu suçlama karşısında en büyük savunması ise, belirtilen olayın Hitler'in doğum gününden bir gün önce olduğu ve küçük bir oyunla, Nazi selamı vermekten kaçındığıdır. İlk bakışta komik gelebilecek böylesine bir savunma dönemin koşulları içerisinde bir şeylere karşı koymanın ne kadar güç olduğunu da göstermektedir. Sistemin çarkları öyle amansız bir acımasızlıkla ve taviz vermez bir hızla dönmektedir ki yalnızca Hitler'e Nazi selamı vermekten kaçınabilmek bile, büyük bir direniş göstergesi olarak düşünülebilmektedir.

Nazi rejiminin sanatı, Furtwangler'i ve başkalarını ideolojilerinin propagandasını yapmak ve her şeyin yolunda olduğunu göstermek için kullandıkları belki doğrudur, ancak bu, kendisine "*Bir sanatçının görevi gitmek midir, kalmak mı?*" diye sormuş ve ülkesinde kalmaya karar vermiş bir müzisyenin, Nazilerden herhangi bir çıkar elde etmemiş olmasına karşın, sırf ülkesini terk etmediği için suçlanmasını haklı çıkarır mı?

Nazi rejimi altında, Almanya'da yaşamamış kişiler olarak bu soruların cevaplarını gerçek anlamıyla bulmak çok zor. Ancak belki şu büyük bir kesinlikle söylenebilir: bu soruların yöneltildiği gerekenler yalnızca Almanlar değildir. *Nüremberg Yargılaması* adlı filmde, baş karakterlerden Ernst Jannig'in yukarıda belirttiğimiz konuşması sonrasında, savunma avukatının açıklamaları bu noktada dikkate alınabilir. Savunma avukatı "*Jannig, ya da onun kişiliğinde Almanlar, suçluysa dünyanın geri kalanına ne oluyordu?*" demektedir. Eğer suçlu olduğunu söyleyen bu kişi haklıysa, olanları görmelerine rağmen, kendi çıkarları doğrultusunda hareket eden Vatikan, ABD, SSCB ve dünyanın geri kalanının durumu ne olacaktı? Avukat kendi seslendirdiği bu sorunun karşısında "*Eğer haklıysa, Ernst Jannig'in suçu dünyanın suçudur! Ne az, ne de fazla...*" demektedir.

“Öğrenmek değişmek demektir.
Kabullenmek aydınlanmak için
Gidilen yolun yarısıdır.”⁷²

V. MODERN DÜNYANIN SAKİNLERİ

-CELLAT, KURBAN, SEYİRCİ-

Nazi rejimi altında yaşananlar ve bu rejim içerisinde yapılanlar dikkate alındığında kimin cellat, kimin kurban, kimin seyirci olduğunun kolaylıkla saptanabileceği düşünülebilir. Ancak kanımızca, biraz daha dikkatli bir bakışla, tarihsel gerçekler karşısında yapılanlardan açıkça sorumlu olanlar ve açıkça mağdur olanlar dışında, bunun pek de kolay olmadığı anlaşılacaktır.

Bu öylesine bir dönemdir ki yaşananlar karşısında sessiz kalmak çoğu birbiriyle kavgalı-Kiliselerin uzlaştığı belki de tek konu olmuştur. *Amen* filminde gördüğümüz gibi çoğunlukla soyutlanmış birkaç üye dışında hiç bir Kilise'nin, “kendi nüfuz alanı olduğunu savunduğu bir bölgede ve kendi dinsel görevi içindeki insanlar tarafından işlenen suçlardan” sorumlu olduğunu kabul etmek istememiştir.⁷³ XII. Pius'un suskunluğu savaş sonrasında bile sürmüştür ve Hitler hiçbir zaman Katolik Kilisesinden aforoz edilmemiştir.⁷⁴ Amerika, yaşananların boyutları çok önceden anlaşılabilmesine karşın çok geç yüzünü Almanya'ya dönmüş ve sonrasında *Taraf Tutmak*'da bütün çarpıcılığıyla gördüğümüz, olayların derininde yaşananları irdelemeye çalışmadan tavizsiz bir yargıçlığa soyunmuştur. Vatikan ve ABD'nin yanında, olanları görmesine ve bilmesine rağmen hareketsiz kalan dünya yaşananların büyük seyirci kitlesini oluşturmuştur.

Yaşananlar sırasında ya da sonrasında kurbanlar ve cellatların da kimi zaman birbirlerinin yerlerini alabilecekleri görülmüştür. Nazilerin işbirliğinin akılsallık anlamına geldiğini işaret eden oyunlarına gelen bazı Yahudiler, “ne kurtarabilirsem” stratejisine yönelerek, körleşmişler⁷⁵ ve kesin çözümün gerçekleştirilmesi yolunda istemeden de

⁷² Bernardo Bertollucci'nin *Sidarta* adlı filminden.

⁷³ Zygmunt Bauman, s.147.

⁷⁴ Holokost, s.145.

⁷⁵ Zygmunt Bauman, s. 175. Normal durumlarda anormal olarak görülebilecek dav-

olsa Nazilere yardımcı olmuşlardır. Bunun sonucunda bazı kurbanlar, yaşadıkları vahşetin altında, yaşamda kalmak umuduyla başka kurbanların celladı olmuşlardır.⁷⁶

Nazi cellatlarının tamamı olmasa da bir kısmı, Liliana Cavani'nin *Gece Bekçisi*'nde (*Il Portiere di notte*, 1974) simgesel olarak sunduğu gibi, utancı yüzünden gün ışığına çıkamaz duruma gelmiştir. Ve pek çok kişi Lina Wertmüller'in *Yedi Güzellik*'indeki (*Pasqualino Settebellezze*, 1975), Pasqualino gibi "Evet, hayattayım... ama ne pahasına?" diye sormak zorunda kalmıştır.

Lars von Trier'in *Avrupa* (*Europa*) filminde seyirciye seslendiği gibi; ileri olduğu zannedilen, şey bazen aslında geridir ve masum kişiler bile "tren" in döndüğü yerde uyuya kalmıştır. Sonuçta, Avrupa yaşadıklarıyla modern insana, onun güvendiği kişilere, kurumlara, devletlere ilişkin çok sarsıcı gerçekler sunmuştur.

Öyleyse modernleşme sürecinde gerçekte olan şeyin şiddetin varlığına son verme olmadığını, onun yalnızca gözden uzaklaştırıldığını ve hatta daha etkili bir biçimde yeniden düzenlenen şiddete yeni alanlar açıldığını söyleyebiliriz. Bu anlamda anti semitizmin yok edici versiyonu ancak modern devlet içinde gerçekleşebilecek bir fenomendir ve belki de "Tüm çirkinliğiyle kavranmasını zor bulduğumuz, Holocaust değildir. Holocaust'un meydana gelişinin nerdeyse anlaşılmasız kıldığı bizim Batı uygarlığımızdır".⁷⁷

ranış biçimlerinin toplama kampları gibi bir ortamda nasıl normal davranış biçimlerine dönüşebileceğine ilişkin olarak, toplama kampında bulunmuş bir doktor tarafından kaleme alınan, etkileyici bir değerlendirme için bkz. Victor E. Frankl, *İnsanın Anlam Arayışı*.

⁷⁶ Bu noktada Zygmunt Bauman'ın "Modernite ve Holocaust" adlı eserinin ortaya çıkışında da etkili olduğunu belirttiği şu sözler hatırlanmalıdır: "Zalimliğin en zalim yanı, kurbanlarını yok etmeden önce insanlıktan çıkarmasıdır. Ve en zor mücadele, insanlık dışı koşullarda insan kalabilmektir". Bkz. Zygmunt Bauman, "Ahlakın Toplumsal Manipülasyonu: Ahlakdışı Etkenler, Adiaforize Edici Eylem", a. g. y., *Modernite ve Holocaust*, s.262.

⁷⁷ Zygmunt Bauman, s.103-104, 131.

*“...Başka birinden başka bir ders,
insancıl olan her şey kayboluyor,
unutkanlık yayılıyor, geliyor
henüz ateşler sönmediği halde.*

*Ama ben o gün
ölüme yatmış olanların yalnızlığını düşündüm.”⁷⁸*

SONUÇ

Nazi vahşeti modern dünyanın içinde gelişti ve modern devlete ilişkin bazı soruları da gündeme getirdi. Bunlar kabul edilmesi ve yüzleşilmesi zor sorulardı. Şimdi de öyle... Yukarıda yalnızca küçük bir bölümüne değindiğimiz pek çok sinema eseri, kendimize sormamız gereken soruları tekrar tekrar hatırlatmakta, tarihin acı gerçekleriyle yüzleşmemizde, daha aydınlık yarınlar için bugünü anlamamıza yardımcı olan çok önemli bir etki yaratmaktadır. Bu ise, insan haklarının yalnızca bir özlem olarak kalmaması, gerçek anlamda yaşama geçmesi ve gelecekte de korunması açısından yaşamsal bir öneme sahiptir.

Filmler sorularımıza kesin yanıtlar getirilemeseler de yaşananların tekrarlanmasını engellemek için neler yapabileceğimize ilişkin bizlere ipuçları sunabilir. Unutulmamalıdır ki:

“Sadece an içindeki mutlak eser, bizi, geçmişin ve geleceğin cesetleri eşliğindeki kendi zamanımıza sahip olma işkencesinden esirgeyebilir.”⁷⁹

⁷⁸ Campo Di Fiori’den Czelezw Milosz’dan aktaran; Stéphane Bruchfeld, Paul A. Levine, ...*Bunu Anlatmalısınız... 1933-1945 yıllarında Avrupa’da Yapılan Soykırım İlgili Bir Kitap*, Başbakanlık Yaşayan Tarih, 1998, s. 73.

⁷⁹ E. M. Cioran, “En Büyük Pişmanlık Üzerine”, Çev. Haldun Bayrı, *Defter*, Y. 1997/10, S.30, s. 129.

KAYNAKLAR

- “An Interview with Prof. Christopher Browning”, SHOAH Resource Center, <http://www.yadvashem.org>, (son yararlanma: 10.10.2005).
- Balibar, Etienne, “Bir ‘Yeni Irkçılık’ Var mı?”, Balibar, Wallerstein, *Irki Ullus, Sınıf (Belirsiz Kimlikler)*, Çev. Nazlı Ökten, Metis, 3. Baskı, İstanbul 2000.
- Bauman, Zygmunt, *Modernite ve Holocaust*, Çev. Suha Sertabiboğlu, Sarmal, İstanbul 1997.
- Bauman, Zygmunt, *Yasa Koyucular ve Yorumcular*, Çev. Kemal ATAKAY, Metis, İstanbul 1996.
- Benjamin, Walter, “Hikaye Anlatıcısı”, *Son Bakışta Aşk*, Çev. Nurdan Gürbilek, Sabir Yücesoy, Metis, 3. Baskı, İstanbul 2001.
- Berman, Marshall, *Katı Olan Her şey Buharlaşıyor*, Çev. Ümit Altuğ, Bülent Peker, İletişim, 4. Baskı, İstanbul 2001.
- Bruchfeld, Stéphane, Levine, Paul A., ...*Bunu Anlatmalısınız... 1933-1945 yıllarında Avrupa’da Yapılan Soykırım İlgili Bir Kitap*, Başbakanlık Yaşayan Tarih 1998.
- Cıoran, E. M., “En Büyük Pişmanlık Üzerine”, Çev. Haldun Bayrı, *Defter*, Y. 1997/10, S.30, s. 129.
- Dorsay, Atilla, *100 Yılın 100 Yönetmeni*, Remzi, İstanbul 1995.
- Erdine, Senem, “Paralel Aşıklar”, *Sinema*, Y. 2003, S.104.
- Ertan, Engin, “Führer’i Nasıl Bilirsiniz?”, *Sinema*, S. 3, Y. 2005.
- Frankl, Viktor E., *İnsanın Anlam Arayışı*, Çev. Selçuk Budak, 5. Baskı, Öteki, Ankara 1997.
- Fromm, Eric, *Sevginin ve Şiddetin Kaynağı*, Çev. Yurdanur Salman, Nalân İçten, 6. Baskı, Payel, İstanbul 1994.
- Giddens, Anthony, *Modernliğin Sonuçları*, Çev. Ersin Kuşdil, 2. Baskı, Ayrıntı, İstanbul 1998.
- Gili, Jean A., *Italian Filmmakers, Self Portraits: A Selection of Interviews*, Fransızca’dan İngilizce’ye Çev. Sandra E. Tokunaga, Gremese, Roma 1998.
- Greenberg, Joanne, *Sana Gül Bahçesi Vadetmedim*, Çev. Nesrin Kasap, Metis, 10. Baskı, İstanbul 1995.
- Guichonnet, Paul, *Musollini ve Faşizm*, Çev. Tanju Gökçöl, Cep Üniversitesi, İletişim, İstanbul 1998.

- Gürmen, Pınar Tınaz, "Bernardo Bertollucci: düşler, Tutkular ve Filmler", *Sinema*, Y. 2005, S. 5.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, YKY, 4. Baskı, İstanbul 2004.
- Holokost, II. Dünya Savaşı Döneminde Yahudi Soykırımı*, (Bu kitap Encyclopaedia Judaica'da bu konuda yayınlanan bilgilerden derlenmiştir), Çev. Mehmet Harmancı, Gözlem Gazetecilik Basın ve Yayın A.Ş., İstanbul 1997.
- Insdorf, Annette, *Indelible Shadows, Films and the Holocaust*, 2. Baskı, Cambridge University Pres, ABD 1989.
- Keane, John, *Şiddetin Uzun yüzyılı*, Çev. Bülent Peker, Dost, Ankara 1998.
- Kutlu, Kutlukhan, "Dövüşelim, güzelleşelim!" *Sinema*, Y. 2002, S.91.
- Loo, Hans Van Der, Williem Van Reijen, *Modernleşmenin Paradoksları*, Çev. Kadir Canatan, İnsan Yayınları, İstanbul 2003.
- Loura, René, *Bilinçaltında Devlet*, Çev. Işık Ergüdern, Ayrıntı, İstanbul 2001.
- Mann, Klaus, *Mephisto*, Çev. Robin Smyth, Penguin Books, 7. Baskı, ABD 1988.
- Mann, Thomas, *Dinle Alman Ulusul!*, Çev. Niyazi Eröztürk, E Yayınları, İstanbul 1991.
- Miller, David, Coleman, Janet, Conolly, William, Ryan, Alan, *Blackwell'in Siyasal Düşünce Ansiklopedisi*, Çev. Bülent Peker, Nevzat Kıraç, Ümit Yayıncılık, Ankara 1994.
- Mosse, George L., *Encyclopedia of the Holocaust*, C.3, haz. Israel Gutman, Macmillan, New York-Londra 1990.
- Müller, Ingo, *Hitler's Justice, The Courts of the Third Reich*, Çev. Deborah Lucas Schneider, I. B. Tauris & Co Ltd, Londra 1991.
- Nietzsche, *Deccal*, Çev. Oruç Arioba, Hil Yayınları, İstanbul 2001.
- Nietzsche, "Defterlerden", Nietzsche: Kayıp Bir Kıta, *COGİTO* (Özel Sayı), YKY, 2. Baskı, İstanbul, Kış 2001, S.25.
- Pierson, Christopher, *Modern Devlet*, Çev. Dilek Hattatoğlu, Çiviyazıları, İstanbul 2000.
- Pierson, Keith Ansell, *Kusursuz Nihilist, Politik Bir Düşünür Olarak Nietzsche'ye Giriş*, Ayrıntı, İstanbul 1998.
- Poggi, Gianfranco, *Modern Devletin Gelişimi, Sosyolojik Bir Yaklaşım*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2002.

- Proctor, Robert N., *Racial Hygiene, Medicine Under the Nazis*, Harvard University Pres, ABD 1988.
- RYAN, Michael, Kellner, Douglas, *Politik Kamera, Çağdaş Hollywood Sinemasının İdeolojisi ve Politikası*, Çev. Elif Özsayar, Ayrıntı, İstanbul 1997.
- Samuels, Charles Thomas, *Antonioni, Truffaut, Fellini, Bergman Sinemasını Anlatıyor*, Çev. Kadir Yerci, Düzlem, İstanbul 1992, s.46.
- Sancar, Mithat, "Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", *Hukuk ve Adalet Üstüne, Doğu Batı*, Y. 4, S.13, Kasım-Aralık-Ocak 2000-2001.
- Shakespear, *Macbeth* (II. Perde, IV. Sahne), Çev. Sabahattin Eyuboğlu, Remzi Kitabevi, İstanbul 1967.
- Strobl, Ingrid, *Faşizme ve Alman İşgaline Karşı Silahlı Direnişte Kadınlar*, Çev. Nesrin Oral, Belge, İstanbul 1992, s. 22.
- Şenel, Alâeddin, *İrk ve İrkçilik Düşüncesi*, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 1984.
- The St. James Women Filmmakers Encyclopedia, Women on the Other Side of the Camera*, haz. Amy L. Unterburger, Visible Ink Pres, ABD 1999.
- Türk Dil Kurumu Milliyet Türkçe Sözlük*, C. II, İstanbul 1992.
- Weber, Max, *Sosyoloji Yazıları*, Çev. Taha Parla, 2. Baskı, İletişim, İstanbul 1998.

SOSYAL PSİKOLOJİ BAKIŞ AÇISINDAN ÇOCUK VE ERGENLERDE SUÇLU DAVRANIŞ GELİŞİMİ

DEVELOPMENT OF ANTI SOCIAL BEHAVIOR IN CHILDHOOD
AND ADOLESCENCE IN THE CONTEXT OF SOCIAL PSYCHOLOGY
THEORIES

Meltem GÜLER*

Özet: Gelişmiş ya da gelişmekte olan birçok ülke, saldırgan ve şiddet davranışı gösteren çocuk ve ergenler sorununu deneyimlemektedir. Sosyal psikoloji kuramları bağlamında, çocuklar ve ergenlerde suç ve suçlu davranış nedenlerini ve hangi durumsal etmenlerin bunları tetiklediğini belirlemek önemlidir. Bu çalışma, Sosyal Psikoloji disiplini merceği altında çocuklukta ve ergenlikte anti sosyal davranış gelişimi ve risk ölçme modellerini incelemek ve tartışmak amacıyla hazırlanmıştır.

Anahtar Sözcükler: Anti sosyal davranış, ergen, psikoloji.

Abstract: Many developed or developing countries experience children and adolescence's anti social and violent behaviors problem. It is important to determine potential causes of crime and criminal behavior and which situational factors that triggers in the context of social psychology theories. This study is prepared to investigate and discussed anti social behavior development and risk assessment models in childhood and adolescence under social psychology discipline.

Keywords: Antisocial behavior, adolescence, psychology.

Gelişmiş ya da gelişmekte olan pek çok ülke, saldırgan ve şiddet davranışı gösteren çocuk ve ergenler sorununu deneyimlemektedir. Bu ergenler, ebeveynleri, akrabaları, öğretmenleri, arkadaşları, komşuları, kendileri ya da diğer sosyal kurumlar için oldukça büyük so-

* Uzman Psikolog, Mersin E Tipi Ceza İnfaz Kurumu.

runlara neden olurken, anne/babasını öldürerek bireysel ya da okulda diğer çocukları haraca bağlayarak ya da hırsızlık çeteleri kuran grup yapısıyla daha çok sayıda insana zarar vererek kendilerini göstermektedir.

Bireyler tarafından bildirilen nedenler ve hazırlayıcı etkenlerin ne olduğu onların bakış açısından yansısı da, toplumun yetişkin olmaya en yakın duran bireylerinin neden suç ve suçlu potansiyeli taşıyarak cezaevlerinde bulunduğu, kimlerin suça ve anti sosyal davranışlara yatkın olduğu, hangi durumsal etkenlerin bunları tetiklediğine ilişkin konuları "*Sosyal Psikoloji*" kuramlarını öne çıkararak ele almak yararlı olacaktır.

Bu çalışma, suçlu adalet sistemi bağlamında çocuklarda ve özellikle ergen grubunda görülen anti sosyal davranışlar, suçlu davranışları ve suç işlemeye yatkın grupların oluşumu ve risk alanlarını belirleme modellerini "*Sosyal Psikoloji*" kuramları açısından ele alıp tartışmak üzere hazırlanmıştır. Çalışmada, "*Sosyal Psikoloji*" yaklaşımlarıyla çocuk ve ergenlerde anti sosyal davranış ve suça giden yol ve Bruce (2006) ve Andrew ve Bonta (2003), tarafından öne sürülen, suçlu davranışa yol açan etmenler ve risk alanları üzerinde duran modeller incelenecektir. Saldırganlık/şiddet davranışları zaman içinde oldukça kararlı seyretmektedir (Olweus, 1979; akt. Taylor ve ark. 2007). Çocukluk döneminde görülen anti sosyal davranışlar, ilerleyen yaş dönemlerinde okulu bırakma, suçluluk ve psikopatoloji gibi ciddi sonuçları doğurmaktadır. (Graham ve ark., 1992). Bu nedenle, anti sosyal davranışa giden yolu "*Sosyal Psikoloji*" kuramlarıyla irdelemek davranışın suça dönüşmeden engel olunmasına yönelik müdahale programlarının hazırlanmasına öncülük edeceği düşünülmektedir.

Çocuk ve Ergen Kavramlarının Tanımlanması

Hukuksal alanda, çocuk ve küçük, toplumsal anlamda birey olmaya hazırlanan ve bu nedenle sorunlar ve karmaşalarla yüklü 18 yaşından küçük bireyler olarak belirtmektedir. Hukuksal düzenimiz, 11 yaşını tamamlamış, 16 yaşından gün almamış bireyleri küçük; 16 yaşından gün almış, 18 yaşını tamamlamamış bireyleri de çocuk olarak tanımlamaktadır (Uluğtekin, 1991). Gelişim psikoloji ise 12 yaş öncesini

çocukluk, 12-18 yaş arası çocukluktan çıkan ve yetişkinliğe hazırlanan ergenlik dönemi, 18-30 yaş arası ise genç yetişkinlik olarak ele alınmaktadır (Gander ve Gardiner, 1993).

Anti Sosyal Davranış ve Suç Kavramlarının Tanımlanması

Sosyal psikoloji için *suç*, sosyal grubun üyeleri tarafından olumlu ve yararlı olarak kabul edilmiş inanç, gelenek, örf ve adetlerin dayandıkları ilkelere aykırı işlenmiş davranış olarak tanımlanırken (Evrin, 1970), bireyin, kuralları ve başkalarının haklarını sürekli ihlal ederek davranması, toplumsal olarak belirlenmiş davranış örneklerini, sosyal normları zedeleyen davranışlar, “*anti sosyal davranış*” olarak tanımlanmaktadır (Kaner, 1991). Hırsızlık, adam öldürme, gasp, uyuşturucu madde kullanmak gibi davranışlar yasalar tarafından sınıflandırılarak hukuksal cezaya tabi tutulurken, yalan söyleme, okuldan kaçma, derslere girmeme, babasının cebinden izinsiz para alma, evden kaçma ya da otobüse biletsiz binmek gibi davranışlar yasalar tarafından sınıflanmayan anti sosyal davranışlara işaret ederler. Problem davranışlar olarak görülen anti sosyal davranışlar, ergenin gelişim görevlerini başarmasına, kendisinden beklenen sosyal rolleri yerine getirmesine, yeterlik ve çaşarı duygusunu hissetmesine ve genç yetişkinlik dönemine başarıyla geçmesine engel olan davranışlardır (Jessor, 1991).

Anti Sosyal Davranış Gelişimi Üzerine “Sosyal Psikoloji” Kuramları

Sosyal psikoloji, insanların kendilerini ve başkalarını nasıl algıladıkları, davranışları nasıl açıkladıkları, tutumların nasıl biçimlendiği, kişilerarası ilişkileri, grubun davranışa etkileri gibi konuları bilimsel olarak araştıran psikolojinin bir alt dalıdır. Sosyal psikologlar, kişilerarası ve gruplar arası olmak üzere iki düzeyden bireyin toplumsal durumu üzerine odaklanırlar. Şiddete dayalı bir suçun analizi için, sosyal psikologlar ne tür kişiler ve gruplar arası durumların saldırganlığı ve sosyal olmayan davranışları arttırdığı üzerinde “Sosyal Psikoloji” kuramlarına durmaktadırlar. (Taylor ve ark., 2007).

Bilişsel kuramlar açısından şiddet ve suça yönelik davranışları incelediğimizde bazı durumsal etmenlerin anti sosyal davranışı körük-

lediği ya da engellediğine dair çalışmalar görmekteyiz. (Anderson ve Bushman, 2002). Saldırgan davranışları arttıran/azaltan uyaranlar üzerine yapılan çalışmada Berkowitz ve Lepage (1967), laboratuvar ortamında, katılımcılara raket yerine silah göstererek hangi uyaranın saldırganlığı arttırdığını araştırmışlar ve silahın gösterilmesiyle, saldırganlıkla ilgili düşüncelerin harekete geçtiğini bulmuşlardır. Berkowitz ve Lepage'in bu çalışması, İsveçli katılımcılarla desteklenerek, Frodi (1975) tarafından tekrar düzenlenmiştir. Çalışmada saldırganlık arttıran ve azaltan uyaranlar belirlenerek, bir koşulda silah, diğer koşulda biberon ve son koşulda da hiçbir uyaranın yer almadığı üç durumda deney uygulanmıştır. Yanında silah bulunan katılımcılar, yanında biberon bulunan ve hiçbir şey bulunmayan koşula göre kurbanı daha fazla şok uygulamıştır. Michael ve ark. (2006) ise yaptıkları çalışma ile anti sosyal davranışların durumsal etmenlerden çok empati eksikliğinden oluştuğunu öne sürmektedir.

Sosyal psikolojinin önemli bir olgusu olan *benlik* (kendilik algısı), ergenlikte son derece dinamik gelişen bir olgudur. Her şey yolunda giderse olumlu kendilik algısı oluşurken aksi bir durumda sonuç, uyumsuzluk ve kendilik algısını, uyuşturucuyla değiştirme girişimleri olabilir (Gander ve Gardiner, 1993). *Benlik bilgisi*, sosyal davranışı nasıl şekillendirir? Bu soruyu açıklamak için *şema* olgusunu ele almak gerekir. Şemalar, bir yaşam alanı hakkında örgütlü ve yapılanmış inanç takımları (Taylor ve ark, 2007) ya da zihnimizdeki bilişsel dosyalar olarak görülebilir. Yaşantı yolu ile gelen bilgiler, bu şemalar sayesinde düzenlenir, yapılandırılır ve organize edilir. Piaget, bireyin fiziksel çevreye ne tür tepki göstereceğini şemaların -organizmanın bilişsel yapı unsurları- tespit edeceğini öne sürmektedir (akt. Hergenhahn & Olson, 1994). Örneğin, kendisini kızdıran kişiye karşı birey, öfkesini saldıran mı, karşısındakini yok sayarak mı yoksa ondan kaçarak mı yönetecek?

Kendimizi nasıl tanımladığımıza ilişkin şemalar, benlik şemalarıdır. Kişilik özelliklerimiz ve davranışımızla ilgili bilişsel çerçeveler bu şemada toplanır. (Marcus & Sentis, 1982). Benlik şemaları, geçmiş tecrübelerden gelen, benlik ile ilgili işlemlere rehberlik eden, benlik hakkındaki bilgi yapılarıdır; bireyin ilgilerini, yatırımlarını ve göze çarpan yönlerini yansıtır. Bireyin benlik bilgisi, şemalar üzerine kurulurken her yeni bilgi daha önce oluşmuş şema tarafından seçilir, yorumlanır

ve özümсенir. Benlik şemaları ile bireyler benliklerini rasyonel olarak işleyebilir, gelecekteki davranışlarını tahmin edebilir ve yeni bilgiyi değerlendirebilirler. Örneğin, bireyin benlik şeması “şiddet dolu/saldırgan” kavramını barındırıyorsa, kişi kendisinde ve diğerlerinde bu kavramla ilgili konulara karşı daha duyarlı olacak ve sosyal ilişkilerini bu konu öne çıkacak şekilde ayarlayacaktır (Markus, 1983). Birey, şemasında yer alan özelliğe göre; saldırgan, yaratıcı, yetenekli, bağımsız gibi bu benliği başarması anlamına gelen bilişsel temsillere sahip olacaktır. Sadece bilişsel kontrolü desteklemede değil aynı zamanda davranışın ortaya çıkması ve düzenlenmesinde ve gelecekteki davranışlar üzerinde de şemanın etkisi olduğu düşünülmektedir (Markus,1983). Şemalar bireyin beklentisini şekillendirip, durumun nasıl ele alınıp yorumlanacağını belirlerken davranışı etkilerler.

Zelli ve ark. (1999) tarafından yapılan çalışmada saldırganlık şemaları gelişmiş olan ve diğerinin davranışı hakkında yanlış yüklemeler yapan çocukların saldırganlık eğilimlerinin daha yüksek olduğu bulunmuştur (akt. Taylor ve ark., 2007). Bilişsel bir kuram olan *Etiketleme kuramı* (Lemert, 1972; Labelling theory), diğerlerinin olumsuz tepkilerinin kişiyi daha fazla suça yönlendirdiğini öne sürmektedir. Ebeveyn ya da komşular tarafından sapkın olarak adlandırılmak bireyin algısını çarpıtarak kendisinin de sapkın imaj geliştirmesine ve bu olumsuz imaja uygun davranışlarla suça yönelmesine neden olmaktadır.

Burgess ve arkadaşları (1995), çocukların, örseleyici yaşantı durumlarında travmaya özgün davranış kalıpları (çabuk tepki verme, kaçınma, çaresizlik, yıkıcı davranışlar) geliştirdiğini ve bunların, oluşturan bilişsel şemalar yoluyla yetişkin yaşama taşındığını ileri sürmektedir. Bu çocukların erişkin dönemdeki ilişkilerinde çocukluktaki kötüye kullanma, saldırıya uğrama, şiddet ve örselenme sahnelerini yineleyici biçimde yaşadıkları düşünülmektedir. Diğer bir çalışma da çocukluk örselenme yaşantılarının da bireyin kendilik algısı üzerinde olumsuz etkileri bulunduğunu öne sürmektedir. (Loos ve Alexander, 1997).

Şemaların oluşumunda model alma ve gözleme yolu ile öğrenme, önemli süreçlerdir. Bu durum bizi, anti sosyal davranışa giden yolda *Sosyal Öğrenme Kuramlarını* incelemeye götürmektedir. Saldırganlığın içgüdü olduğunu öne süren kaynaklar (Lorenz, 1966), hayvanlarda görülen saldırgan davranışı hayatta kalma ve neslini devam et-

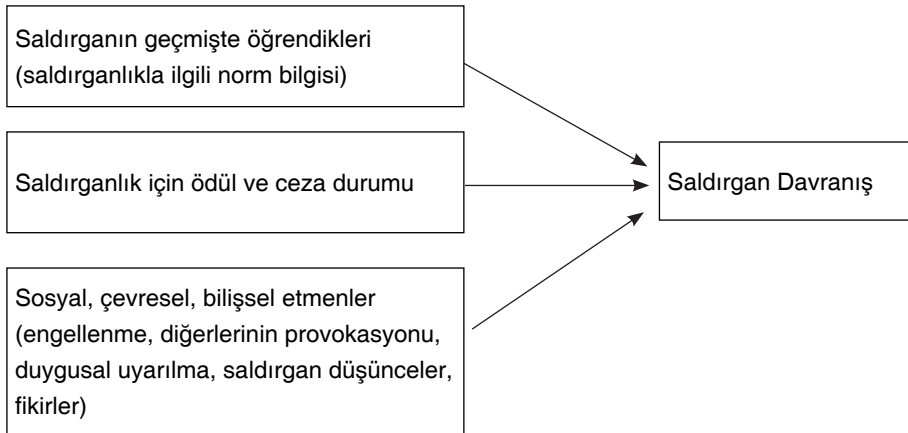
tirme nedeniyle oluştuğunu belirtmektedir. İnsanlarda görülen saldırgan davranışları belirleyen ana etmenin ise geçmişteki öğrenmeler olduğu öne sürülmektedir (akt. Miles ve Carey, 1997).

Sosyal Öğrenme Kuramı (Bandura, 1977, akt. Taylor ve ark., 2007,), saldırgan ve şiddet davranışların gözlenmesiyle davranış repertuarına alındığını belirtir. Yaşı küçük çocuklarda engellenmeyle ağlama, öfkenme gibi görülen davranışlar normal görülse de ilerleyen dönemlerde bireyden içtepi ve saldırganlık eğilimlerini kontrol altında tutmasını öğrenmiş olması beklenir. Öğrenme süreci, kişiye kızgınlık ve engellenme anında bile kime saldırgan olarak davranılabileceği (kardeş) kime davranılamayacağını (polis) öğretir. Sosyalleşmede en önemli sorun bu ayrımın iyi öğrenilememiş olmasıdır.

Öğrenme süreçlerinden biri *taklit* diğeri de *pekiştirme*dir. Bandura, Ross ve Ross, (1963) tarafından yapılan bir deneyde çocuklar, bir yetişkini Palyaço görünümüne sahip bir bebeğe şiddet uygularken seyretmişlerdir. Deneyin birinci aşamasında, ilk koşulda yetişkin, şişme bebeği yumruklamış, havaya fırlatmış ve tüm bunları yaparken “*ur başına*”, “*al sana*” diyerek bağırıştır. İkinci koşulda ise yetişkin, palyaço ve oyuncaklarla sessizce oynamıştır. Deneyin ikinci aşamasında, hem şiddet içeren sahneleri izleyen hem de izlemeyen çocuklar oyuncaklarla odada yalnız bırakılmışlardır. Şiddet dolu sahneleri izleyen çocuklar, yetişkin davranışlarının aynısını tekrar ederek saldırgan davranışlar gösterirken, şiddet içeren sahneleri izlemeyen çocuklar, sessizce oyuncaklarla ilgilenmişlerdir. Bir başka deneyde, çocuklara sekiz dakikalık Bobo adlı bir oyuncuğa vurulan bir film izletilirken kontrol grubuna bu film izletilmemiştir. Daha sonra hem filmi izleyen ve hem de izlemeyen (kontrol grubu) çocuklar, çeşitli oyuncakların ve filmde gördükleri Bobo isimli bebeğin bulunduğu bir odaya alınarak, davranışları gözlenmiştir. Deneyin üzerinden altı ay geçtikten sonra çocuklar, yeniden laboratuvar ortamına alınmışlar, yine aynı oyuncakların bulunduğu odadaki davranışları gözlemlenmiştir. Yetişkin ya da bir çocuk modelin oyuncakla saldırgan biçimde oynadığını izleyen çocuklar, görüntüleri izlemelerinin hemen ardından ve altı ay sonra aynı ortama yeniden getirildiklerinde, şiddeti taklit etmeye devam etmişlerdir. Kontrol grubundaki çocuklar ise iki durumda da saldırgan davranışlar göstermemişlerdir (Hicks, 1965). Her iki deneyde de taklit ve pekiştirme olgularının, anti sosyal davranışa giden yolda çocuk ve er-

gen üzerinde önemli derecede etkiye neden olabileceğine dair bilgiler sunulmaktadır.

Farrington (1991) mahkumlarla yapılan bir çalışmada, ebeveynin fiziksel cezayı sıklıkla kullanması ya da çok sert bir disiplin uygulamasının suça yönelimi arttırdığını ortaya koymaktadır. Sosyal öğrenme bakış açısından saldırganlık öğrenilen sosyal bir davranış olarak ele alınır. Saldırganlığa etkide bulunan farklı etmenler; saldırganın geçmişte öğrendikleri, saldırganlık için mevcut olan ödül ve cezalar ve sosyal, çevresel, bilişsel etmenler olarak belirtilmektedir. Şekil 1.1.'de sosyal öğrenme bakış açısından saldırgan davranışın etmenleri verilmektedir.



Şekil 1.1. Baron ve Byrne, 1987'den alınmıştır.

Davranışçı kuramın da öne sürdüğü gibi anti sosyal davranışlar ödüllendirildikçe ve pekiştiricilerle karşılandığında suçlu davranışa dönüşme sıklığı da artmaktadır (Heynes, 1996).

İnsanların hem kendilerinin hem de başkalarının davranışlarını açıklama biçimiyle ilgilenen *Yükleme kuramına* (Heider, 1957, akt. Taylor ve ark., 2007) göre diğerlerinin algılanan olumsuz hareketleri, kızgınlığı ortaya çıkarırken bu kızgınlık daha sonra düşmanca davranışın işlevi haline de gelmektedir. Graham ve ark. (1992) tarafından 44 Latin ve Afro-Amerikalı azınlık ergen grubunda yapılan çalışmada yazarlar, yükleme-duygulanım-davranış ilişkisini sınamışlar ve sonuç olarak

saldırgan çocukların sık sık uygun olmayan niyet yüklemeleri yaptıkları için her saldırganlık girişimlerinde kendilerini haklı gördüklerini bulmuşlardır. *Yanlı yüklemeler* daha sonraki saldırgan davranışa zemin oluşturmaktadır. Bram ve ark. (2003) tarafından yapılan, 41 çalışmanın meta analitik gözden geçirme çalışması, çocukların saldırgan davranışları ile arkadaşlarının niyetine yaptığı hasmane (düşmanca) yüklemeler arasındaki ilişkiyi incelemektedir. Saldırgan davranış ile niyete düşmanca yükleme yapılma arasında anlamlı bir ilişki bulunmuştur. Yani çocuğun saldırgan davranışı, arkadaşının niyetini kötü, düşmanca olarak algıladığı zaman daha da artmaktadır.

Palmer ve Gough (2007), tarafında yapılan çalışmada suç işlemiş ve işlememiş iki grubun, çocuklukta ebeveynlerini nasıl algıladıkları incelenerek, suç davranışının nedensel atıfları arasındaki ilişkiye bakılmıştır. Analizler sonunda, suç işlememiş katılımcıların, suç işlemişlere göre anne ve babalarını, daha sıcak ve koruyucu olarak algıladıkları bulunmuştur.

Ahlaki gelişim kuramları, suç ve anti sosyal davranışa giden yolda, bireyin *ahlak* gelişim evrelerini, bilişsel (Piaget ve Kohlberg), duygusal ve güdüsel (Freud) ve sosyal (Erikson) açılardan önemini vurgulayan evrelerle ele almaktadır (akt. Kağıtçıbaşı 1999). Anti sosyal davranışların, ahlak gelişimi bağlamında incelenmesi bireyin sosyalleşme sürecini mercek altına almaktır. Kohlberg'e (1984) göre ahlak, "*hak-haksızlık, doğru-yanlış, iyi-kötü*" konularında bilinçli yargılama ve karar vermeyi ve bu karar doğrultusunda davranışta bulunmayı kapsayan bilişsel bir yapıdır. Bir başka deyişle, bilişsel bir yetenek olan ahlak, bireyin kendisinin belirlediği ve aynı zamanda evrensel ilkeler ile örtüşebilecek düzeydeki ilkelere göre yargıda bulunma, kararlar alma ve bu doğrultuda da davranabilme yeteneğidir. Gander ve Gardiner (1993), ahlâk; bilişsel, davranışsal ve duygusal olmak üzere üç temel yönünün olduğunu ileri sürerler. Bilişsel olarak insanlar, bir durumda yapılması ya da yapılmaması doğru olan şey hakkında düşünürler, akıl yürütürler ve kavramlar, değerler, tutumlar oluştururlar. Davranışsal olarak insanlar, kendi ahlâkî akıl yürütmeleriyle tutarlı olabilen ya da olmayabilen biçimlerde davranabilirler. Duygusal olarak insanların, neyin doğru neyin yanlış olduğuna ilişkin "*duyguları*" vardır ve bu duygular da düşüncelerine ve davranışlarına uygun düşebilir ya da düşmeyebilir (Gander ve Gardiner, 1993). Suç işleyen ve işlemeyen ço-

cukların düşünme becerileri ve ahlaki yargılarının incelendiği çalışmada, Çeliköz ve arkadaşları (2008), suç işleyen çocukların suç işlemeyen çocuklara göre daha içtepisel düşündükleri ve alt düzeyde ahlaki yargılarda bulduklarını öne sürmektedirler.

Belirli yaş döneminde, akran gruplarının, çocukların gelişimi üzerinde büyük etkiye sahip olmasını *Sosyal Kimlik Kuramı* (Taifel,1969) çevresinde inceleyebiliriz. Yapılanması olumlu akran gruplarının çocuğun topluma hızlı uyumuna katkısı bulunurken, olumsuz özellikleri baskın olan “çete” gruplarının, davranış bozukluklarını geliştirici ve pekiştirici özellikleri bulunmaktadır. Çocuklar, grup üyeliğinin gerektirdiği tüm davranışları çok düşünmeden belki de yalnızca gruptan ayrılmamak için kabul eder. Böylece suç olduğu düşünülen davranışlara kayması olasılığı artar. Grup, kimlik kazanmaya çalışan ergenin psikolojik açıdan güçlenmesine zemin oluştururken, grubun nasıl bir yapıya sahip olduğu ergenin suçlu davranışa yönelmesinde etkili olmaktadır. Whyte (1943)’nin 1930’larda Amerika’nın doğusunda büyük bir kentin varoşlarında gerçekleştirdiği alan çalışması olan “köşe başı toplumu” (*Street Corner Society*), resmi olmayan grup yapılarının oluşumu ve işleyişini göz önüne sermektedir. Whyte, ergenlerden oluşan bu sokak gruplarını gözlemlemiş ve grupların yapısı, oluşumu ve diğer gruplarla ilişkisi üzerine açıklamalarda bulunmuştur. O’na göre, bu sokak gruplarının oluşumunda altta yatan etmenler şu şekildedir;

1. Aynı kötü koşullar altındaki bireyler arasında etkileşime yol açan güdüsel faktörler.
2. Üyelerin statü ve rollere (lider-izleyen ilişkileri) sahip olduğu bir grup yapısının oluşumu ve işleyişi.
3. Üyelerin tümünü ilgilendiren meselelerde üyelerin davranışlarını düzenleyen grup standartlarının ya da normlarının oluşumu.
4. Grup yapısı (2) ve normları (3) bakımından grup üyeleri arasındaki etkileşimin sosyal etkilerinin belirginleşmesi ve daha kestirilebilir yönler kazanması.

Sherif ve Sherif (1996)’e göre, dev sosyo ekonomik sistemin ve sosyal organizasyonun kıyısında olmalarına rağmen sokak grupları kendi başlarına bırakılmışlardır ve onlar da yoksunluklarını giderme ve psikolojik güvenin esas koşullarından biri olan aidiyet duygusuna

ulaşma arayışında birbirlerine yakınlaşmaktadırlar. Bu kişiler arasında yeterli sürede etkileşim olduğunda, ortak güdüler ve problemler yoluyla, bir grup yapısı oluşmakta ve bu yapıyla etkileşim sürecinin yan ürünleri, sloganlar, adetler, gelenekler, değerler, jargonlar kendini göstermektedir. Bunları *sosyal norm* başlığı altında ele alabiliriz. Sosyal normlar beklenen hatta ideal davranışlara işaret ederler, yazılı değildir yine de üyelerin davranışlarını düzenler. Örneğin gençlik çetelerinin iyi üyeleri birbirlerini yabancılara özellikle de polise “*gammazlamazlar*” (Sherif ve Sherif, 1996). Bir kimlik elde etme ya da ait olma duygusuyla bir gruba ait olma yolunda, olumlu sosyal davranış gösteren akranlardan uzaklaşarak, anti sosyal davranışa eğilimli akran ilişkileri kurmak, ergenin suça yönelim olasılığını arttırdığı görülmektedir.

“*Sosyal Psikoloji*”nin anti sosyal davranışı açıklamaya ilişkin önemli kuramları ile harmanlandığı düşünülen, anti sosyal davranışa neden olan etmenlere odaklanan modeller (Andrew ve Bonta, 2003; Bruce, 2006), anti sosyal davranış gelişimi açısından risk durumlarını ortaya koymaktadır.

Anti Sosyal Davranış Risk Modeli

Krech ve Crutchfield (1967), biyolojik ve psikolojik yapının, fiziksel çevrenin ve daha önemlisi sosyal çevrenin bireyde engelleme yaratan potansiyel etkenler olduğunu, bu etkenlerin yaratacağı engellenme, bireyin amacına erişememesi sonucunda gerginlik ve uyumsuzluk sonuçlarıyla saldırgan davranışın ortaya çıktığını öne sürmüşlerdir.

Bruce (2006), saldırgan çocukların davranışları ve demografik özellikleri birbirine benzese de aslında homojen bir grup olmadıklarını, bazı ergenlerin, kronik olarak suç işlemeye eğilimli olduklarını öne sürmektedir. Ergenler, gelişimlerinin erken dönemlerinde anti sosyal davranışlar gösterirken, sıklıkla suça bulaşırlar ya da suçlu davranışında bulunurlar (Moffitt, 1993; Patterson ve ark., 1998).

Bruce (2006), çalışmasında risk etmenlerini biyolojik, psikolojik, sosyal riskler olmak üzere üç ana başlık altında incelemektedir (Tablo 1.1.). Anti sosyal davranışlar üzerinde biyolojinin etkisi sıklıkla ihmal edilse de yatkınlığın temelini oluşturması açısından önemlidirler. Her

bir etmenin, anti sosyal davranış üzerindeki etki büyüklüğü, bireyin yaşam evrelerine bağlı olarak değişmektedir. Örneğin, çocukluk döneminde ailenin etkisi, ergenlik döneminde ise akran etkisi daha önemli hissedilecektir. (Moffitt, 1993).

Risk alanı	Doğum	0-5 yaş Erken çocukluk	6-12 yaş Orta çocukluk	12-18 yaş Ergenlik	Etki Büyüklüğü
1. Biyolojik/Biyososyal Riskler					
Erkek cinsiyeti	X	X	X	X	***
Genetik yatkınlık	X	X	X	X	***
Doğum komplikasyonu	X	X	X	X	*
Doğum sonrası problemler	X	X	X	X	*
Düşük düzey fizyolojik uyarım	X	X	X	X	***
Nörotranmitter işlevsizliği (disfonksiyonu)	X	X	X	X	**
Hormonal etmenler		X	X	X	*
Erken buluş (kızlarda)				X	*
2. Psikolojik etmenler					
2.1 Erken Çocukluk Kişilik ve Davranışsal Riskler					
Düşük zeka düzeyi	X	X	X	X	**
Konuşma problemleri		X	X	X	*
Zayıf yönetim fonksiyonları		X	X	X	***
Gelişimsel gecikme		X	X	X	*
Zor mizaç / olumsuz duygulanım	X	X	X	X	***
Dürtüsellik		X	X	X	***
Dikkat eksikliği hiperaktivite bozukluğunun bulunması		X	X	X	***
Risk alma ve uyarın ihtiyacı		X	X	X	**
Suçluluk duygusunun olmaması		X	X	X	***
Empati olmaması		X	X	X	***
Bağlanma problemleri		X	X	X	***
Anti sosyal davranışların erken dönem başlangıcı		X	X	X	***
2.2 Sosyal Biliş ve Tutumlarda Risk					

Saldırganlık eğilimli sosyal bilgi işleme		X	X	X	***
Problem çözme ve başatme yetersizliği			X	X	***
Gerçek olmayan öz-etkinlik			X	X	*
Sapkın tutumlar/sapkın kültür ile kendini kimliklendirme			X	X	***
3. Sosyal Riskler					
3.1 Aile Riskleri					
Fakirlik/Düşük SED	X	X	X	X	***
Düşük düzey ebeveyn eğitimi	X	X	X	X	**
Etnik durumlar (bazı ülkelerde)	X	X	X	X	***
Ergen anne	X	X	X	X	**
Tek ebeveyn olma	X	X	X	X	*
Geniş aile	X	X	X	X	*
Boşanma/ayrılma		X	X	X	*
Bakımveren değişim sıklığı		X	X	X	**
Ebeveyn işsizliği	X	X	X	X	*
Ebeveyn suçluluğu	X	X	X	X	***
Ebeveyn fiziksel istismarı	X	X	X	X	**
Ebeveyn akıl rahatsızlığı	X	X	X	X	*
Ebeveynler arası uyumsuzluk ve çatışma hali		X	X	X	**
Çocuğun ihmali ve ebeveyn sıcaklık yoksunluğu		X	X	X	***
Taciz		X	X	X	***
Fiziksel ceza		X	X	X	**
Yetersiz disiplin ve yönetim			X	X	***
Yüksek düzey aile stresi		X	X	X	**
Sosyal izolasyon ve desteğin olmaması		X	X	X	**
Sapmayı destekleyen aile tutumları			X	X	**
Kardeşin suça eğilimi			X	X	**
3.2 Yaşam Tarzı Riskleri					
Yapılandırılmamış boş zaman aktivitesi			X	X	**
Şiddet içerikli medya tüketimi		X	X	X	**
Alkol kullanımı			X	X	***
İlaç bağımlılığı				X	***
İlaç taşıyıcılığına bulaşma				X	***

Silah taşıma				X	***
Sağlığı tehdit eden diğer davranışlarda bulunma				X	**
Mesleki beceri yoksunluğu / İşsizlik				X	**
3.3 Okulla İlgili Riskler					
Başarı problemleri			X	X	***
Düşük motivasyon/düşük okula bağlılık duygusu			X	X	**
Okuldan kaçma			X	X	**
Sık okul değiştirme			X	X	**
Okulu bırakma				X	***
Ebeveynin okula düşük ilgisi			X	X	**
Okul iklimi			X	X	*
Diğer anti sosyal çocuklar			X	X	**
3.4. Akran Grup Riskleri					
Arkadaşın reddi		X	X	X	*
Düşük olumlu sosyal kontak		X	X	X	**
Suç karşılaşması durumunun olması			X	X	***
Çete üyeliği				x	***
3.5.Toplum ve Komşulara İlişkin Riskler					
Diğer problemlili aileler			X	X	**
Organize olamayan komşular			X	X	*
Şiddet ve madde bağımlı çevre			X	X	**
Suça kolay erişim			X	X	*

Tablo 1.1.

*** Orta üstü etki ** Düşük etki düzeyi

* Çok düşük etki düzeyi/yeterince tekrarlanmamış. (Bruce, 2006).

Risk etmenleri incelendiğinde, sosyal, psikolojik ve biyolojik etmenlerin, davranış problemlerine yol açtığı, okulla ilgili risklerin ve arkadaş etkisinin de anti sosyal davranışın gelişmesi üzerinde etkiye sahip olduğu görülmektedir. Ayrıca, çocuğun yaşadığı çevre, sapkın yaşam tarzı ve tutumları da diğer risk etmenleri arasındadır.

Suçlu davranışa yol açan etmenler üzerinde duran diğer bir model (Andrew ve Bonta, 2003) bireyin kendi hayatındaki risk faktörlerinin

varlığıyla suçlu davranış eğilimi gösterme olasılığını arttıracakını öne sürmektedir. Modelde, kişilik özellikleri ve çevresel durumlara dayanan risk etmenleri altı kategoride toplanmaktadır:

1. Anti sosyal davranışlar için erken başlangıç yaşı
2. Olumsuz ebeveyn ve aile deneyimleri (örneğin; sert ve bozuk disiplin, düşük aile uyumu, ebeveyn suçluluğu)
3. Suç aktivitesine yönlendiren kişilik özellikler (örneğin; dürtülerine hâkim olamama, saldırgan enerji, problem çözme yeteneklerinden mahrum olma)
4. Okul hayatında başarısızlık ve mesleki başarıda yetersizlik
5. Suç teşkil etmeyen akran beraberliklerden soyutlanma
6. Anti sosyal tutumlar, değerler ve inançlar.

Andrew ve Bonta'nın modeli, suç aktivitelerine yönelen ergen bireylerin gelişimini etkileyen etmenlerin farklılık gösterdiğini ve bu bireylerin karşılıklı ilişkilerinin karmaşa yaşadığını da kabul etmektedir.

Tartışma ve Sonuç

Bruce (2006) ve Andrew ve Bonta (2003) tarafından öne sürülen modeller, davranışa yol açan etmenler üzerinde durmakta, risk etmenlerini biyolojik açıdan ele alırken psikolojik ve çevresel durumlar çerçevesinde de inceleme yapmaktadır. Her iki modelde de "*Sosyal Psikoloji*" kuramlarından yola çıkarak, anti sosyal davranış ve suça eğilim riskini ölçen maddelerin bulunması, anti sosyal davranışların etkin sağaltımı için destekleyici ve kalıcı risk etmenlerini, sosyal psikolojik kuramlar çerçevesinde öne çıkarma gerekliliğini doğurmaktadır.

Sosyal öğrenme kuramlarının öne sürdüğü taklit ve pekiştirme, aile yaşantılarının önemini ortaya koymaktadır. Aile eğitim merkezlerinde ebeveynlerin bu konuda eğitilmesi, pratik yaptırılması ve sorunlarına destek olacak uzmanlara ulaşabilmeleri önemlidir. Bilişsel kuramlar, bize saldırganlık eğilimli sosyal bilgiyi işlediğimizi, şemalarımıza yerleştikten sonra şiddet davranışının daha kolay ortaya çıkabileceğinin ipuçlarını vermektedir. Benlik algısı, çocukluk ve ergenlik

döneminde gerçek olmayan öz-etkinlik, problem çözme ve baş etme mekanizmalarını geliştirme için yapılacak sağaltım çalışmalarında öne çıkarılması gereken bir kavramdır. Anti sosyal davranışların, ahlak gelişimi bağlamında incelenmesi bireyin sosyalleşme sürecini mercek altına alırken, çocuk yetiştirme konusunda farklı bir bakış açısıyla bakmamızı sağlamaktadır.

Sosyal psikolojinin grup olgusuna dayanarak öne sürdüğü akran grupları, ergen grup yapıları, olumlu kimlik edinme gereksinimi, suça giden yolda yalnızca bireye değil, akran grubunun da önemli bir etmen olduğunu ortaya koymaktadır. Özellikle ergen grubunun gelişimsel özelliği olan akran yaşantısı, olumlu toplumsal ortamları ve temasları yaratacak mahalli pratiklerin çoğaltılması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Buraya kadar aktardığımız tüm bilgiler ışığında, yasalar önünde suçlu davranışa giden yolun aslında uzun bir sürede geliştiğini öne sürebiliriz. Bir çocuğun ya da ergenin bir suçu işlemiş olması onun birçok evreden geçerek bu noktaya geldiğini göstermektedir. Aile yapısı, örselenme yaşantısının bulunması, sosyal ortam, kolektif etkileşim, durumsal etmenler, öğrenme, kişilik yapısı, kendilik algısı, şemaları, ahlak gelişimi ya da atıfları bireyi suça götürmede birer kapı gibidirler. Çocuk yetiştirme olgusunu bir yapı olarak görürsek, bu yapı içinde aile, kurumlar (eğitim, sağlık gibi) ve toplumun her biri, birer katmanı oluşturur. Her katmanın çocuk yetiştirme üzerine farklı işlevi, farklı doğurguları bulunmaktadır ve her bir katmandan kaçarak bireyin ceza infaz kurumuna kadar gelmesi bir süreci gerektirir. Ergenin cezaevinde bulunması, onun o anda gerçekleştirmiş olduğu bir aşırma suçundan değildir aslında. Ergen, gerçekte o suç davranışını göstermeden çok önce, böyle bir davranışı gerçekleştirebileceğinin sinyallerini aileye, topluma ve kurumlara, yaşantısı içinde yukarıda söz ettiğimiz kuramlar ve yansımaları sonucu göstermiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, tek başına bir faktörün etkisi küçük olsa bile diğer faktörlerle toplanması durumunda anti sosyal davranış gösterme riskini arttırdığıdır. Doğal önleyici etmenler ya da profesyonel müdahale programları, zincirin kırılmasını önleyerek risk yönetimine katkıda bulunmaktadır. Her bir birey açısından risk faktörleri tek tek ele alınarak önleyici ve müdahale edici sağaltımların yapılması olumlu sonuçlar doğuracağı düşünülmektedir.

Çocuğun yargılanmasının amacı onu cezalandırmak değildir. Tersine çocuğu suça iten nedenleri tespit etmek, menfi şartlardan onu uzaklaştırmak, toplumla uyumlu bir beraberlik yaşamasını sağlamaktır (Uluğtekin, 1991). Bu açıdan bakıldığında suçun önlenmesi ya da azaltılması için atılacak en önemli adım, çocuk yetiştirmenin önemini kavramanın yanı sıra, *rehberlik hizmeti görmesi gereken bireyleri, risk alanları ile tam zamanında belirlemek ve uygun rehberliği almalarını sağlamanın yararlı olacağı düşünülmektedir*

KAYNAKLAR

- Andrew & Bonta (2003) *Psychology of Criminal Conduct*, Cincinnati, OH: Anderson Publishing.
- Bandura, A., Ross, D. & Ross, S. A., (1963) İmitation of film-mediated aggressive model, *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 66, 3-11.
- Baron, R.A. & Bryne, D., (1987) *Social Psychology: Understanding Human Interaction* (5. basım) Allyn ve Bacon.
- Berkowitz, L. & LePage, A. (1967). Weapons as aggression-eliciting stimuli. *Journal of Personality and Social Psychology*, 7, 202-207.
- Bram O. , Veerman, J.W., Koops, W., Bosch, J.D. & Monshouwer, H.J., (2003) Hostile attribution of intent and aggressive behavior: A meta-analysis, *Child Development*, 73 (3), 916-934.
- Bruce, F. (2006) *Children Who Commit Acts Of Serious Interpersonal Violence: messages For Best Practice* (Edit. Hagell & Jeyarajah-Dent) Jessica Kingsley Pub.
- Burgess, A.W., Hartman, C.R. & Clements P.T. Jr. (1995). Biology of memory and childhood trauma, *Journal of Psychosocial Nursing Mental Health Service*, 33(3), 16-26.
- Çeliköz, N.,Seçer, Z., Durak T., (2008) Suç İşleyen Ve İşlemeyen Çocukların Düşünce Becerileri ve Ahlaki Yargılarının İncelenmesi, *Selçuk Üniversitesi Ahmet Keleşoğlu Eğitim Fakültesi Dergisi*, 25, 35 -350.
- Evrin, S. (1970) *Psikoloji Açısından Suçluluk Sorunu ve Psiko Sosyolojik İzahı Denemesi*, İ.Ü. Edebiyat Fakültesi Yayınları.
- Farrington, D.P. (1991) Childhood aggression and adult violence: Early precursors and later-life outcomes. In D.J. Pepler, & K. H. Rubin (Eds.), *The Development And Treatment Of Childhood Aggression* (5-

- 29).Hillsdale,NJ:Erlbaum.
- Frodi, A. (1975) The effect of exposure to weapons on aggressive behavior from a cross-cultural perspective, *International Journal of Psychology*, 10 (4), 283-292.
- Gander, M.J. & Gardiner, H.W. (1993) *Çocuk ve ergen gelişimi*, (Yayıma Hazırlayan B. Onur), İmge Kitabevi.
- Graham, S., Hudley, C. & William S. E. (1992) Attributional and emotional determinants of aggression among African-American and Latino young adolescents *Developmental Psychology*, 28 (4) 731-740
- Hergenhahn, B. R. ve Olson, Matthew, H. (1994). *An Introduction to Theories of Learning*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice hall.
- Hicks, D.J. (1965) Imitation and retention of film-mediated aggressive peer and adult models, *Journal of Personality and Social Psychology*, 2, 97-100.
- Jessor, R. (1991) Risk behavior in adolescence: A psychosocial framework for understanding and action. *Journal of Adolescent Health*, 12, 597-605.
- Kağıtçıbaşı, Ç. (1999). *Yeni İnsan ve İnsanlar: Sosyal Psikolojiye Giriş*, Evrim, 10. Basım
- Kaner, S. (1991) Anti sosyal davranış eğilimi envanteri geliştirilme çalışmaları, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi*.
- Kohlberg, L. (1984) *The Psychology of Moral Development: The Nature And Validity Of Moral Stages*, San Francisco:Harper & Row.
- Krech, D. Crutchfield, R.S. (1967) *Sosyal Psikoloji: Teori ve Sorunlar*, Sevinç Matbaası, Ankara, 81-82.
- Lemert, E.M. (1972) *Human Deviance, Social Problems and Social Control* (2. basım). Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.
- Loos, M. E. & Alexander, P. C. (1997) Differential effects associated with self reported histories Of abuse and neglect in a collage sample. *Journal of Interpersonal Violence*, 12, 340-360.
- Markus, H. (1983) Self-knowledge:an expended view, *Journal of Personality*, 51, 543-565.
- Miles, D.R. & Carey, G. (1997) *Genetic and Environmental Architecture of Human Aggression*, 72 (1), 207-217.
- Moffitt, T.E. (1993) Adolescence-limited and life course-persistent anti social behavior: A developmental taxonomy. *Psychological Review*, 100, 674-701.

- Palmer E. J. & Gough, K. (2007). Childhood experiences of parenting and causal attributions for criminal behavior among young offenders and non-Offenders, *Journal of Applied Social Psychology*, 37 (4), 790-806
- Patterson, G.R., Forgatch, M.S., Yoerger, K. & Stoolmiller, M. (1998) Variable that initiate and maintain an early onset trajectory for juvenile offending, *Development and Psychopathology*, 10,531-547.
- Sherif, M. & Sherif, C.W. (1996) *Sosyal Psikolojiye Giriş I-II*, Sosyal Yayınlar,
- Taylor S.E., Peplau, L.A. & Sears, D. O. (2007) *Sosyal psikoloji* (Çeviren, A. Dönmez) İmge.
- Uluğtekin, S. (1991) *Hükümlü Çocuk ve Yeniden Toplumsallaşma*, Bizim Büro, Ankara.
- Whyte, W.F. (1943). *Street corner Society: The Social Structure of Italian Slum*. Chicago: The University of Chicago Pres.

BİR YIL İÇİNDE YAPILACAK SEÇİMLERDE UYGULANAMAZLIK KURALININ HALKOYLAMASI HUKUKU YÖNÜNDEN DEĞERİ

Ahmet İYİMAYA*

I. GİRİŞ

Seçim kanunları, demokrasilerin bir tür anayasalarıdır. Adil ve rasyonel oyun kurallarına dayalı bir seçim düzenini oluşturamamış sistemlerin önemli bir demokrasi açığı ile karşı karşıya bulunduğu söylenebilir.

Türk seçim hukuku, bir asrı fazlasıyla geride bırakmış evrim çizgisine rağmen oluşumunu henüz tamamlayabilmiş değildir.¹ Özel seçim kanunlarını da içeren bir “seçim kodu”nun yürürlüğe konamamış olması, siyaset kurumunun ortak kusurudur. Kezâ, Yüksek Seçim Kurulu’na yüksek yargı niteliği verilememesi ve seçim yargısının oluşturulamaması, aynı düzlemde değerlendirilmelidir.²

* Av., Ankara Barosu, TBMM Adalet Komisyonu Başkanı.

¹ Tuncer, Erol, *Osmanlı’dan Günümüze Seçimler (1877-2002)*, Genişletilmiş 2. baskı, Ankara 2003; Erdem, Tarhan, *Anayasalar ve Seçim Kanunları (1876-1982)*, İst. 1982; Karakoç, Serkis, *Küliyat-ı Kavanin*, Kavanin ve nizamet ve ferami ve berevat ve iradat-ı saniyye ile mukavelat ve Umuma Ait Mukavelat (50 cilt. 5 cildi alfabetik, 5 cildi kronolojik fihrist. Bu kıymetli eser, Türk Tarih Kurumu’nun özel mekanında yayınlanmamış olarak saklanmaktadır.)

² Ünlü, Ahmet Hamdi, Yüksek Seçim Kurulunun Niteliği Üzerine, *Danıştay Dergisi*, 2003, S. 105. s. 1 vd.; Gönenç, Levent, *Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, Ank. 2008; İyimaya, Ahmet, *Siyaset Hukuku Sorunları*, Ank. 2007, s. 447. dn. 14 (Örnek Olay Yöntemiyle Seçim Hukuku ve Seçim Yargısı Yaklaşımı) Anayasa Mahkemesinin 18.2.1992 t, 12/7-E/K. sayılı kararı.

Anayasa'nın 67. maddesinin son fıkrasında yer alan "Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz" hükmü, 2001 Anayasa reformunda gerçekleştirilmiş bir rasyonelleştirme kuralıdır.³

İncelememizde bu kuralın seçim hukuku bağlamında kapsamı ortaya konacaktır. Kuralın "Halkoylaması (referandum) hukuku yönünden bağlayıcı bir değeri var mıdır?" sorusuna yine kural projesi ve hukuk ek-seni içinde cevap aranacaktır. Doğuş sürecinde, kurucu iktidar yetkisini kullanma fırsatına kavuşmuş bir hukukçu olarak; kuralın katmanlarını, bileşkesini ve onu var eden ruhunu şahadet delilinin kurumsal zaafı ve objektif titizlik içinde hukuk yazınına sunabilmek pek kolay gelmiyor. Şu günlerde, aynı kuralın referandum hukukunda da geçerli olacağı yorumunun, olası bir referandum ve bu konuda yapılan kanun değişikliği sebebiyle siyasetin konjonktürel hararetinde dillendirilmesi, bu zorluğu daha da artırmaktadır.

Hukuk normu ve normların oluşturduğu hukuk düzeni, kuşkusuz, değerli ve fakat normatif etkisi olmayan (kapsam alanı dışında kalan) görüş, yorum ve değerlendirmeleri ayırt edebilecek organik bir merceğe daima sahiptir. Yeter ki kullanmasını bilelim. Hukukçunun bu bağlamda ahlaki ödevi, lafız iskeletinin çerçevelediği anlam okyanusunun dışına çıkmamasıdır. Normu tahrif etmemesidir. Ne güzel sözdür: "Kurula karşı boynum bükük, beynim diktir. Kötü kuralı değiştirmek için beynimi, ona uymak için boynumu kullanırım."

II. UYGULANAMAZLIK KURALINA YAKIN BAKIŞ

Anayasa'nın 67. maddesinin son fıkrası, aynen şöyledir: "Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz."

Hüküm; genel, soyut ve sürekli bir hukuk normu niteliğindedir. Dil yapısı bakımından da oldukça başarılı bir kurgu özelliği göstermektedir. Ancak düzenleme konusu olan hukukun yani seçim huku-

³ 2001 Anayasa reformu hazırlığı için kurulan Partilerarası Uzlaşma Komisyonu'nda üretilen bu kural, fikir olarak tarafımdan ortaya atılmıştır. Mukayeseli hukukta işlevsel denklik kapsamında karşılık teşkil eden bu tür bir model var mıdır, bilemiyorum.

kunun dinamik karakteri ve alanın birden fazla yasayla düzenlenmiş olması, kuralın uygulanması bakımından ciddi sorunların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bu itibarla soruna, normun doğuş sürecini de kapsayacak bir bağlamda ve bilim ekseninde yaklaşılması, çözüm yolunda ufuk açıcı olacaktır.

1. Normun Ortaya Çıkış Süreci (Yasama Belgelerinin Ortaya Konuluşu)

Kural, 2001 yılında gerçekleştirilen Anayasa Reformu için oluşturulan, bütün partilerin eşit sayıda temsil edildiği uzlaşma komisyonunda üretilmiştir. Komisyon tutanakları, kuralın kurgu dilini, konuluş amacını ortaya çıkarmak açısından önemlidir.

a. Uzlaşma Komisyonu Aşamaları

Uzlaşma Komisyonu'nda tutanak tutulmuş olmasına rağmen arşivde korunmamış olduğu hayretle müşahade edilmiştir. Anayasa Komisyonu'nun titiz ve deneyimli uzmanının elinde bulundurduğu koleksiyonda görüşmelerin tamamıyla kayda intikal etmediği görülmektedir.⁴ Bu tutanaklardan elde olanları ve Anayasa Komisyonu tutanakları, normun konuluş amacını açıkça ortaya çıkarmaktadır.

Komisyon, alt komisyon oluşturmuş,⁵ Prof. Erdoğan Teziç, Prof. Ergun Özbudun gibi değerli anayasa hukukçularını davet ederek görüşlerinden istifade etmiştir. Maalesef bu alt komisyon çalışmalarında tutanak tutulmamıştır.

⁴ Anayasa Komisyonu uzmanı Nurel Uğural'a tarihe karşı göstermiş olduğu sorumluluk özeni sebebiyle teşekkür etmeye mecburuz.

⁵ Uzlaşma Komisyonu üyelerinin adları şöyledir: "Yüksel Yalova (Aydın), Ali Günay (Hatay), Tayfun İçli (Ankara), İsmail Köse (Erzurum), Mehmet Nacar (Kilis), Turhan Tayan (Bursa), Bülent Akarcalı (İstanbul), Ahmet İyimaya (Amasya), Ali Naci Tuncer (Trabzon), Ertuğrul Yalçınbayır (Bursa), İsmail Alptekin (Bolu), Mustafa Kamalak (Kahramanmaraş), Şeref Malkoç (Trabzon)." Süreç içinde üyeler değişmiştir: Örneğin, Nejat Arseven (Ankara), Turhan Tayan (Bursa) gibi. -Alt-komisyon üyeleri: "Sadık Kırbaş (Çanakkale), Ahmet İyimaya (Amasya), Sadık Yakut (Kayseri), Mehmet Ali Şahin (İstanbul), Ertuğrul Yalçınbayır (Bursa)" isimlerinden oluşmuştur. (Uzlaşma Kom. Tutanağı. 26.1.2000 t. oturum saati: 11.30)

Tespit olunduğu ve yansıtıldığı kadarıyla “uygulanamazlık” ilkesi konusundaki tutanak pasajları şöyledir:

“KOMİSYON RAPORTÖRÜ- Bir de efendim, temsilde adalet yönetiminde istikrar ilkeleri, soyut ilkeler kalktı.

MEHMET ALİ ŞAHİN (İstanbul)- Kalktı, yani yasama organının seçim kanunlarını yaparken biraz daha rahat hareket etme imkânı doğmuş oldu ve bir de en önemli siyasi partilerin oyunun kurallarıyla oynanmasına, yani oyunun kurallarının Mecliste çoğunluğu bulunan siyasi iktidarlarca sık sık önüne geçilmiş oldu bir noktada. Çünkü bu geçmişte çok yaşanmıştı.

MEHMET NACAR (Kilis)- 1987,1991,1995...

TURHAN TAYAN (Bursa)- Eğer siyasi iktidarlar, iki yıl bir gün öncesinden yasayı değiştirmek durumundalar. [Bu anlatım taslağın başlangıçtaki biçiminin, değişiklik ile seçim arasında iki yıllık süreyi öngördüğünü göstermektedir].

ALİ NACİ TUNCER (Trabzon)- İki yıl daha garantimiz var, seçime gidemeyecekler.

MEHMET NACAR (Kilis)- Hayır, seçime gidemeyecekler değil.

ALİ NACİ TUNCER (Trabzon)- Kullanamayacağı şeyi niye değiştirsin?

TURHAN TAYAN (Bursa)- Bu şunu sağlayacak. İktidarlara seçime bir kala seçim yasasında değişiklik yapmak yerine, seçimden sonra daha objektif, daha net bir yaklaşımla seçim yasasını ele almayı gerektirecek. Bir de Anayasa Mahkemesinin...

ALİ NACİ TUNCER (Trabzon)- Bir yıl diyelim. İki yıl çok. Bir yıl diyelim.

TURHAN TAYAN (Bursa)- Tartışılabilir.

Zaten, bu konuda yine Anayasa Komisyonuna geldiğinde orada biraz tartışırız, sanıyorum o zaman bir şeyler olur... Değişebilir veya değişmez; ama bu temsilde adalet, yönetimde istikrar konusu Anayasa Mahkemesinin de çok zorlandığı bir konu; yani bunu ölçmek, bunun takdirini yapmak, tercihte bulunmak fevkalade zor. Ne miktarda adalet, ne miktarda istikrar? Birbirlerine hangisini tercih edeceğiz.

AHMET İYİMAYA (Amasya)- Burada iki tane temel ilke geliyor, bunu açayım.

Şu anda, bir defa dünyanın hiçbir anayasasında, seçim sistemi modelini öngören bir hüküm yok, hiçbir anayasasında. Biz, böyle bir ilkeyi seçim kanunlarında öngörebiliriz, anayasaya koyduğumuz zaman ne yapıyoruz. Gelişmiş ülkeler bakımından bir problem doğurmayabilir; ama, ekonomik olarak, demokratik standart olarak gelişmemiş ülkeler, özellikle parçalı siyaset yapan ülkeler seçim modellerinde yasalarla oynama yoluyla siyasal istikrarı ve parçalamayı önlemeyi sağlıyorlar. Burada temsilde adalet, yönetimde istikrar. Bu ateşle barut; hangi seçim sistemini benimserseniz benimseyin, mutlak şekilde Anayasa Mahkemesi bunu iptal etmek zorunda kalacak. Yani yüz seçenekten iki seçenek yoktur ki, bu kriteri aşarak Anayasa Mahkemesi istemeye istemeye iptal ederek, çift turlu seçim diyoruz sizin formülünüz, bizim formülümüz mümkün değil. Çift turlu seçim temsilde adaleti giyotinle ikinci turda yok ediyor. Diyelim ki, yönetimde istikrar diyelim. Yine yönetimde istikrarı parçalı, işte aşağıya indiriyorsunuz, barajı indirip yüzde 5 diyeceksiniz, yarın yüzde 5 diyeceksiniz, arkadaşım bu yönetimde istikrara aykırı diyeceğiz, gideceğiz.” (Uyum Komisyonu Tutanağı, 5.6.2001 t, saat: 14.30-15.00, s. 54-55).

Bu tutanak metninde görüldüğü gibi; konuşma sırası bana gelince, konuşmanın başında iki ilkeye değineceğimi söylüyorum. Birincisi *“temsilde adalet ve yönetimde istikrar”* ilkesi -ki kaldırılıyor- ikincisi yeni getirilmekte olan *“uygulanamazlık ilkesi”*. Konuşmanın bu ilkeye ilişkin bölümü kayda geçmemiş. Ayrıca çok uzun süre alan bu konudaki tartışmalardan önemli bir bölümünün de aynı şekilde tutanağa geçmemiş olduğunu müsâhade ediyorum (Kayıt cihazı arıza mı yaptı?).

Mamafih Anayasa Komisyonu aşamasındaki tartışmalar, ayrıntılı biçimde (olduğu gibi) tutanağa geçmiştir.

Uzlaşma Komisyonu'nun Anayasa'da gerçekleştirdiği değişiklik taslağı aynen şöyledir: *“Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 67 nci maddesinin beşinci fıkrasına “... askeri öğrenciler” ibaresinden sonra gelmek üzere “taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç” ibaresi eklenmiş, mevcut son fıkrası yürürlükten kaldırılmış ve maddeye aşağıdaki son fıkra eklenmiştir.*

“Seçime bir yıldan daha az süre kaldığı zaman içinde seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, izleyen seçimden sonra yürürlüğe girer.””

Bu taslağın gerekçesi ise şöyledir: *“Temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkeleri bağdaştırılması son derece zor olan ilkelerdir. Ayrıca oldukça soyut olan bu ilkeler seçim kanunlarında köklü değişiklikler yapılması yolun-*

da bir engel oluşturmaktadır. Bu nedenle kaldırılmasının uygun olacağı düşünülmüştür. Yeni eklenen bir fıkra ile konjonktürel değişikliklerle seçim kanunları açısından yer verilmemesi amaçlanmıştır." (Son cümle, "seçim kanunlarında konjonktürel değişikliklere yer verilmemesi amaçlanmıştır" biçiminde olacaktır. Nitekim, bu gerekçe, teklifte bu formatta düzeltilmiştir).

b. Anayasa Komisyonu Aşaması

Uzlaşma komisyonu metni, uzlaşmanın gereği olarak teklife dönüştürülmüştür. Bülent Ecevit ve 288 milletvekili tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne verilen Anayasa değişikliği teklifinde bu metin aynen yer almıştır (Bkz. 21. Dönem, 3. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 737, s.11-15). Anayasa değişikliği teklifi metni aynen şöyledir:

"MADDE 24.- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 67 nci maddesinin beşinci fıkrasına "...askeri öğrenciler" ibaresinden sonra gelmek üzere "tak-sirli suçlardan hüküm giyenler hariç" ibaresi eklenmiş, mevcut son fıkrası yürürlükten kaldırılmış ve maddeye aşağıdaki son fıkra eklenmiştir.

"Seçime bir yıldan daha az süre kaldığı zaman içinde seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, izleyen seçimden sonra yürürlüğe girer.""

Teklifin gerekçesi, "Temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkeleri, bağdaştırılması son derece zor olan ilkelerdir. Ayrıca oldukça soyut olan bu ilkeler seçim kanunlarında köklü değişiklikler yapılması yolunda bir engel oluşturmaktadır. Bu nedenle kaldırılmasının uygun olacağı düşünülmüştür. Yeni eklenen bir fıkra ile konjonktürel değişikliklere seçim kanunları açısından yer verilmemesi amaçlanmıştır." biçimindedir (21. Dönem, Sıra Sayısı: 737, s. 5-15). Esasen bu gerekçe, Uzlaşma Komisyonu metninde yer alan gerekçedir.

Uzlaşma Komisyonu'nda yer alan üyelerin neredeyse tamamı Anayasa Komisyonu üyesidir. Anayasa Komisyonu müzakerelerinde, Uzlaşma Komisyonu'na hakim olan düşünce ve amaçlar rahatlıkla gözlenebilmektedir. Uzlaşma Komisyonu tarafından yürürlükteki metinden çıkarılan "temsilde adalet/yönetimde istikrar (m. 67/son)" hükümünün Anayasa Komisyonu'nda yürürlükteki şekliyle korunması tartışması öne geçtiğinden, uygulanamazlık kuralına gerektiği kadar zaman ayrılamamıştır.

Uygulanamazlık kuralı ile ilgili olarak, tutanağa geçen beyanlar şöyledir:

“MUSTAFA VERKAYA (İstanbul)- Değerli Başkanım, burada seçime bir yıldan daha az süre kaldığı zaman içinde seçim kanunlarında yapılan değişiklikler izleyen seçimden sonra yürürlüğe girer diyoruz.

Şimdi, daha önceki tatbikatlardan kamuoyunda da çok tartışılan bir konu vardı, önümüzde bir seçim var, partimizin durumunu gözden geçiriyoruz ve diyoruz ki, öyle bir seçim yasası ortaya koyalım ki, bizim partimizin seçimlerde menfaatine uygun olsun. Dolayısıyla, seçim yasalarımızı seçim kanunlarımızı çok değiştire değiştire çok farklı bir noktaya gelmiş olduk, geçmiş dönem için söylüyorum.

Şimdi, bir yıldan daha az bir süre ifadesi, peki birbuçuk yıl ise 13 ay ise ne olacak, yine değiştireceğiz, bu bizim işimize yarayacak diye değiştireceğiz. Bunu hangi süre olursa olsun mutlaka yasa çıktıktan sonra takip eden seçime uygulanmasın diyelim. Dolayısıyla, seçim yasalarındaki değişiklikler yasa çıkarmaya gücü yeten iktidarların elinde oyuncak olmaktan çıkarılmalıdır diye düşünüyorum.” (Anayasa Komisyonu Tutanağı, 20.09.2001, saat: 14.30, s. 6).

“AHMET İYİMİYA (Amasya)- Sayın Başkanım, sabahleyin Uzlaşma Komisyonunun metni üzerinde gösterdiğiniz hassasiyeti aynı şekilde göstermenizi rica ediyorum. 38 inci maddede gösterdiğiniz kaygıyı burada tekrar etmenizi diliyorum.

BAŞKAN- Gayet tabii. İlkemiz, baştan sona hakim olacaktır.

Değerli arkadaşlar, üç husus var; bir tanesi, infaz kurumlarındaki oy kullanma meselesi. O konuda sanıyorum, bir görüş birliğine vardık. Bir düzenleme, bir düzeltme yapılacaktır.

İkincisi seçim yasalarında yapılacak değişikliğin uygulama zaman ve dönemiyle ilgili, burada bir fıkra var. Bu fıkranın tekrar düzenlenmesini yapılacak ilk seçimde kullanılmaması gibi.

Bir üçüncü husus da, Uzlaşma Komisyonunda çıkarılan temsilde adalet yönetiminde istikrar fıkрасının muhafazasını isteyen bir görüş var; bu üç hususu uzlaştırmamız lazım.

MEHMET ALİ ŞAHİN (İstanbul)- Uzlaştık da geldik Sayın Başkan.

AHMET İYİMAYA (Amasya)- *Veya oy sonucu ortaya çıkmış da, oy sonucu çıkmadı gibi davranmak...*

BAŞKAN – *Açıklamadık yalnız, tebliğ etmedik, tebşir etmedik.*

Bir ara ihtiyacımız var mı? (“Yok” sesleri)

Bize intikal eden teklifi oylayacağım.

Buyurun Sayın Bakan.” (Anayasa Komisyonu Tutanağı, 20.09.2001, saat: 15.00, s.1).

“MEHMET NACAR (Kilis)- ... Seçim Kanunlarının yürürlüğe giriş tarihiyle ilgili o fıkranın daha bir teknik düzenlemeyle seçim kanunlarında yapılan değişiklikler yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlere uygulanmaz şeklinde düzeltilmesini öneriyoruz (Anayasa Komisyonu Tutanağı, 20.09.2001, saat: 14.30, s.1)”.

“AHMET İYİMAYA (Amasya)- ... Değerli başkanım, biz liderler gezisinde de Uzlaşma Komisyonu olarak... daha sonraki demeç ve söylemlerimizde de sarıh şekilde ifade ettik. Gerçekten burada bir reform maddesi var, o da seçim alanındaki reform hükümlerinin en erken bir yıl içerisinde yani bir yıl içerisinde yapılan seçimlerde uygulanamazlığı yönündeki kuraldır. Bu böyle formüle edilir, öyle formüle edilir, mesele değil. ...” (Aynı tutanak).

“BAŞKAN- Arkadaşlar, bu “seçime bir yıldan daha az bir süre kaldığı zaman içinde seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, izleyen seçimden sonra yürürlüğe girer.” Bu kanunun yeniden redakte edilmesi için ben ...

MEHMET NACAR (Kilis)- ve bunun “seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz” şeklinde redakte edilmesi hususunu ifade etmek istedim.

BAŞKAN- Bu ifadede mutabık mısınız Sayın İyimaya?

AHMET İYİMAYA (Amasya)- “Bir yıldan sonra yapılacak seçimlerde uygulanır” daha doğru...

Başkanım, burada mutlaka süre koymamız lazım. Çünkü altı ayda, yedi ayda iki seçimi yaşayabilir, Türkiye. Burada mutlaka kriteri süre olarak koymamız lazım. Bu bir yıl soğuma süresidir. Yani bir yıl sonraki seçim için kişiler aktörler, partiler soğukkanlı uzlaşma yaparlar. İki yıl, üç yıl diyebilirsiniz buna, onu izleyen seçim diyemezsiniz... Bir yıl olur, iki yıl olur ne kadar fazla olursa bizim için o kadar iyi olur, kabulümüzdür...

MUSTAFA KAMALAK (KAHRAMANMARAŞ)- Değerli başkanım, bunun doğru Türkçesi, “seçim kanunları yayımlandıkları tarihten bir yıl sonra yürürlüğe girer” dir. Seçim kanunları hem yürürlükte olup hem uygulanmaz diyemeyiz. Bir Kanun Resmi Gazetede yayımlanacak, yürürlüğe girecek hem de uygulanmayacak?”

[Bu bölümdeki anlatımlar, bir yıllık süre içinde eski kuralın uygulanacağını, o süre için oyun kurallarının korunmasını, –her nasılsa yapılan– değişikliğe uygulama etkisinin tanınmamasını öngörmektedir].

“BAŞKAN- Geçici maddelerle bunları yapabiliyorsunuz da maddenin esasında ifade ederek niye yapamıyorsunuz. Farzedin ki uygulanmaz değil, uygulanır yapıp, ondan sonra bir geçici maddeyle şu madde şu tarihten itibaren yürürlüğe girer deyip formüle edebiliyorsunuz da bu şekilde niye edemiyorsunuz? ! Bence mahsuru yok.

AHMET İYİMAYA (Amasya)- Başkanım, teferruat bunlar.

ŞEREF MALKOÇ (Trabzon)- Sayın Başkan, değerli arkadaşlar öyle zannediyorum ki, bir yıl konusunda kimsenin ihtilafı yok. Bunda mutabakatımız var. Ancak ifade biçiminde arkadaşların değişik teklifleri var...

BAŞKAN- Onu hallettik Sayın Malkoç. Şimdi esas konu son fıkra 67’de korunacak mı çıkarılacak mı? (temsilde adalet fıkrası) uzlaşma komisyonu, çıkarılması istikametinde rapor yazdım ve Türkiye Büyük Millet Meclisine böyle havale edildi. Şimdi burada aksi yönde bir öneri var, komisyonu aşağı yukarı önemli ölçüde bölünmüş görüyorum.

MEHMET ALİ ŞAHİN (İstanbul)- Sayın Başkan niye tıkaandık?

BAŞKAN- Efendim, uzlaşa arıyoruz.

MEHMET ALİ ŞAHİN (İstanbul)- Böyle uzlaşa olur mu?

BAŞKAN- 5 dakika ara veriyorum

BAŞKAN- Değerli arkadaşlarım 24 üncü maddenin, yani Anayasamızın 67 inci maddesiyle ilgili değişiklik teklifinin müzakeresi sırasında, arkadaşlar arasında ortaya çıkan derin görüş ayrılıklarını bir yere toplayabilmek için verdiğimiz ara tamamlanmıştır; arkadaşlarımız arasında tam bir mutabakat sağlanamamıştır. Ancak, bu maddenin de sonuca vardırılması lazım. Şimdi, yazılı teklifin dışında vaki öneriyi okuyacağım ve oylayacağım. Eğer, kabul görmezse, yazılı teklifi okuyup onu oylayacağım.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 67 nci maddesinin beşinci fıkrasına "askeri öğrenciler" ibaresinden sonra gelmek üzere "taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç" ibaresi eklenmiş "ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde" ibaresinden sonra gelen "bulunan tutukluların seçme haklarını kullanmalarında" ibaresi "oy kullanması ve" şeklinde değiştirilmiş, maddeye aşağıdaki son fıkra eklenmiştir:

"Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz."

Bu şekliyle maddeyi oylarınıza sunuyorum: Kabul eden arkadaşlar... Kabul etmeyenler... Karar yetersayısı var; kabul edilmiştir" (Aynı tutanak).

Anayasa Komisyonu'nda metin, şu anda yürürlükte olduğu şekliyle oluşmuştur. Komisyon raporundaki madde gerekçesi "...Ayrıca maddeye eklenen son fıkra yazım tekniğine uygun hale getirilmiştir" biçimindedir (21.09.2001 tarihli Anayasa Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 737). Madde, komisyonda oy çokluğuyla kabul edilmiştir. [Bu anlam, Uzlaşma Komisyonundaki anlam/ muhteva örgüsünün korunduğunu göstermektedir.]

c. Genel Kurul Aşaması

Genel Kurul aşamasında, teklifin geneli ve madde üzerindeki görüşmelerde biri hariç hiçbir sözcü tarafından, uygulanamazlık kuralına değinilmemiştir. Bu görüşmelerde parti sözcüsü olarak benim değindiğim hususlar, geneli üzerinde konuşmada reform projesinin temel hedefleri ve madde bazında ise "*temsilde adalet/yönetimde istikrar*" ilkesinin Anayasa metninden çıkarılması konusunda olmuştur.⁶

⁶ TBMM TD, D: 21, Yasama Yılı 3, B. 134, 2001, C. 70. s. 240-241. "Temsilde adalet ve yönetimde istikrar" ilkesinin, doğru olmakla birlikte norma dönüştürülmesinin literatürde ortaya konduğu üzere Anayasa düzeyinde bir normda yer alması gerektiği konusu, uygulanamazlık tartışmasının önüne geçmiştir. Uzlaşma Komisyonu'nda proje değiştirilince, tartışmanın ibresi o yöne kaymıştır. Bu itibarla uygulanamazlık ilkesine, iç hukukun sınırlamaları (İçtüzükteki süre kısıtı) nedeniyle gerektiği kadar değinilememiştir. Genel Kurul'da, madde üzerinde yaptığım konuşma şöyledir:

"Değerli Başkan, muhterem Parlatentonun değerli üyeleri; sözlerimin başında hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Yeniden düzenlediğimiz ve değiştirdiğimiz madde, devletin, ülkenin sorunlarında karar verecek kişileri belirleme yöntemlerini düzenleyen bir maddeydi. Türk

Madde görüşmelerinde kurala değinen tek sözcü, SP Grubu adına Ahmet Sünnetçioğlu olmuştur. Kuralın doğuş nedenine de atıf yapan konuşma şöyledir:

“...Ayrıca, seçime bir yıldan az bir süre kala seçim kanunlarında yapılan değişikliklerin, izleyen seçimlerden sonra yürürlüğe girmesi öneriliyor. Bu da, çoğunluğun kendine uygun kurallarla seçime on gün kala yaptığı değişikliklerle seçime gitmesini önleyen önemli bir husus. Gerçekten, bir dizüstü bilgisayarıyla iller ve seçim bölgeleri üzerinde yapılan ince hesaplamalar neticesinde, aldığı oy oranından çok daha yukarıda oranlarda Mecliste milletvekili oranlarına sahip olmuş olan siyasi partiler gördük. Örneğin; Anavatan Partisi, 1983 seçimlerinde yüzde 45,1 oy alarak, 400 üyeli Parlamentoda

seçim sistemini milletin iradesi ile seçilmişlerin iradesini bütünleştirecek ve bağdaştıracak şekilde reform konusu kılabilmenin önşartı da, bu maddeyi doğru düzenlemektir. Gerçekten, Partilerarası Uzlaşma Komisyonu, sorunu doğru okuyarak, maddedeki “temsilde adalet ve yönetimde istikrar” kuralını hükümden çıkarmıştı. Derinlikli bir inceleme yapmadan, Anayasa Komisyonunda bu hüküm metinden çıkarıldı ve şu andaki Anayasa hükmü sürdürülüyor.

Değerli arkadaşlar, Türk Milletinin, Türk siyasetinin, Türk Parlamentosunun parçalı siyasetten kurtuluşunun ön şartı, Anayasasından “temsilde adalet ve yönetimde istikrar” hükmünü çıkarmasıdır.

1- Böyle bir hüküm, dünyanın hiçbir anayasasında yoktur.

2- Böyle bir hüküm var iken, Parlamentonun, yönetimde istikrarı ve temsilde adaleti bağdaştıran bir kanun yapması fiziken mümkün değildir, maddeten mümkün değildir, hukuken mümkün değildir ve Anayasa Mahkemesi, çıkaracağınız her reformu istemeye istemeye, mecburen iptal edecektir. Zaten, Anayasa Mahkemesi -kararlar okunursa görülecektir- 1995'ten bu yana bu sıkıntısını dile getirmekte, bütün bilim adamları -isimlerini saymama gerek yok- bu maddenin Türk siyasal istikrarına da, temsil adaletine de dinamit koyan bir madde olduğunu ittifakla belirtmektedir.

Gerçekten, Anayasa Komisyonunda bir haklı kaygı dile getirildi, o da “yarın, üniter devlet bakımından bir sorun yaşayabilir miyiz?” şeklindeydi. Hukukta meşhur bir kaide vardır; bir meseleyi çözerken, ihtiyacı aşan derecede hüküm koyarsanız, elinizi kolunuzu bağlarsınız. Başka bir deyişle, çözümler ve hükümler, ihtiyaç miktarında ve mikyasında muteber olabilir. O zaman, ulusal barajı siz, üniter devletin doğal bir şartı olarak Anayasaya ithal edebilirsiniz, koyabilirsiniz; ama, iki zıddı, bir Anayasa retoriği içerisinde yan yana getirerek, millî iradeyi sakatlayan, bağlayan veya parçalı siyaseti kader haline getiren bir hüküm olarak tanzim etmemek gerekir.

Anayasa Komisyonu Başkanımдан istirham ediyorum; 10-15 dakika, 20 dakika ara verilmeli “temsilde adalet, yönetimde istikrar” kuralı, ibaresi çıkarılmalı; yani, Uzlaşma Komisyonu metnine döndürülmeli; eğer millî ihtiyaç ise, hangi baraj ise o baraj -aynen 2 nci maddede olduğu gibi-anayasal kayıt olarak derpiş edilmeli.” (TBMM TD, D: 21, Yasama Yılı 3, B. 134, 2001, C. 70. s. 240-241).

211 milletvekilliği kazanıp, Parlamentonun yüzde 52'sine sahip olurken, aynı Anavatan Partisi, Seçim Kanununda yapılan değişikliklerle, 1987 seçimlerinde yapılan değişikliklerle, oyların yüzde 36,3'ünü alıp, 450 üyeli Parlamento da 292 milletvekilliği kazanarak, Parlamentonun yüzde 60,5'ine sahip olabilmiştir. Bu değerlendirmeleri iller bazında da yaparsanız, çok daha çarpıcı sonuçların ortaya çıktığını göreceksiniz.

Her şeye rağmen, yeni kurulan partilerin sandık kurullarında temsil edilebilmesi gibi, bütün partilerin destekleyeceği olası bir değişiklik için "Meclisin üçte 2 veya beşte 3 çoğunluğuna dayanılarak çıkarılan seçim değişiklikleri, yapılan seçim değişiklikleri hariç" şeklinde bir madde getirilebilirdi." (TBMM TD, D: 21, Yasama Yılı 3, B. 134, 2001, C. 70).

Genel Kurul'da sözcülerin uygulanamazlık kuralı üzerinde değerlendirme yapmamalarının temel nedeni, yazım tarzında olamasa da, kuralın amaçları doğrultusunda bir mutabakatın teşekkül etmiş olmasıdır.

Genel Kurul, Anayasa Komisyonu'nun kabul ettiği metni aynen benimsemiştir.

d. Genel Kuruldan Sonraki Aşama

Genel Kurul tarafından kabul edilen metin, Cumhurbaşkanınca bir daha görüşülmek üzere geri gönderilmeksizin *Resim Gazete'*de yayımlanmıştır (Any. m. 89, 104). Kural, ihtiyari halkoylamasına (Any. m. 175) başvurulamadığından yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

2. Normun Konuluş Amacı (Ratio Legis)

Normun konuluş amacı, kuralın doğru anlamının ortaya çıkarılması ve kurala hakim modelin teşhisi bakımından özel önem taşımaktadır. Bu amacın tespitinde, yasama/kurucu iktidar belgelerinin işlevi açıktır. Bu bağlamda şunlar söylenebilir:

a. Yasama yetkisini elinde bulunduran erk ve hatta egemen çoğunluk, izleyen seçimlerde kendi lehine sonuç doğuracak yasa modellemesinde bulunabilir. Özellikle seçim dönemine yaklaşılana zamanda

-süreçte- yükselen hararet, kendi yararına modelleme niyetlerini doğruya çıkarabilir. Bu riski önleyebilecek nitelikte ve seçim kanunlarının serin zamanlarda ve uzlaşma ekseninde yapımını mümkün kılacak bir anayasa normu öngörülebilir mi sorusu, üzerinde durduğumuz model ürettirmiştir. Amaç, seçim rekabetini yönetecek kurallarda kendine yontma yöntemini önlemek ve adalet ilkesini yaşama geçirmek olmuştur.

Uzlaşma Komisyonu öncesinde tarafımdan geliştirilen modele göre:

- Bir seçim döneminde üretilen seçim kanunu hükmü, aynı dönemde uygulanmayacak/yürürlüğe girmeyecektir. Tersine söyleyişle izleyen dönemde ancak uygulanabilecek/o dönemde yürürlüğe girecektir.

- Kanunun üretildiği seçim döneminin sonu ile izleyen seçim dönemi arasında iki yıldan daha az süre olması (dönem sonu, erken seçim gibi) halinde, yasa iki yıl sonra uygulanabilecek/yürürlüğe girecektir (Uzlaşma Komisyonu Başkanı ve kimi sözcüler, konuşmalarında bu iki yıla işaret etmektedirler. (Bkz. Bu yazımın "Uzlaşma Komisyonu" aşaması Böl. II, 1-a).

Önerdiğim modelde hakim çoğunluk, izleyen seçimde uygulanmayacak normun üretiminde daha rasyonel ve adil davranabilecektir. Türkiye gibi seçmen mobilizasyonu yüksek toplumlarda daha sonraki seçimlerin sonuçları kestirilemeyeceğinden, hakim çoğunluğun seçim döneminden çok önce (serin zamanlarda) adil kural üretme eğilimi yoğunlaşabilecektir.

Uzlaşma Komisyonu ve Anayasa Komisyonu, bu amacın gerçekleşmesine hizmet edecek daha esnek, daha ılımlı ve amaca daha az elverişli bir formülasyonu benimsemiştir.

b. Modellemenin her iki türünde hakim olan kurucu öge "öngörülen sürede gerçekleşen seçimlerde yeni kuralın uygulanamayacağı, bu seçimlerde değiştirilmesi amaçlanan kuralların uygulanacağı (bir yıl içinde gerçekleşecek seçimler yönünden oyunun kurallarının korunması)"dır. Anayasa koyucu, değişiklikten itibaren bir yıl içinde gerçekleştirilecek seçimlerde, değişiklik öncesi var olan, operasyona uğrayan hukukun (kuralların) uygulanmasını amaçlamıştır. Anayasa koyucunun buradaki temel amacı, kötü de olsa mevcut seçim kuralının ve sisteminin, yenisinin uygulanmadığı sürede (1 yıl içinde yapılacak seçimlerde) uy-

gulanmasını sağlamaktır. *Anayasa koyucu, seçim hukukunda bilinçli boşluk üretmek veya seçimi ertelemek gibi bir amacın içinde olmamıştır, olmaz.* Esasen bu husus, komisyonlardaki müzakerelerde açıkça ortaya konmuş olmaktadır. Uzlaşma alt komisyonundaki gerekçe, Uzlaşma Komisyonu'ndaki madde taslağı, Anayasa değişikliği teklifindeki öneri metni, bu hususu teyit etmektedir. Ayrıca Anayasa Komisyonu aşamasındaki yeni redaksiyonun, önceki yapıyı değiştirmek yerine, müdahalenin "*yazım tekniğine*" dayalı olduğu, yine aynı raporda belirtilmektedir.

c. Norm, bağımsızların, partilerin ve parti adaylarının (aktörlerin) yarıştığı platform olan "*seçimlerle*" ilgilidir. Bu normun, seçim kanunları dışında kalan kanunlara, seçim dışında kalan katılım türlerine referans oluşturma, onları kapsamına alma gibi bir iddiası, işlevi ve amacı yoktur. Esasen normun lafzı ve taşıdığı eksen terimler: "*seçim kanunları*", "*seçimler*", bu amacı dil ve anlam dünyasında tereddütsüz biçimde yansıtmaktadır. Kurucu iktidar (Anayasa normunu oluşturma) sürecinin hiçbir aşamasında amacı aşan kapsam modellemesi öngörülmemiştir. Kural, yalnızca seçim kanunları (bir yıl içinde yapılacak seçimler) için geçerli olan bir referans normudur (Any. m. 11/2).

d. Genel Kurul'daki bir sözcünün açıkça ifade ettiği gibi modelin esin kaynağı, mühendis kökenli, hesâbî aklın özgün temsilcisi Merhum Özal dönemindeki seçmen iradesinin, kendi lehine daha fazla sandalyeye yansımaları mümkün kılacak sistem müdahaleleri olmuştur (Bkz. Ahmet Sünnetçioğlu'nun Genel Kuruldaki konuşması, -bu yazımızın II,1-c bölümü- TBMM TD, D:21, Yasama Yılı 3, B. 134, 2001, C. 70). (Türk seçim mevzuatının evriminde seçim kanunlarında yapılan değişikliklerin sayısı, dönem ve içerikleri yönlerinden yapılacak bir araştırma, demokrasi anatomimiz ve siyaset patolojisi bakımından ilginç sonuçları ortaya çıkarabilir).

e. "*Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz*" biçimindeki Anayasa normu (m. 67/7), amaç unsuru ve kural koymadaki primitif davranma pratiği gözetildiğinde bir rasyonelleştirme normudur. Seçmen iradesini özgül ağırlığına olabildiğince yakın biçimde sisteme yansıtmayı mümkün kılacak kurallar üretimi hedefi, nihai olarak demokrasiyi güçlendirme işlevini de görür.

3. Kuraldaki Yapı Kusurları

Yüzyıla yakın geleneğe rağmen başta Anayasa olmak üzere, yasa ve diğer kuralların ihdasında belli bir düzeyin kökleşmediği kesindir. Yasa koymayı sanat derecesine ulaştıracak ve bilimsel eksenine sisteme katacak bir yasama reformu için herhalde olağanüstü bir dönemin beklentisi içinde olamayız.(?!)⁷

İnceleme konusu normun yapı kusurları bakımından değerlendirilmesi halinde “amaç unsurunun aksine”, “geçer not” verilmesi imkansızdır. Hukuk normunun kalite kriterlerinden birisi de, “düzenleme alanını olabildiğince kapsamaması, dışsal alanı içermemesi ve yoruma en az başvurulmasını sağlayacak açıklıkta olması”dır. Bu yönüyle Türkiye, II. Meşrutiyet dönemi ile Cumhuriyetin ilk dönemi aydınlarının ve birikiminin gerisindedir. Türkçemizin zarafetini ve hukuk ilminin zarureti ni hukuk diline aktaramamak, çağdaş nesiller olarak hepimizin ortak kusurudur.⁸

a. Modellemede, *düzenleme alanının mahiyetinden yahut Anayasa Koyucunun tercihinden kaynaklanacak istisnalara yer verilmemiştir*. Bu noktada çalışma derinleştirilmeden ve bilimden de yararlanılmadan, amacı öne alan düzenleme anlayışı esas alınmıştır (Örneğin *seçme veya seçilme yaşını indirecek bir değişikliğin adil yarış amacıyla bağdaşmayan bir yanı düşünülebilir mi? Özgürlük alanını özne bağlamında genişletecek bu tür düzenlemenin bir yıl içinde gerçekleşecek seçimlerde uygulanamamasının mantığı olabilir mi?*). Bize göre Anayasa normunun özgürlük lehine yorumu ilkesi yoluyla da aynı sonuca varılabilir (Bkz. III/3. “Özgürlük lehine yorum yaklaşımı” bölümü). Bu ilkenin uyarlanması yoluyla mevcut metne değindiğimiz şekilde bir anlam kazandırılabilir.

⁷ İsviçre’de, aşağı yukarı bütün yasa projeleri için bir bilim adamı görevlendirilmekte, bazen yüzlerce sahifeyi bulan ayrıntılı rapor hazırlanmakta, bireysel norm modeli önerilmektedir. Cenevre Hukuk Fakültesi’nde “Yasama Teori ve Tekniği” dersi okutulmaktadır. Akyol, Şener Prof. Dr., *Medeni Hukuka Giriş*, İst. 2006, s. 236; Karayalçın, Yaşar Prof. Dr., *Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, Problem Çözme*, Ankara, s. 45-46, 137, Türkiye, ciddi bir yasama reformu ihtiyacı ile karşı karşıyadır. Meclis başkanlarımızın yasama reformu alanında esirgedikleri vizyon açığına işaret etmeliyiz.

⁸ Mevzuat bütümünde Ahmet Cevdet Paşa’ya yetişebilmiş bir norm inşasının tek örneğine şahsen rastlayamadım. Bu güne göre ağır olan, fakat o günün şartlarında muhteşem “o üslûb ve anlam terkibi”, bir başka hukuk lezzeti vermektedir.

b. Bir yıllık yasak süre içinde değişiklik öncesi hukukun uygulanacağı paradigmasının düzenlemenin mahiyetinden ve amaç unsurundan doğduğu kabulü ile yetinmek yerine, bu unsur normun lafız iskeletinde yer alabilirdi. Bu unsur gözetildiğinde, değişiklik teklifindeki modelleme ile Anayasa Komisyonundaki Kamalak ve İyimaya modellemeleri,⁹ yürürlükteki normun üstünde bir sarahati içermektedir. Ancak tutanaklara geçen hazırlayıcı kurucu irade metinlerinde bu husus açıkça anlaşıldıktan başka, Anayasa Komisyonu gerekçesindeki “yazım tekniği” kaydı da aynı sonucu doğurmaktadır. Belli ki bu komisyondaki müdahale, önceki aşamalarda geliştirilenin dışındı başka bir anlam üretmek yerine, önceki anlamını korumak amacına dönüktür. Düşülen “yazım tekniği” kaydının özgüllediği anlam da budur.

Uygulanma, uygulanmama, yürürlük ve yürürlükten kalkma unsurları gözetildiğinde normun “seçim kanunları, yayımlandıkları tarihten bir yıl sonra yürürlüğe girer” biçiminde modellenmesi daha uygun olurdu. “Seçim kanunu” kavramı “seçim kanunlarındaki değişiklik” kavramından daha geniştir. “Yürürlük” formatı, teorik ve pratik sorunlarını baştan önleyici kesinliktedir (Aslında bu modelleme, Anayasa Komisyonu’nda Kamalak tarafından önerilmiştir. Komisyonun öbür modellere yüklediği anlam ve tasarlanan amaç aynı doğrultuda olduğundan iktidar çoğunluğu tarafından önerilen model benimsenmiştir).

c. Gerekçe, önerinin ruhunu bütün yürürlük zamanlarına aktaran en güvenilir taşıyıcıdır. Maalesef 2001 Anayasa Reformu, nedenlerini burada anmaksızın denebilir ki, gerekçe fakirliğine özgün örnek oluşturacak bir paket görünümündedir. Ne Uzlaşma Alt Komisyonu ve Uzlaşma Komisyonu, ne teklif ve ne de Anayasa Komisyonu gerekçeleri üretilen normun önemiyle bağdaşan düzeyde değildir. Bu konuda sorumluluğu olan bir kişi olarak daha fazlasını yazmamayı yeğliyorum.

⁹ Kamalak Modeli, (Sayın Başkanım bunun doğru Türkçesi diyerek) “seçim kanunları, yayımlandıkları tarihten bir yıl sonra yürürlüğe girer”; İyimaya Modeli, “seçim kanunları, yayımlandıkları tarihten bir yıl sonra yapılacak seçimlerde uygulanır” biçimindedir. Komisyon aşamasında önerilen değişik formüllerin ve ortaya konan farklı anlatımların ortak amacı “MEVCUT OYUN KURALLARININ BU SÜRE İÇİNDE KORUNMASI, YÜRÜRLÜK ETKİSİNİN SÜRMESİDİR.” -Belli ki- komisyon, uygulanmama ile ilgâyı askıya alma hallerinin birleşmesi durumunu ifade edecek yapıyı keşfedememenin teorik sıkıntısı içindedir.

Normdaki yapı kusuru, uygulamacı için “zorluk” anlamına gelir. Bu zorluğun yorum yollarıyla aşılabilmesi halinde yasama organının müdahalesi, kaçınılmaz hale gelebilir.

Somut sorun bağlamında ortaya konan yapı kusurları, normun amacını gerçekleştirmeyi önleyecek ağırlıkta değildir. Hatta denebilir ki, açığa çıkarılan bu yapı kusurları, normun konuluş amacı doğrultusunda yorumunu haklılık temeline oturtacak argümanlar değerindedir.

4. Uygulanamazlık Kuralının Anlam ve Kapsamı (Kurala Yorum ve Yürürlük Hukuku Bağlamında Yaklaşım)

Kuralın normatif anlamının açığa çıkarılması için aşağıdaki soruların cevaplandırılması gerekir.

a. Bir Yıl İçinde Yapılacak Seçimlerde Uygulanamayan Yasa Değişikliği, Önceki Kuralı Yürürlükten Kaldırmakta mıdır?

aa. Hazırlık malzemeleri (Uzlaşma Komisyonu ve Anayasa Komisyonu tutanakları, taslak, teklif ve komisyon gerekçeleri) ve normun amacı, uygulanamayan değişikliğin yerine değiştirilmek istenen eski kuralın uygulanacağını ortaya koymaktadır.

bb. Anayasa hükmünde yer alan “değişiklik” kavramının parlamento hukukundaki yapısal anlamı da aynı sonucu doğurur. Parlamento hukuku yönünden “değişiklik”, genel olarak “değiştiren (muaddil) norm” ile o normu yürürlüğe koyan normun (yürürlük maddesinin) oluşturduğu bütünü ifade eder. Bu iki bağımlı unsurun yürürlük hukuku bakımından anlamı, “değişikliğin uygulanamayacağı süre ile sınırlı olarak”, ilgâ işlevini görememesidir. Başka deyişle, değiştiren normun önceki normu yürürlükten kaldırma işlevi, uygulanamama süresince askıdadır. Bu kavramlaştırma, zımnî ve sarîh ilgâ teorisine bir üçüncü kategori olarak “şarta bağlı askılı ilgâ” kavramını eklemektedir.¹⁰ İlga (yü-

¹⁰ İlga, yürürlük-uygulama ayırımı, uyuyan kanun ve benzeri kavramlar için, bkz. Teziç, Erdoğan Prof. Dr., *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, İst. 1972, s. 151, 152, 153 vd.; Daver, Bülent Prof. Dr., *Kanunla İlgili Maddeler*, SBF D, C. XVI,

rürlükten kalkma)nın askıya alınması, değişikliğin yürürlüğe girmesi tarihinden itibaren bir yıl içinde seçimlerin yapılması şartına bağlıdır. Askı, Anayasa'nın uygulanamazlık kuralının, Anayasa'nın 11. maddesinde öngörülen "üstün ve bağlayıcı norm" unsurunun somut olaya yataş şekilde yansıtılması (doğrudan etki) ilkesinin kaçınılmaz sonucudur. Değişikliğin yürürlüğe girme ve değiştirilene yürürlükten kaldırma işlevi, bir yıl içinde gerçekleşen seçim zamanı bakımından askıdadır. Bu askı, bir yılın tamamlanmasıyla kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Askının sona ermesiyle değiştirilen hükmün yürürlük gücü sona ermektedir. *Anayasa koyucu, uygulanamazlık blokajı uyguladığı herhalde, aksine bir hüküm sevk etmedikçe yahut sarih ilgâ metodunu benimsemedikçe veya bilinçli bir boşluk oluşturmayı istemedikçe önceki kuralın yürürlükte kaldığı sonucuna ulaşmak, "hukuk devleti ilkesinin" de kaçınılmaz bir gereğidir (Any. m. 2). Anayasa'nın 67. maddesi, belirtilen doğrultuda istisnai bir norm yahut hüküm kaydını içermemektedir.*

cc. Bütün bunlara rağmen -bir an için- değişikliğin ilgâ normu olarak benimsenmesi halinde dahi, seçim süreci, hukuk boşluğunu kaldırmaz. O durumda bir regülasyon kurumu olan Yüksek Seçim Kurulu, yasa koyucunun girişimine muhtaç olmaksızın, Anayasa'nın 79. maddesindeki yetkisini kullanarak boşluğu ilke kararları ile doldurur. Muhtemelen bu boşluk doldurma, yürürlükten kalktığı benimsenen normun ilke kararına dönüşümü yahut bir başka seçeneğin tercihi biçiminde olabilecektir (ayrıca bkz. 298 sayılı Kanun, m. 13/2'deki "prensiş/ilke kararı" regülasyonu).

b. "Uygulanamazlık" Normundan, Seçimin Ertelenmesi Yahut Bir Yıl İçinde Seçimin Yapılmaması Anlamı Çıkar mı?

Referandum vesilesiyle siyasal jargon ekseninde seslendirilen bu anlam, hiçbir şartta hukuki zemine oturtulamaz. Anayasa koyucu, milli iradenin dile geldiği seçim süreçlerinin taze/lehe hukukla bozulmasını önlemek istemektedir. Bunun yolu, kuralın askı döneminin

No: 4, s. 217-244; Gözler, Kemal Prof. Dr., *Hukuka Giriş*, Bursa 1998, s. 227 vd.; Işıktaş, Yasemin Dr., *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*, Ank. 1999, s. 34 vd.; Edis, Seyfullah, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ank. 1987, s. 168 vd.

sona ermesine kadar seçimlerin ertelenmesi değil, yeni kural olmaksızın seçimlerin gerçekleştirilmesidir. Nitekim Uzlaşma Komisyonu'nda konu tartışılmış, amacın seçimi ertelemek değil, bir yıl içinde yapılacak seçimlerde kuralın uygulanmaması olduğu belirtilmiştir (Mehmet Nacar anlatımı, bu incelemedeki Uzlaşma Komisyonu Aşaması böl. II/1-a. Aynı şekilde, Anayasa Komisyonu'ndaki M. Verkaya, A. İyimaya, M. Kamalak anlatımları ve diğerleri).

Savaş dışında hiçbir sebep, seçimleri ertelemenin maddi veya hukuki nedeni olamaz (Any. m. 78/1). Anayasa'nın "sağlıklı seçim" (m. 67/7) amacından "seçimi yapmama/geç yapma/erteleme" sonucunu çıkarabilmek için hususi bir yetenek gerekir. O seçenekte anayasada, "uygulanmaz" yerine, "seçimler bir yıl ertelenir" modellemesi yapıldı ki, bu, demokrasi komedisi olurdu.

c. Anayasa'nın 79. Maddesinin Son Fıkrası Hükümünün "Uygulanamazlık Kuralı" ile Bağlı Var mıdır?

Son günlerde halkoylaması hukuku bağlamında dillendirildiği şekliyle normatif bir bağın varlığından söz edilemez. Soruna ilişkin hukuk analizi, bu yazımın ilgili bölümünde ayrıca yapılacaktır (Bkz. Bu yazımın "II. Halkoylaması Hukuku Yaklaşımı" bölümü).

5. "Uygulanamazlık" Kuralına Giyotin

Seçim hukuku bakımından en temel rasyonelleştirme niteliğinde olan "uygulanamazlık" kuralı, Anayasa'ya konan geçici maddelerle dolanılmaktadır. Anayasa koyucu, 3.10.2001 t, 4709 sayılı ve 27.12.2002 t, 4777 sayılı Anayasa değişikliklerinde bu yöntemi uygulamıştır. 4777 sayılı değişiklikle eklenen geçici 1. madde ilginçtir:

"Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 67 nci maddesinin son fıkrası, Türkiye Büyük Millet Meclisinin 22 nci Dönemi içinde yapılacak ilk ara seçimde uygulanmaz."

67. maddenin mahiyetinden kaynaklanan ve seçilme hakkını genişleten hallerin normun kapsamı dışında kaldığı yorumuna gidilerek sorun çözülebilirdi. Her sorunda kurala müdahale yaklaşımı, kurumlaşmayı ve hukukun konsolidasyonunu önlemektedir. Ayrıca bu tür

girişimler, hukuka güveni ve anayasanın üstünlüğünü (Any. m. 11) örselemektedir. Esasen bu patolojik yaklaşımın antropolojik genlerimizde karşılığı vardır: “*Yok kanun, yap kanun(!) (Enver Paşa)*”.

III. UYGULANAMAZLIK NORMUNUN HALKOYLAMASI HUKUKUNA ETKİSİ (VAR MIDIR?)

Seçim kanunlarındaki değişikliğin bir yıl içinde yapılacak halkoylamasında da uygulanabileceği varsayım veya düzenlemesi, yürürlükteki hukukumuzda yoktur. Aynı yokluk, hukuk biliminin gerekleri yönünden de varittir. Tartışma, 23.5.1987 t. ve 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun’da, 3.3.2010 t. ve 5955 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik vesilesiyle başlatılmıştır.¹¹

¹¹ Sözü geçen kanun değişikliği aynen şöyledir:

“ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN HALKOYUNA SUNULMASI HAKKINDA KANUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA İLİŞKİN KANUN

Kanun No: 5955

Kabul Tarihi: 3/3/201

MADDE 1- 23/5/1987 tarihli ve 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanununun 2 nci maddesinde yer alan “yüzyirminci günden” ibaresi “altmışıncı günden”, 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “Kanununun 94 üncü maddesi uyarınca, yabancı ülkelerdeki vatandaşlar halkoylamasından 40 gün” ibaresi “Kanun uyarınca yabancı ülkelerdeki vatandaşlar halkoylamasından **“yirmi gün”** olarak değiştirilmiştir.

MADDE 2- Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3- Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.”(3.3.2010 t. 5955 sayılı Yasa, RG, 9.03.2010 t., 27516 s.).

Kanunun genel gerekçesi şöyledir: “Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanununun 2 nci maddesine göre; “Anayasa değişikliğinin halkoylaması, ilgili Anayasa Değişikliği Kanununun Resmi Gazetede yayımını takip eden yüzyirminci günden sonraki ilk pazar günü yapılır.” Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması için öngörülen bu süre, değişiklik konusunda doğru ve çoğul bilgilere erişim ve kanaat oluşumu için gerekli olan sürelerin hayli üstündür ve halkoylamasının güncelliğini eskitecek kadar da uzundur. Toplum bu kadar uzun süre halkoylamasına yoğunlaştırmanın rasyonel demokrasi ilkeleri ile de bağdaşır yanı yoktur.

Halkoylaması için öngörülmuş yüzyirmi günlük süre, seçim kanunlarına paralellik sağlamak amacıyla konulmuş olsa da halkoylaması klasik anlamda bir seçim değildir. Burada bir seçim sürecinde olduğu gibi ön seçim, aday tespiti, itiraz süreleri gibi zaman alan süreler de işin doğası gereği yoktur.

Kaldı ki Anayasa değişikliği tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulması ve görüşülmesi, özel bir usule tabidir. Genel Kurulda değişikliğin iki kez görüşülmesi zorunluluğu, teklifin ve teklife ilişkin lehte ve aleyhteki görüşlerin topluma erişimini kendiliğinden sağlamaktadır.

Değişiklik, kurumsal yasadaki 120 günlük süreyi, 60 güne (m. 2), 40 günlük süreyi ise 10 güne (m. 6) indirmektedir. Ortaya atılan düşünce, “*olası Anayasa değişikliklerinin, halkoylaması yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde halkoylamasına sunulması halinde, halkoylaması seçim niteliğinde olduğundan, değişiklik kuralı uygulanamaz ve bir yıl dolmadıkça halkoylaması yapılamaz. Anayasanın 79/6 hükmündeki atfın kaçınılmaz sonucu budur.*” yönündedir. Görüş, siyaseten tatlı yahut acı olabilir de hukuken “YANLIŞ”tır. Hatta “yanlış” nitelemesinin dahi yetersiz kaldığı “*temelden yoksunluk*” durumu vardır.

Şimdi sorunu yakın bakışla değerlendirelim:

1. Seçim ve Halkoylaması Kurumlarının Özgün Yapıları

a. Seçim, temsili demokrasinin, halkoylaması ise yarı doğrudan demokrasinin bir aracıdır (I).¹² Seçimde birden fazla öznenin (parti, aday) yarışması, halkoylamasında ise bir konu veya konuların halkın değerlendirilmesine sunulması vardır (II).¹³ Anayasamız da bunun ayırdında olduğu için “*seçim*” ve “*referandumu*” ayrı kavramlar ve farklı kategoriler olarak düzenlemiştir (III) (Any. m. 67, 79, 175).

b. Anayasa'nın 67/7 hükmü açıktır: “*Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz.*”

Arz edilen nedenlerle Anayasa değişikliklerinin halkoyuna sunulması için öngörülüş yüzyirmi günlük süre kırkbeş gün olarak değiştirilmiş ve böylelikle halkoylaması süresi kısaltılmıştır.

Yabancı ülkelerdeki vatandaşların halkoylamasından kırk gün önce başlayan oy verme süreleri de Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanunun 2 nci maddesindeki “yüzyirmi günlük” sürenin “kırkbeş güne” indirilmesine paralel olarak onbeş güne indirilmiştir.

Teklifte belirtilen süreler, gerçekleştirilen seçimler gözetildiğinde oylama işlemleri için de yeterlidir.

Belirtilen işbu gerekçelere göre bu teklif verilmiştir.” (TBMM Anayasa Komisyonu Raporu, D: 23 Yasama Yılı 4, SS. 462, s. 1.)

¹² Şahbaz, İbrahim Doç. Dr., *Yarı Doğrudan Demokrasi Kurumu Olarak Referandum ve Türkiye*, Ankara 2006. s. 77 ve dev. 99 ve dev.

¹³ Batum, Süheyl Prof. Dr., *Bir Katılma Biçimi Olarak Referandum* (yayınlanmamış doktora tezi), İst. 1986. Sezer, Abdullah, 1982 Anayasası Ekseninde Türev Kurucu İktidar Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi (yayınlanmamış doktora tezi) İst. 2006, s. 502 ve civ.

aa. Temel norm, uygulama alanını sınırlamıştır. Buna göre, değişikliğin *seçim kanunlarında* yapılması ve yürürlüğü izleyen bir yıl içinde *seçimin* gerçekleşmesi gerekir. *Halkoylaması kanunu bir seçim kanunu değildir. Aynı şekilde halkoylaması da bir seçim değildir.* Hiçbir halkoylamasında muhtar, belediye başkanı, il genel meclisi üyesi, baro başkanı vb. seçilmemektedir.

bb. Sınırlama ve yasaklama normları, geniş anlamıyla yaptırım normları gibidir. Bu normların yorum yoluyla bağlamları dışına çıkarılarak farklı alanlarda tahditlerin üretilmesinde kullanılması, hukuka yabancıdır.^{14, 15} Ayrıca Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü (Any. m. 11) ilkesinin doğal sonucu da budur. Norma anayasa ötesi bağlayıcılık izafe etmek, bir yönüyle hukuku sınır tanımaz bir kaosun odağı yapmaktır. Hiçbir hukuk, böyle bir tasavvuru yüklenemez.

2. Anayasa'nın Madde 79/6 Hükmünün Anlamı

Anayasa'nın m. 79/6 hükmü şöyledir: "*Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halkoyuna sunulması, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi işlemlerinin genel yönetim ve denetimi de milletvekili seçimlerinde uygulanan hükümlere göre olur.*"

Anayasa'nın bu hükmü, Danışma Meclisi aşamasında mevcut değildi. MGK - Anayasa Komisyonu'nda eklenmiştir.¹⁶ Cumhurbaşkanına ilişkin bölümü ise, 21.10.2007 t. 5678 sayılı Anayasa değişikliği ile getirilmiştir.

¹⁴ Memiş, Emin, *Anayasaya Uygun Yorum*, İst. 2007, s. 27 vd. 57 vd.; Karayalçın, Yaşar Prof. Dr., a., g., e., tamamı; Kunter, Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Bası, İst. 1986, s. 537 vd. No: 319.

¹⁵ Türk hukuk literatürünün, metodoloji, yorum ve zamanlar arası hukuk (geçiş hukuku) konularında ciddi bir yoksulluk yaşadığı söylenebilir.

¹⁶ 7.11.1982 t., 2709 sayılı Kanun MGK Anayasa Komisyonu'nun değişiklik gerekçesi aynen şöyledir: "*Anayasa Değişikliklerine ilişkin kanunların, gerektiğinde Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulması kabul edildiğinden, halkoylaması eylemlerine ilişkin yönetim ve denetimine açıklık getirmek amacıyla Danışma Meclisi'nce kabul edilen 87. maddeye son fıkra olarak "Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halkoyuna sunulması işlemlerinin genel yönetim ve denetimi de milletvekili seçimlerinde uygulanan hükümlere göre olur" hükmü eklenmek suretiyle madde, 79. madde olarak yeniden düzenlenmiştir.*"; Gönen, Zafer Prof. Dr., *Türkiye Cumhuriyeti Yorumu*, Ank. 2002, C. II. s. 775.

Norm, atıf ve kıyas normudur. Kıyas, her zaman yargıcın başvurduğu hukuk üretme aracı değil, bazen de yasa koyucunun başvurduğu araçtır. Yasa koyucu, ilgili alanı doğrudan düzenlemek yerine, benzer alan hukukuna (hükümlerine) atıfla yetinebilir (case analogy).¹⁷ Anayasa seviyesinde kıyas, sadece yapı kusuru oluşturmaz, aynı zamanda tehlikelidir. Özgürlükler hukuku, kıyasın meteorlarına terk edilebilecek kadar önemsiz (!) değildir.¹⁸

Bu atıf, kıyas hukukunun ötesinde bir sonuç doğurmaz. Aşağıda görüleceği gibi uygulanamazlık kuralının kıyas yoluyla dahi halkoymasına uyarlanması hukuken mümkün değildir.

¹⁷ Gözler, Kemal, *a, g. e.*, s. 248 vd.

¹⁸ Anayasa'nın "Dernek Kurma Hürriyetine" ilişkin 33. maddesinin son fıkrasındaki "Bu madde hükümleri, vakıflarla ilgili olarak da uygulanır" biçimindeki kıyas hükmününün üyelik bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin yanlış yorumu sebebiyle açtığı tahrifat, bunun örneğidir. (TMK m. 101/3 "Vakıflarda üyelik olmaz" hükmü, Any. m. 33/son hükmündeki atıf sebebiyle, Anayasa Mahkemesi'nin 17.4.2008 t., 14/92-E/K sayılı Kararı ile iptal olunmuştur. Kararın kritiği ve vakıf kurumunun ve vakıf özgürlüğünün mahiyeti bağlamında bkz. Gürzumar, Osman Berat Prof. Dr., Türk Medeni Kanununun "Vakıflarda üyelik olmaz" Hükmünü İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, Ank. 2009, C. 3, s. 523-547. Em, Ali, *Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar*, Ank. 2006; Uyan, Göktürk, "Vakıflarda Üyelik Olmaz" Medeni Kanun Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflarda Kanuni Tipe Özgü Örgütlenme Modeli ve MK M. 101/3 Hükmü Üzerinde Bir Değerlendirme, *BATİDER*, Ank. 2006, C. XXIII, Sayı: 4, s. 278-279; Hatemi, Hüseyin Prof. Dr., Vakıf Kurma İşlemi, İst. 1969, s. 155 vd. Serozan, Rona, Prof. Dr. Türkiye'de Dernek ve Vakıf Kurmanın ve Yürütmenin Zorlukları, *Bülent Tanör Armağanı*, Ank. 2004, s. 550 vd.; Serozan, Rona Prof. Dr., *Tüzel Kişiler*, İst. 1994.

Anayasa-ıçkı kıyas metodu (Anayasa'nın bir hükmününün öbür hükmüne atıf yapması), temel normun niteliği ile de bağdaşmaz. Kıyas olunan hükümlerde sonradan bir değişikliğe gidilmesi, anayasal atfı (kıyas) anlamsız kılabilir. Özellikle değişiklik aşamasında anayasal atıfla bağ kurulmamış olduğu hallerde bu fazlasıyla varittir. Değiştirilmesi zor (sert/bükümsüz) anayasalar yönünden bu tür riskler daha da artmaktadır. Aynı şekilde bkz. Any. m. 101/1, m. 76/2-3 maddeleri arasındaki "milletvekili seçilme yeterliliği" kıyası, Cumhurbaşkanu adayının "yeterlik koşulları" (ehliyet) doğrudan düzenlenmeliydi. Nitekim 10 uncu Cumhurbaşkanu adaylık aşamasında Anayasa Mahkemesi Başkanlığı görevinden çekilmesi, anayasa hükmü (m.76/3) gereği iken, çekilmeden aday olması, açık bir anayasa ihlali olarak nitelendirilmiş ve anayasaya uygun seçimin gerçekleştirilmediği görüşü ortaya atılmıştır. Oysa Cumhurbaşkanlığı adaylığında "çekilme şartı" öngörülme-yebilirdi. Görüşüm de o doğrultudadır. Bütün bunlar anayasal kıyasın risklerini ortaya koyan özgün örneklerdir.

Vurgu ile belirtelim ki, oyun kuramı ekseninde, “seçim, oyuncusu olan (adaylı) bir yarışdır; halkoylaması ise, oyuncusu olmayan (adaysız/konulu) bir yarışdır”. Oyuncusuz yarışın (halkoylaması) kuralları, oyunculu yarışın (seçim) kurallarının aksine, oyuncu lehine ya da aleyhine kurullar olamayacağı için, Anayasa m. 67/7 hükmünün kapsamı dışında kalırlar. Her iki kurum arasındaki bu mahiyet farkı, atıf/kıyas (Any. m. 79) kuralının uygulanmasını öner.

A. Anayasa'nın Madde 67/7 Hükmü Bağlamında Olamazlık

a. Anayasa'nın m. 67/7 hükmü, 3.10.2001 tarihinde ihdas edilmiş sonraki özel hüküm niteliğindedir. 79/6 hükmü ise önceki ihdas tarihi (1982) ve yapısı gözetildiğinde önceki genel hüküm niteliğindedir. *Anayasa koyucu, özel hükmün (67/7 hükmünün) halkoylaması hukukuna da uygulamasını isteseydi, atıf normu ile ilgili saklılık kaydını norma dercederdi.* Sonraki özel hüküm, yorum yoluyla önceki genel hükmün atıf çemberine alınamaz. Hele bu bir Anayasa normu ise...¹⁹

b. Anayasanın amacı, seçimde yarışa ilişkin kuralların nesnellliğini, adalet kalitesini yükseltmektir. Halkoylamasında öznelerin yarışı söz konusu değildir. Halkoylaması, sunulan konu veya konular üzerinde katılanların “evet/hayır” görüşlerinin belirlenmesini sağlayan bir süreçtir. Hukuk, düz mantıkla yürünebilecek bir yola değil, özünü adaletin beslediği normlara ve bu normlar bütününe oluşturduğu düzene işaret eder.

B. Halkoylaması Hukuku Bağlamında Olamazlık

a. Anayasa'nın 79. maddesinde halkoylaması bakımından milletvekili seçimlerine yaptığı atfın birinci sınırı, *kıyas kurumunun* yapısıdır.

¹⁹ Karayalçın, Yaşar Prof. Dr., a. g. e., s. 151 ve dev. “Lex specialis derogat legi generali/ özel kanun, genel kanunu bertaraf eder.” YİBBGK 4.6.1958 t, 15/6-E/K.; Gözler, Kemal Prof. Dr., a. g. e., s. 260., Edis, Seyfullah Prof. Dr., a. g. e., Ank. 1987, s. 176, 181 vd.

Anayasa'nın 79/6 hükmünün yürürlüğe girdiği tarih (1982) itibariyle, halkoymasına ilişkin yasal bir düzenleme yoktur.²⁰ Tıpkı Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin yürürlüğe girdiği (21.10.2007) tarih itibariyle ve halen Cumhurbaşkanının seçimine ilişkin bir yasal düzenlemenin bulunmaması gibi. O durumda yapılacak en kolay iş, halk iradesinin sandığa yansımalarına ilişkin genel düzenlemelere atıf yapmaktır. Ancak bu yasal kıyas dahi, milletvekili seçimlerinde uygulanan bütün normların halkoymasında yahut Cumhurbaşkanı seçiminde uygulanacağı anlamına gelmez. Çoğaltılabilmekle birlikte tek örnekle yetinelim: Adayların belirlenmesine ilişkin bir seçim kuralı, halkoymasında uygulanabilecek midir? Çünkü bunlar da milletvekili seçimlerinde uygulanan hükümler cümlesinden olup genel yönetim ve denetim işlemleri kapsamındadır. Soruya verilecek cevap: Elbette ki hayır. Atıf, Yüksek Seçim Kurulu'nun ilke kararı üretebilme (regülasyon yetkisi), oy'un yapısı, kullanımı, geçerliği, sayımın oy zarfı, sandık düzeni gibi halkoyması hukukunun mahiyeti ile bağdaşabilen haller ve unsurlarla sınırlıdır. *"Bir yıl içinde uygulanamazlık"* kuralı, halkoyması hukukunun ve rejiminin mahiyetiyle ilgili kurucu bir unsur olmaktan öte, *"yabancı ve bağdaşmaz"* bir unsurdur. Atıf/kıyas yoluyla üretilmeye çalışılan yasağın halkoymasına bulaştırılması, anayasal kıyasla dahi mümkün değildir. Anayasa'nın 79/6 hükmü, halkoyması bağlamında başka bir şekilde okunamaz.

b. Bu konudaki ikinci sınır, 23.5.1987 t, 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun'dur. Anayasa m. 79/6 hükmü nihayet Anayasa'ya değil, bir yasa topluluğuna (milletvekili seçimlerinde uygulanan kanunlara) atıf yapmaktadır. Anayasa'nın 7. ve 87. madde hükümlerinin biçimlendirdiği egemenlik kapsamında m. 79/6 hükmünün yollama yaptığı yasalar değiştirilebileceği gibi, halkoyması alanı da özel bir yasanın düzenlemesine konu olabilir. *Nitekim Anayasa'nın (ve m. 79/6 hükmünün) yürürlüğe girdiği tarih itibariyle mevcut olmayan halkoyması düzenlemesi, 1987 tarihinde yürürlüğe konan ve yukarıda işaret olunan özel kanunla gerçekleştirilmiş*

²⁰ 24.9.1982 t, 2707 Sayılı Anayasanın Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun, yalnızca 1982 Anayasası için yürürlüğe konmuş geçici kanun niteliğindedir. MGK, Anayasa'nın yakın gelecekte değiştirilmesi öngörüsünde bulunmak istememiş, bu konuda bilinçli olarak kurumsal ve sürekli norm niteliğinde halkoyması yasası düzenlemesinde bulunmamıştır.

tir. Anayasa'nın m. 79/6'da yapılan mutlak atfın yönü, bu özel yasa-ya kaymıştır. Başka deyimle, doğrudan ve yatay etki doğurmayan, çer-çeve norm niteliği taşıyan atıf hükmünün uygulama pratiği, anlamsal değişime uğramıştır (Any. m. 7, m. 79/6, m. 87). Halkoylaması Kanunu'nun birinci maddesi, hukuk ilminin verilerine uygun olarak genel ilkeyi koymuştur: *"Anayasa gereğince yapılacak olan halkoylamalarında bu Kanun hükümleri uygulanır. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hal-lerde 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri tatbik edilir."*

Bu hüküm, şüana kadar yapılan tahlilleri de gerekli kılmayacak açıklıkta sorunun cevabını vermektedir. Halkoylaması Kanunu'nun mahiyeti, lafız ve ruhu ile bağdaşmayan Seçim Kanunu hükümleri, halkoylamasında uygulanmaz. *Bu Kanun, özellikle halkoylaması sürecini ve süreleri; seçim kanunlarından farklı olarak ve özel şekilde düzenlemiştir* (m. 2, 6). Bu noktada seçim kanunu hükmüne muhtaç değildir. 298 sayılı Kanun'un birinci maddesi ve Anayasa m. 79/6 hükmü ancak bu ekseninde okunabilir. Öte yandan Anayasa m. 67/7 kuralının amacı ve lafzı da, halkoylamasını kapsamına almış değildir.

c. 298 Sayılı Kanun Ek Madde 5'in Ortaya Koyduğu Hukuki Zemin: 28.3.1986 t. ve 3270 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile 298 sayılı Kanun'a eklenen (ek) 5. madde hükmü aynen şöyledir:

"Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halk oyuna sunulmasında kullanılacak olan oy pusulalarının şekli; oy verme, oyların sayım ve dökümü, geçersiz oyların tespiti, sonuçların tutanağa geçirilmesi, ilçe, il ve Yüksek Seçim Kurulunca yapılacak birleştirme işlemleri; halk oyuna sunulan kanunla ilgili Türkiye Büyük Millet Meclisindeki çoğunluk ve azınlık görüşleri ile Cumhurbaşkanının görüşünün ve halk oyu sonuçlarının Türkiye Radyo ve Televizyonları aracılığı ile seçmenlere açıklanması ilkeleri bu Kanunda yer alan benzer hükümler dikkate alınarak Yüksek Seçim Kurulunca tespit ve ilan edilir."

Seçim-halkoylaması hukuku bağlamında bu hüküm yoluyla erişilecek vargıları şöyle sıralayabiliriz:

aa. 298 sayılı Seçim Kanunu hükümleri, halkoylamasında doğrudan uygulanamazlar. Anayasal atıf (Any. m. 79), halkoylaması alanında bir boşluğun bulunması (I) ve seçim kanunu hükmünün, halkoyla-

masının mahiyetiyle bağdaşır olması (II) şartlarına bağlıdır. Nitekim yasa koyucu, Ek-5. madde ile, YSK'ya dönüştürme (tahvil) yoluyla içtihat (sorunları çözmeye) görevini yüklemiştir. Başka deyimle, seçim kanunu hükmünü Yüksek Kurul doğrudan uygulayamamaktadır.

bb. Bu maddenin yasaya eklenmesi döneminde 23.5.1987 t, 3376 Sayılı Halkoylaması Kanunu henüz yürürlükte değildi. Bu yasanın yürürlüğe girmesi ile, anayasal atıf, bu yasada (halkoylaması yasasında) hüküm bulunmayan hallere inhisar etmiş olmaktadır.

cc. Anayasa'nın 79. maddesindeki atfı, kıyasın sınırları dışında, mutlak bir atıf olarak kabul etmek, mutlak bir hukuk hatasıdır.

Ek- 5. maddenin teklif gerekçesindeki "*Halk oylaması müessesesi bu Kanunun kapsamına alınınca, kanunun birçok hükmünün yazılışının halk oylamasının özellikleri dikkate alınarak düzeltilmesi ve kanuna yeni maddeler eklenmesi gerekmektedir.*" (TBMM TD, D: 17, Yasama Yılı 3, B. 80, 1986, C. 26, SS. 413, s. 4) biçimindeki ibaresi dahi –zayıf anlatımla olsa da– seçim/halkoylaması arasındaki kıyas bağına işaret etmektedir. Anayasa'nın m. 67/7 hükmündeki "*seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz*" kuralı, halkoylaması hukuku ile benzerlik yahut kıyas bağı içinde değildir. Bu yönüyle halkoylamasındaki 60 günlük yasa değişikliği hükmü, derhal etki doğuran bir norm niteliğindedir. 120 günlük hüküm, yürürlükten kalkmış ve normatif etkisini yitirmiştir.

3. Özgürlük Lehine Yorum

Anayasanın ömrü ve istikrarı, karşılaşılan sorunlarda onun doğru yorumu ile orantılıdır. Anayasa hukuku, genel hukuka gerçek katkı sağlayacak ve Türk hukuk dinamiğinin tam farkında olmadığı bir yorum ilkesini geliştirmiştir: *Özgürlük lehine yorum (in dubio pro libertate/ favor libertatis)*.²¹

²¹ Bu konuda yayınlanmamış bir doktora tezi, bkz. Sancar, Mithat, *Temel Hakların Yorumu*, Ank. 1995, s. 334 vd., Memiş, Emin Dr., a. g. e., Sezer, Abdullah Dr., a. g. e., s. 53.; Gülsoy, Mehmet Tevfik, *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri*, Ank. 2007, s. 141 vd.; Hakyemez, Yusuf Şevki Dr., *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ank. 2009, s. 189 vd. (Any. m. 2, 5, 13)

Sistemlerin demokratik dönüşümlerinde, demokrasinin derinlik kazanmasında ve hukukun kökleşmesinde bu yorum ilkesinin önemi ısrarla vurgulanmaktadır. Giderek bu ilke, erkler krizinin yahut çatışmanın çözümünde “hakem işlevi” de görebilir.

Somut olayımızda bu ilke, tam da uygulama alanı bulmaktadır. Gerçekten “halkoymasına katılma”, temel hak ve özgürlüklerdendir. Anayasa’nın m. 67/1 hükmü açıktır: “Vatandaşlar, ... halkoymasına katılma hakkına sahiptir”. Halkoyması hukukuna ilişkin sorunun yorumunda, “halkoyması lehine yorum” esastır. Halkoymasını öteleyen, zamana boğduran, oylama konusunu gündemden düşürecek yaklaşımlar, bu hakkın özünü ve kendinden beklenen demokratik işlevi tahrip eder. Somut olayda 120 gün çok uzun bir süredir. Bu süre, farklı görüş ve tezlerin tartışılması, toplumda çoğul etkileşimin sağlanması, kanaatlerin oluşumu için fazlasıyla yeterlidir. Dijital iletişim, sanılanın ötesinde fikir deveranını hızlı şekilde sağlamaktadır. 60 gün, rasyonel bir süredir. Kanun koyucunun halkoymasını kolaylaştıran formüllerinin dolaylı yorumlarla askıya alınması, bir yönüyle halk oylamasına katılma hakkının askıya alınması anlamına gelir. Zora sokmak, kaos üretmek için toplum mühendisliğine başvurulabilir. Mühendisler de, toplum da bunun acı ve ağır bedelini daima öder. Ancak hukuk, toplum mühendisliğinin güdümüne feda edilemez. Yorum, bunun aracı kılınmaz. Bu konuda görünürde hukuk ekseninde ortaya konan tezin mahiyeti itibarıyla hukukla ilgili olmadığını, hukukun dolandırıldığını ve giderek siyaset malzemesi kılınmaya çalışıldığını düşünmekteyim. Yine de bu tartışmanın yararına işaret etmeliyim. En azından konunun hukuk ekseninde ve makale düzleminde değerlendirilmesine vesile olmuştur.

4. Diğer Yorum Teknikleri Açısı

Hukukun genel yorum tür ve teknikleri bağlamında yapılacak bir değerlendirme dahi bizi zorunlu olarak aynı sonuçlara götürmektedir.²² Esasen incelememizde kimi yorum tür ve teknikleri de kullanılmıştır.

²² Normun, lafzî, mantıki, tarihsel, teleolojik veya başka yorum çeşitleri bağlamında yapılabilecek bir analiz de farklı bir sonucu ortaya çıkarmamaktadır.

IV. SONUÇ

1. 2001 reformunda yürürlükteki hukuk varlığımıza katılan Anayasa'nın m. 67/7 "*seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz*" hükmü, seçimlere yakın sürelerde oyun kurallarını değiştirme ve adil yarış ilkesine aykırı girişimleri önleme amacına yöneliktir. Bu yönüyle temel norm, seçim hukukunu rasyonelleşme yolunda anlamlı bir kurucu iktidar adımıdır.

2. Bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanamazlık kuralı, seçimin bir yıl ertelenmesi yahut bir yıl boyunca hukuk boşluğu oluşması sonucunu doğurmaz. Uygulanamazlığın anlamı, yeni kuralın seçim şartına bağlı olarak bir yıl askıya alınmasını, aynı süre için ilga fonksiyonunu yok etmesi, askı süresinde realize olan seçimlerde askı sebebiyle yürürlükten kalkmamış, yürürlüğü süren, bir yıl sonra yürürlükten kalkacak olan (eski) kuralın uygulanması gerektiğidir.

3. Bu kural, seçim kanunlarındaki değişikliğe ve yeni kuralın yürürlüğünü izleyen bir yıl içinde yapılacak seçimlere özgü (münhasır) ve özel bir kuraldır. Bu kural, hiçbir şekilde referandum/halkoylaması alanında veya başka bir alanda uygulanmaz; uygulanamaz.

a. Anayasa'nın m. 79/son fıkra hükmündeki halkoylamasına atıf, halkoylamasının mahiyetiyle ve o alandaki boşluk koşuluna bağlı "*yasal*" bir kıyas niteliğindedir. Halkoylaması ile seçim, iki farklı temel hak olduktan başka, mahiyetleri ve sistem âdiyetleri de farklıdır. Bunlardan seçim, temsili demokrasinin bir aracı olup aktörler yarışır. Halkoylaması ise yarı doğrudan bir demokrasinin aracı olup -aktör yarışması olmaksızın- belli konu veya konularda halkın görüşünün açığa çıkarılmasını amaçlar. Bu atıf, seçim ve halkoylamasının sandık, oy, itiraz gibi ortak araç ve yapıları ile sınırlıdır.

b. Referandumla ilgili olarak 1987 yılında yürürlüğe giren kurumsal kanun, Anayasa'nın 79. maddesinde yaptığı atıf alanını, -milletvekili seçimlerinde uygulanan hükümlere muhtaç olmaksızın- özgün şekilde düzenlemiştir. Böylelikle atfın konusu kalmamış yahut yön değiştirmiştir.

c. Referandum sürecini rasyonelleştirecek düzenlemeleri askıya alacak bir yorum, yalnızca anayasa normuna ve yorum tekniklerine

değil, aynı zamanda özgürlük lehine yorum ilkesine de aykırıdır. Halkın bir konuda görüşünün makul sürede açığa çıkmasını askıya alan, öteleyen, zaman kara deliğine aktan hiçbir fikir yahut tasavvur, özgürlük lehine yorumun veya üstün hukuk kurumlarının doğal evrenlerinde barınmaz. Adil yarışma ilkesini zedelemeyen, aksine rasyo-nelleştiren bir değişikliğin uygulanması, yorumla engellenemez. Hukuk, bu tür yollara kapalıdır.

Bu bölümde varılan sonuçlar, inceleme bütününde hukuk bilimi-nin verileri içinde ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir.²³

²³ Yüksek Seçim Kurulu, bu makalenin kaleme alınmasından sonra, sorunla ilgili olarak şu sonuca ulaşmıştır:

“Cumhurbaşkanlığınca Kurulumuz Başkanlığına gönderilen 12/5/2010 tarih-li, B.01.0.KKB.01-18/D-1-296 sayılı yazıda aynen; “Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu’nca 7/5/2010 tarihinde kabul edilen 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Anayasa’nın 175. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazete’de yayımlanması için Başbakanlığa gönderilmiştir.

Anayasa’nın 175. maddesi ve 3376 sayılı Kanun uyarınca gereğini rica ederim.” denilmiş olmakla, konu incelenerek;

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Cumhurbaşkanlığının 12/5/2010 tarihli yazısında; Türkiye Büyük Millet Mec-lisi Genel Kurulu’nca 7/5/2010 tarihinde kabul edilen 5982 sayılı “Türkiye Cum-huriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Ka-nun”, Anayasa’nın 175 inci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, halkoyuna su-nulmak üzere Resmî Gazete’de yayımlanması için Başbakanlığa gönderildiğinden, Anayasa’nın 175. maddesi ve 3376 sayılı Kanun uyarınca gereğinin yapılmasının istenildiği anlaşılmaktadır.

5982 sayılı Kanun 13/5/2010 tarih ve 27580 sayılı Resmî Gazete’de yayım-lanmıştır. Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında 3376 sa-yılı Kanununun 2. maddesi hükmü gereği Anayasa Değişikliği Kanununun Resmî Gazete’de yayımını izleyen belirlenmiş olan günden sonraki ilk Pazar günü yapıl-ması öngörülmektedir.

Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında 3376 Sayılı Kanun, 3/3/2010 tarih ve 5955 Sayılı Kanunla değiştirilmiş ve bu Kanun 9/3/2010 tarihli ve 27516 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 5955 sayılı Ka-nun, 3376 sayılı Kanununun 2. maddesinde yer alan 120 günü 60 güne, 6. maddesin-de yer alan 40 günü 20 güne indirmiştir.

Anayasanın,

67. maddesinin son fıkrasında;

“Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz.”

79. maddesinin son fıkrasında;

“Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halkoyuna sunulması, Cumhur-başkanının halk tarafından seçilmesi işlemlerinin genel yönetim ve denetimi de

milletvekili seçimlerinde uygulanan hükümlere göre olur.”

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun,

1. maddesinde;

“Özel kanunların göre yapılacak milletvekili, il genel meclisi üyeliği, belediye başkanlığı, belediye meclisi üyeliği, muhtarlık, ihtiyar meclisi üyeliği, ihtiyar heyeti üyeliği seçimlerinde ve Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halk oyu-na sunulmasında bu Kanun hükümleri uygulanır.”

Ek 5. maddesinde;

“Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halk oyu-na sunulmasında kullanılacak olan oy pusulalarının şekli; oy verme, oyların sayım ve dökümü, geçersiz oyların tespiti, sonuçların tutanağa geçirilmesi, ilçe, il ve Yüksek Seçim Kurulunca yapılacak birleştirme işlemleri; halk oyu-na sunulan kanunla ilgili Türkiye Büyük Millet Meclisindeki çoğunluk ve azınlık görüşleri ile Cumhurbaşkanının görüşünün ve halk oyu sonuçlarının Türkiye Radyo ve Televizyonları aracılığı ile seçmenlere açıklanması ilkeleri bu Kanunda yer alan benzer hükümler dikkate alınarak Yüksek Seçim Kurulunca tespit ve ilan edilir.”

3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun,

1. maddesinde;

“Anayasa gereğince yapılacak olan halk oylamalarında bu Kanun hükümleri uygulanır. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri tatbik edilir.”

Hükümleri yer almaktadır.

Anayasa ve anılan Kanunların bu hükümleri birlikte değerlendirildiğinde;

1- Anayasa değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun, Anayasa'nın 67. maddesinin son fıkrasında ifade edilen seçim kanunları kapsamında olduğundan, Anayasa'nın 67. maddesinin son fıkrası hükmü gereği seçim kanunlarındaki değişiklikler yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmayacağından; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında 5982 sayılı Kanun'un, Anayasa'nın 175 ve 3376 sayılı Kanun'un 2. maddesi hükümleri gereği halkoylamasında uygulanacak sürenin 120 gün olmasına ve halkoylamasının 12/9/2010 Pazar günü yapılmasına,

2- Anayasa değişikliklerinin halkoyuna sunulmasında 3376 sayılı Kanun ve bu Kanunun göndermede bulunduğu 298 sayılı Kanun'un bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uyarınca halkoylamasına ilişkin uygulamanın ana kurallarının belirlenmesi ve bu hususta bir rapor hazırlanması çalışmalarını yapmak üzere Kurulumuz Başkanvekili Kırdar Özsoylu'nun Başkanlığında, Üyeler Hüseyin Eken ve Halim Aşaner'den oluşan bir komisyon kurulmasına, komisyonun raporunu en kısa sürede Kurula sunmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1 - Anayasa değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun, Anayasa'nın 67. maddesinin son fıkrasında ifade edilen seçim kanunları kapsamında olduğundan, Anayasa'nın 67. maddesinin son fıkrası hükmü gereği seçim

kanunlarındaki değişiklikler yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmayacağından; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında 5982 sayılı Kanun'un, Anayasa'nın 175 ve 3376 sayılı Kanun'un 2. maddesi hükümleri gereği halkoylamasında uygulanacak sürenin 120 gün olmasına ve halkoylamasının 12/9/2010 Pazar günü yapılmasına,

2 - Anayasa değişikliklerinin halkoyuna sunulmasında 3376 sayılı Kanun ve bu Kanunun göndermede bulunduğu 298 sayılı Kanun'un bu Kanun'a aykırı olmayan hükümleri uyarınca halkoylamasına ilişkin uygulamanın ana kurallarının belirlenmesi ve bu hususta bir rapor hazırlanması çalışmalarını yapmak üzere Kurulumuz Başkanvekili Kırdar Özsoylu'nun Başkanlığında, Üyeler Hüseyin Eken ve Halim Aşaner'den oluşan bir komisyon kurulmasına, komisyonun raporunu en kısa sürede Kurula sunmasına,

3 - Karar örneğinin Resmî Gazete'de yayımlanmasına,

13/5/2010 tarihinde oybirliği ile karar verildi." (YSK, 13.5.2010 t, 317 S. Karar, RG, 13.5.2010 t, 27580 sayılı mükerrer)

Yüksek Seçim Kurulu'nun kurduğu karar, ayrı bir değerlendirmeye konu kılınabilir. Özetle belirtelim ki, Yüksek Kurul, sorunun tüm boyutlarını ve derinliğini kapsayacak bir hukuk çabasından kaçınmış, kıyas kurumunun tabiatına yabancı, sorunla ilgili bütün yorum tekniklerini dışlayan bir anlayışı yeğlemiştir. Anayasal atıflara, kıyas kurumunun sınırları ile bağdaşmayan mutlakçı bir anlam yüklemek, bozucu bir hukuk etkisi doğurur. Hukuk bozuculuğu, bir egemenlik / erk sapmasıdır (Bkz. İyimaya, Ahmet, *Siyaset Hukuk Sorunları*, Ank. 2007, s. IX.). Öte yandan sorunun hukuki yapısını ortaya koyacak bir gerekçe, hem nesnellik ve hem de tarafsızlık ve kuruma karşı güven açılarından zorunlu idi. Gerekçe noksanlığı, daha doğrusu gerekçe zaafı, sorunun doğasından kaçışın dolaylı bir ifadesi anlamına gelebilir. Benzeri durumlarda Yüksek Seçim Kurulunun herkesi tatmin eden emsal kararlarını kurumsal hafızasında görmek mümkündür. Büyük hukukçu Recai Seçkin, bu açıdan unutulamaz bir isimdir (Par. Ex. YSK'nın 10.7.1968 t. ve 1354, 1355 sayılı kararları). Bu denli çok boyutlu bir sorunda, karşı-oyun bulunmaması (oybirliği hali), tek boyutlu (ve belki de sübjektif) değerlendirmenin güçlü bir karnesi sayılabilir. Hukuk bilimi, bu makalede ortaya konan argümanlar ve diğer boyutlar ekseninde Yüksek Kurulun kararını elbette ki değerlendirir (değerlendirmelidir). (Kararda hukukun referans alınmadığı, toplum mühendisliği yapıldığı konusunda, seçim teorisinin saygın otoritesi Tarhan Erdem'in ağır eleştirisi için bkz. YSK'nın Kararı, *Radikal Gazetesi*, 17.05.2010 t., s. 13).

YÜKSEK MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA KABAHTLER KANUNU'NA GÖRE KANUN YOLLARI (BAŞVURU VE İTİRAZ)

Hüsamettin UĞUR*

Giriş

Kural olarak hukuk ve ceza yargılaması adli yargıda, idari yaptırım gerektiren eylem ve işlemler ile idari uyuşmazlıklar ise idari yargıda görülür. Ancak özel ceza yasasında bu ayırımı uymayan, unsurları ve ölçüsü çok kolay ortaya konulamayan, idari yaptırıma karşı açıkça adli yargıyı görevli kılan düzenlemeler mevcuttu. Bu anlamda idari yaptırımın adli yargıda denetimi, adli cezaların idarece verilmesi ve adli yargıda denetimi, idari ceza ve müsaderenin farklı yargı yerlerinde görülmesi söz konusu olabilmekteydi. Bu konu yargısal kararlarla (Uyuşmazlık Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay kararları ile) çözüme kavuşturuluyordu. Örnek olarak Anayasa Mahkemesi'nce 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42/5,¹ 506 sayı-

* Yargıtay Tetkik Hakimi.

¹ Anayasa Mahkemesi, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesindeki idari para cezasına karşı sulh ceza mahkemesine itiraz edilebileceğine dair hükmün iptaline dair kararında şu gerekçelere dayanmıştır:

“...idarenin her türlü işlem ve eylemlerinin idarî yargı yerlerince denetleneceği tartışmasız olmaktadır. Bu bakımdan, idarî bir para cezası niteliğini taşıyan imar para cezalarının idarî yargı denetimi dışında tutulması, idarenin yargısal denetiminin etkin ve doğal anlamda gerçekleşmemesi sonucunu doğuracaktır. Dahası, idarî bir işlemin denetiminde idarî yargılama usulü uygulanamayacak, idarî yargı mesleğinden olmayan hâkimler sorunu görecektir.

Yargı yerinde ve yargılama yöntemindeki bu farklılık ve çelişkiler, idarenin yargısal denetimindeki Anayasal ilkelerle bağdaşmayacak ve bu sonuç hukuk devleti ilkesini zedeleyecektir.

lı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 140/4² ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nun 41.³ maddelerinde yer alan “Verilen para cezalarına karşı ... yetkili Sulh Ceza Mahkemesinde itiraz edilebilir” şeklindeki hükümleri “idarînin yargısal denetimindeki anayasal ilkelerle bağdaşmadığı” gerekçesiyle anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu ile kabahatlere ilişkin yargısal denetim yollarındaki belirsizliğe ve iki başlılığa son verilmek istenmişse de Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarıyla belirsizlik ve iki başlılığa geri dönüldüğü söylenebilir.

Kabahatler Kanunu iki kısım olup, Birinci Kısımda (m. 1-31) “Amaç ve Kapsam, Tanım, Kanunîlik İlkesi ve Kanunun Uygulama Alanı”, “Kabahatten Dolayı Sorumluluğun Esasları”, “İdarî Yaptırımlar”, “Karar Verme Yetkisi ve Kanun Yolları” başlıkları altında dört ayrı bölüm halinde “Genel Hükümler” düzenlenmiştir. Bu suretle, gerek Kabahatler Kanunu'nda (m. 32-43) yer verilen, gerekse daha fazlası özel ceza yasalarında bulunan kabahatlerin TCK ile “göbek bağı” kesilmiş, ayrı bir varlık olarak hukuk dünyasında yerini almıştır.

Uygulamalar göstermektedir ki, aynı olgudan kaynaklanan idarî işlemlerin başka başka yargısal yerlere bırakılmasıyla yargılamanın en ivedi yoldan gelişmesi ve nesnel çözümün çelişkisiz oluşması ereğine ulaşılması da güçleşmektedir. Gerçekten de, imar kurallarına aykırı bir yapının eski hale getirilmesi, yani yıkılmasına ilişkin işlem idarî yargı yerlerinde görülürken, aynı belediye encümen kararında yer alan imar para cezasına sulh ceza mahkemesinde bakılacak ve dahası kesinleşen para cezası üzerine düzenlenen ödeme emrinde ise gene idare mahkemesi görevli olacaktır. Birbiriyle bağlantılı bu işlemlerle ilgili davalarda bir diğeri ön sorunu oluşturacak, yargılama bir izleme ve bekleme içinde geçerken, çelişkiler ortaya çıkacaktır. Daha açığı kimi durumlarda bir mahkeme kararını uygun bulurken, farklı bir yargı yeri, kendi yöntem ve yaklaşımlarıyla yıkım kararına bağlı para cezasını kaldıracaktır.

Değinen bu olgu ve sonuçlarda görünen yargılamadaki çekince ve çelişkiler, hukuk devleti ilkesini gölgeleyen olgulardır.

Hukuk devleti, yargılamanın da asıl ve doğal yerinde yapılmasını gerektirir. Tersine bir kural öngören 3194 sayılı Kanun'un 42. maddesinin 5. fıkrasındaki metin ise böylece Anayasa'ya aykırı, yargı bütünlüğünde kopukluk gösteren bir düzenleme olarak durmaktadır.” (Any. Mhk. 15.5.1997, 1996/72 E., 1997/51 K., 1 Şubat 2001 tarihli *Resmî Gazete*'de yayınlanarak 1 Ağustos 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir.)

² Any. Mhk. 8.10.2002, 2001/225 E, 2002/88 K. (26.2.2003 tarihli *Resmî Gazete*)

³ Any. Mhk. 17.2.2004, 2003/72 E, 2004/24 K. (29.7.2004 tarihli *Resmî Gazete*)

Kabahatler Kanunu, genel kanun olmasının doğal sonucu olarak kabahat eylemleri yönünden içinde “*Kanunîlik ilkesi, Zaman ve yer bakımından uygulama, Kast veya taksir, Sorumluluk, Teşebbüs, İştirak, İçtima, Zamanaşımı, Kanun yolları*” gibi genel hükümler barındırmaktadır. Bunların bir kısmı TCK’nın genel ilkelerine paralel olsa da bir kısmı da Kabahatler Kanununa mahsus kurallardır.

Kabahat İçeren Yasalar İçin Kabahatler Kanunu Genel Kanun Niteliğindedir

Kabahatler Kanunu’nun 3. maddesi ile yargısal denetim yollarındaki iki başlılığa, bir diğer ifadeyle yargı yeri karmaşasına son verilmesi bile 3. maddeyi tek başına önemli kılmaktadır. **Maddenin ilk haline göre** “*Bu Kanununun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır.*”

Anayasa Mahkemesi’nin Kabahatler Kanunu’nun “*Genel kanun niteliği*” başlıklı 3. maddesini İPTAL etmesi sonucu⁴ iptal kararı yürürlü-

⁴ “...Anayasa’da idarî ve adli yargının ayrılığı kabul edilmiştir. Bu ayrım uyarınca idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idarî yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tâbi olmaktadır. Buna bağlı olarak idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir.

Ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği görülmektedir. Daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olması doğaldır. Ancak, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir.

Bu durumda, itiraz konusu kuralla diğer yasalardaki kabahatlere yollama yapılarak, yalnızca yaptırımın türünden hareketle ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu, itiraz, bunlara ilişkin usûl ve esasların değiştirilmesi, Anayasa’nın 125. ve 155. maddelerine aykırıdır, Kural’ın iptali gerekir. ...” (Any. Mhk. 01.03.2006, 2005/108 E., 2006/35 K., 22 Temmuz 2006 tarihli RG’de yayınlanmış, 22 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir.)

ğe girmeden 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanunla⁵ yapılan değişiklikle 3. madde yeniden düzenlenmiştir.⁶

Böylece kabahat teşkil eden fiiller hakkında yasada kanun yoluna ilişkin olarak açıkça idari yargı görevli kılınmamışsa, Kabahatler Kanunu'nun 27, 28 ve 29. maddeleri hükümlerine göre sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerine başvuru ve itiraz yoluna gidilebilecektir.

Kanun yolu dışındaki diğer genel hükümler ise, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacaktır.

Kabahatler Kanunu'nun en önemli ve bir nevi 5237 sayılı TCK'nun 5. maddesinin bu kanundaki paraleli olan 3. maddesinin kapsamı böylece ilk haline göre hayli sınırlandırılmıştır. Ayrıca bu Kanundan sonra çıkarılacak yasalarda genel hükümlerden farklı düzenlemelere yer verilmesi mümkündür.⁷

Öğretide, idari yaptırımların her şeyden önce birer idari işlem olup idare hukukunun bir alt ve yan dalı olarak değerlendirildiğinde, yapısal ve hukuki sonuçları itibariyle ceza yaptırımlarından ayrı oldukları, bu çerçevede idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemelerini yetkili kılan düzenlemelerin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesine ilişkin kararlar dikkate alınmadan başvuru yolunda Sulh ceza mahkemelerinin görevli kılınması eleştirildiği gibi⁸ Kabahatler Kanunu'nun

⁵ 19.12.2006 tarihli *Resmî Gazete*.

⁶ "**Madde 3.-** (Değişik madde: 06/12/2006-5560 S.K.31.md) (1) Bu Kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır."

Anayasa Mahkemesince bu düzenleme Anayasaya aykırı bulunmamıştır (11.06.2009, 2007/115 E., 2009/80 sayılı K., 26.11. 2009 tarihli RG).

⁷ Nitekim 31.05.2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 102. maddesinde "kurumca verilecek idarî para cezaları" asgari ücrete endeksli nispi para cezası olduğu ve Kabahatler Kanunu'nun 20/3. maddesine göre zamanaşımı süresi sekiz yıl olduğu halde "idarî para cezaları on yıllık zamanaşımı süresine tabidir" hükmüyle bu konuda özel bir düzenleme getirilmiştir. Yalçın, İsmail, s. 126.

⁸ "İdarî yargının adli yargıya göre daha az güvence sağladığı ileri sürülemez. ... Adli yargı idari yargıdan daha hızlı ve ekonomik değildir. ... İtiraz, idari yaptırımların yargısal denetimi için bir kanun yolu olarak yetersiz olup hak arayana görecek

3. maddesinin ilk halinin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi de eleştirilmiştir.^{9,10}

Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında belirtildiği gibi "Kabahatler Kanunu'nun en önemli özelliği kabahatler için genel yasa özelliği taşımasıdır. Nitekim 3. maddesinde, bu Yasanın genel hükümlerinin diğer yasalar-daki kabahatler hakkında da uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Yasanın genel hükümlerinde ise, idari yaptırım gerektiren fiiller açısından yasallık ilkesi, zaman ve yer bakımından uygulama, sorumluluk esasları, zamanaşımı, idari yaptırımların niteliği, türleri, sonuçları, yerine getirilmesi ve idari yaptırımlara karşı başvuru yolları düzenlenmiştir. Bu suretle, genel nitelik taşıyan Kabahatler Yasasında öngörülen genel ilke ve hükümlerin özel yasalarda-ki kabahatler için de geçerli olması temin edilmiş, genel yasa ile özel yasalar-

bir koruma vaat etmemektedir. ... Yargıyı hızlandırmak adına genel yargı yoluna tabi olmayan, usulü kısıtlanmış, amorf bir kanun yolu getirilmiştir. Hukuk sistemimizde bölge adliye mahkemeleri kurularak iki dereceli denetim sistemine geçilmektedir. Kabahatler K. uygulamasında içtihat mahkemesi hangi makam olacaktır? Esasen itiraz usulünde inceleme sınırlıdır ve ağır ceza mahkemeleri incelemelerini sınırlı tutma eğilimindedirler. ... idari yargının görevli kılınması bütün bu sınıncaları ortadan kaldıracak, yeni kanun yolları ve yeni yargılama yöntemlerine ihtiyaç kalmayacaktır." Çelik, A. Ufuk, Kabahat Kimde? (Kabahatler Kanunu'na Yargı Yolu), *Hukuk Gündemi*, Sayı 4, 2006/Mart, Nisan, Mayıs, s. 28-31.

⁹ "Şunu hemen belirtelim ki Yüksek Mahkeme'nin 2. maddedeki açıklamamızın saklı tutulması kaydı ile kararına iştirak etmek ve onaylamak olanaksızdır. Bu görüşün kabulü evrensel ceza hukuku ilkelerine aykırı olduğu gibi bazı eylemleri ceza yargılaması alanından çıkarmayı öngören decriminalizasyon ve depenalizasyon görüşlerine de aykırıdır. Bütün dünyada artık basit eylemlerin idari merciler tarafından yaptırım altına alınması genel kabul gören bir ilkedir. Kaldı ki, burada idari yargının alanına tecavüz olmadığı bir yana karardaki gibi düşünüldüğü takdirde idarenin tüm işlemlerini ceza hukuku alanından çıkarıp idarenin yetkisine vermek gerekirdi. ... Bir tasarrufun hukuka aykırılığının saptanmasının ceza mahkemesi veya idare mahkemesi tarafından yapılmasının hukuka aykırı bir sonuç doğuracağını söylemek mümkün değildir. Sonuç itibarı ile her iki organ da bağımsız yargıçlar tarafından meydana gelmekte ve mevcut hukuk kuralları uygulamaktadır. Bu nedenledir ki Anayasa Mahkemesinin çağdaş hukuki bir düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı görmesine iştirak edemiyoruz. Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşü YCGK'nın 21.12.2004 tarih ve 189-225 sayılı ve bugün artık aksine içtihat etmiş kararından esinlenmiş gibi görünmektedir." Donay, Süheyl, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 1. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2007, s. 499.

¹⁰ "Anayasa mahkemesinin iptal kararının karşı oy gerekçesinde de isabetli olarak işaret edildiği gibi iptal ve iptal sonrasında yapılan düzenleme ile "uygulamada birlik, ahenk ve hukuk güvenliği" parçalanmıştır." Otacı, Cengiz / Keskin, İbrahim, *Türk Kabahatler Hukuku*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 42.

daki kabahatler arasında ilişki kurulmuş, uygulamadaki dağınıklık giderilmeye çalışılmış, sadelik ve basitlik getirilmiştir.”¹¹

Böylece gerek Kabahatler Kanunu'nda yer verilen (m. 32-43) gerekse daha fazlası özel ceza yasalarında bulunan kabahatler için TCK'da olduğu gibi bir sistematik içinde düzenlenen genel hükümler belirlenmiştir.

Kabahatler Kanunu'na Göre Kanun Yolları

Anayasa Mahkemesi'nin Sosyal Sigortalar Kanunu, İmar Kanunu ve Mesleki Eğitim Kanunu'ndaki *“Verilen para cezalarına karşı ... yetkili Sulh Ceza Mahkemesinde itiraz edilebilir” hükümlerini anayasaya aykırı bularak iptal etmesi karşısında; Hükümetçe TBMM'ne sunulan Kabahatler Kanunu tasarısının genel gerekçesinde belirtildiği gibi bu Kanun Tasarısında idarî yaptırım kararlarına karşı yargı yolu gibi konularda ayrıca düzenleme yapılmamıştır.”*

Ancak TBMM Adalet Komisyonu'nda *“kabahatlerin ve bunlar karşılığında öngörülen idari yaptırım kararlarının bir idari işlem olmasının ötesinde, ceza hukukunun genel prensipleriyle yakın ilişki içinde olduğu düşüncesiyle”* kabahatler karşılığında öngörülen idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarına karşı ceza mahkemesine başvurulabilmesini mümkün kılan düzenleme yapılmıştır.¹² Böylece tasarıya 27. madde olarak eklenen hükümlerle, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı sulh ceza mahkemesine başvuru yolu ve bu başvuruya ilişkin usul, 28. madde ile bu başvuru-

¹¹ CGK, 16.05.2006, 2006/9-23 E., 2006/141 K.

¹² Adalet Komisyonu Raporu'na göre değişiklik gerekçesi: *“1 inci maddeye iki bent eklenerek, kabahatler dolayısıyla karar alma süreci ve idari yaptırım kararlarına karşı kanun yolu da Tasarının kapsamına ithal edilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, böyle bir düzenlemenin yapılmasına gerek de duyulmaktadır. Zira, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin kararlarla ilgili olarak, yerine getirilmeden önce, adli denetim imkânının ve bu suretle kesinleşmenin sağlanması gerekir. Böylece, kişiler açısından hukuki güvence sağlanmış olur. Aksi takdirde, idari yaptırım kararları genel bir idari işlem olarak değerlendirilerek kararın verildiği tarih itibarıyla icraya konulabilecektir. Ancak idari yargı yoluna başvurulması üzerine idare mahkemesi yürütmeyi durdurma kararı verdiği takdirde bu yaptırımlara ilişkin kararların yürütülmesinin durdurulması mümkün olabilecektir.”*

runun incelenme ve değerlendirilmesine ilişkin süreçte izlenecek yöntem düzenlenmiş, eklenen 29. madde ile de, sulh ceza mahkemesinin kararına karşı itiraz kanun yolu düzenlenmiştir.¹³

İster adli ister idari yaptırım olsun, kural olarak bunlar ancak ilgililere bildirilmekle sonuç doğurur. Yapılmış fakat bildirilmemiş bir işlem, yapılmamış gibidir.¹⁴ Mahkeme ve idari organlar verdikleri kararlarda, varsa kanun yolu veya yollarının şeklini, süresini, mercii doğru bir şekilde göstermeleri gerekir.¹⁵ Anayasa'nın 40. maddesinin 2. fıkrasına göre "(*Ek fıkra: 03.10.2001-4709 sayılı Kanun m. 16*) Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." Kanun yolunun bildirilmesinde ve tebliğinde noksanlık ve usulsüzlük varsa karar kesinleşmez ve infazı mümkün olmaz. Kabahatler Kanunu'nun 26. maddesinde kararların tebliği usulü gösterilmiştir. İster yoklukta verilip tebliğ edilsin, ister kişinin huzurunda verilsin kararda başvurulabilecek kanun yolu, mercii ve süresi açık bir şekilde belirtilmelidir.¹⁶

¹³ Bkz., Yalçın, İsmail, *Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2007, Ankara, s. 133 v.d.

¹⁴ Yurtcan, Erdener, *Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2005, İstanbul, s. 41

¹⁵ Örneğin mahkemece kovuşturma konusu fiilin suç oluşturmaması nedeniyle beraat, kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; kararda beraat kararına karşı istinaf/temyiz yasa yoluna, idarî yaptırım kararına karşı itiraz yasa yoluna gidilebileceğini, her iki karara karşı yasa yoluna gidilmesi halinde dosyanın istinaf/temyiz merciiince inceleneceği belirtilmelidir. Eğer beraat kararının temyizi, değer itibarıyla kesin olması, temyiz süresinden sonra yapılması veya temyiz edenin buna hakkının bulunmaması gibi nedenlerle mümkün değilse, kararı veren yerel mahkemenin temyiz talebini reddedip, sadece idarî yaptırım kararına itiraz açısından dosyayı itiraz merciiine göndermesi gerekir. Temyizi belirtilen sebeplerle temyiz mercii reddetmişse, dosyanın dönüşünden sonra idarî yaptırım kararına itiraz açısından dosyanın itiraz merciiine gönderilmesi gerekir. Bilindiği gibi yasa yolunda yanılma, ilgilinin hakkını zayi etmez.

¹⁶ "Karar ve hükümlerde yer alan yasa yolu açıklamalarının, bu yola başvuru hakkı olan kişilere tam bir açıklıkla ifade edilmesi ve yanılığara sebebiyet verilmemesi yasal zorunluluktur.

1- Anayasanın 4709 sayılı Yasanın 16. maddesi ile 03.10.2001 tarihinde değiştirilen 40.maddesinin 2. fıkrasındaki; "devlet işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." Hükümü,

2- 5271 sayılı CYY'nın 232. maddesinin 6. fıkrasındaki; "hüküm fıkrasında kanun yollarına başvurma ve tazminat istemi olanağının bulunup bulunmadığı"

Kabahatler Kanunu'na Göre Başvuru Yolu (m. 27)

Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesine göre başvuru yolunda sulh ceza mahkemeleri sadece idarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararlarına karşı görevli kılınmıştır. Kanun'un 16/2. maddesinde "İdarî tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir" ifadesiyle özel yasalarda yer alan diğer idari yaptırımlar (ki 19. maddede "Bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, İşyerinin kapatılması, Ruhsat veya ehliyetin geri alınması, Kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyri-seferden alıkonulması gibi yaptırımlar" olarak örneklendirilen ve bunlara benzer tedbirler) geçerli kılınmışsa da bunlara karşı genel hükümlere

nun, başvuru olanağı varsa süresi ve merciinin tereddüde yervermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekir." hükmü,

3- 5271 sayılı CYY'nın "eski hale getirme" başlıklı 40. maddesinin 2. fıkrasındaki; "kanun yoluna başvuru hakkı kendisine bildirilmemesi halinde de kişi kusuraşsız sayılır." hükmü birlikte değerlendirildiğinde, Yasakoyucunun, hak sahibi olanlar yönünden yasayolunun mercii, biçimi ve süresi bakımından hükmün yeterli olması ve keza her türlü yanıltıcı ifadeden uzak bulunması keyfiyetini önemseddiği ortaya çıkmaktadır.

Konu olayda ise; Yerel Mahkemenin, önceki hükme yönelik temyizi yeterli sayan ve Yargıtay C.Başsavcılığının iadesi sonrasında verdiği kararın Yargıtay'ca incelenmesi için başka bir temyiz istemine gerek olmadığı izlenimi yaratan yanıltıcı bir ifadeyle "dosyanın yeniden incelenmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına gönderilmesine" ibaresini hükmüne yansıtması ve bunun yanı sıra, hazır bulunanlar için yasayoluna başvuru yönünden "tefhim" yeterli iken yanıltıcı bir başka açıklama ile "tebliğ"i, sürenin başlangıcına ölçü alması, kişileri yanlışlığa sevkedecek mahiyettedir.

Bu itibarla mahkeme, yasayolu süresini başlatmaya yeterli olmayan bir hüküm kurmuş olmaktadır. Hal böyle olunca, Yargıtay C. Başsavcılığının iadesi sonrasında Yerel Mahkemece verilen hüküm yönünden, yasayoluna başvuru süresinin başladığını ve sanığın kendi iradi hareketiyle sürenin temyize başvurulmadan geçirildiğini kabul etmek olanaklı bulunmamaktadır." (CGK 18.09.2007, 2007/3-162 E., 2007/177 K.)

- ¹⁷ "4550 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile 2918 sayılı Kanun'a ilave edilen Ek 13. maddesi gereğince sanığın alkollü araç kullanmak suçunu birinci defa işlemesi halinde sürücü belgesinin geçici olarak geri alınması işlemlerine bu kanunun 6. maddesinde sayılan trafik görevlileri yetkilidir.

Hükümden sonra, 31.3.2005 günlü mükerrer sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 19. maddesinin "c" bendine göre "ruhsat ve ehliyetin geri alınması yaptırımına ilişkin hükümlerin ilgili kanunlarda bu kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmıyacağı kadar saklı olduğu", aynı Kanun'un 27. maddesinde de "idarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı sulh ceza mah-

göre idari yargıya başvurulabilir.^{17, 18, 19}

Hemen belirtilmelidir ki, bazı yasalarda (5510 sayılı Kanun m. 102 gibi) idari yaptırıma karşı o yaptırıma karar veren idareye itiraz hakkı tanınması Kabahatler Kanunu anlamında başvuru yolu değil, idare hukuku anlamında “*idari başvuru yolunun tüketilmesi*”dir.²⁰

Başvuru yoluna ilişkin uygulamada yaşanan tereddütler nedeniyle 5560 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonucu 27. maddenin 5. fıkrası değiştirilip,²¹ maddeye 6, 7 ve 8. fıkralar eklenmiştir. Eklenen fıkraların ortak özelliği aynı dosya üzerinden kanun yolu farklı olan kararların verilmesi halinde konunun bir bütün olarak incelenmesini sağlamaktır.²² Buna göre;

kemesine itiraz edilebileceği” düzenlenmiş olup, buna göre sulh ceza mahkemesinin ehliyetin geri alınması kararına karşı yapılan itirazı inceleme yetkisinin bulunmadığı gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi yerine yargılamaya devamla hüküm tesisi, ...

Bozmayı icabettirmiş, muterizin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün 5320 sayılı Kanun’un 8/1. maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK’nın 321. maddesi gereğince bozulmasına,” (7. CD. , 17.11.2005, 2004-34724 E., 2005/20244 K.)

¹⁸ “Bu yaptırım kararlarının önemi Kanununun 27. maddesinde öngörülmüş olan “başvuru yolu” hükümleri nedeniyle. Çünkü kabahatten dolayı yalnızca idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı, sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği belirtilmiştir.” Yalçın, İsmail, s. 102

¹⁹ “Kabahatler Kanunu ile getirilen sistem gereği, kabahatler ve bunlar karşılığında öngörülen idari yaptırım kararları, idari bir işlemin ötesinde, ceza hukukunun genel prensipleriyle yakın ilişki içinde bulunmaktadır. Nitekim, anılan Kanun’da, kanunilik, zaman ve yer bakımından uygulama, sorumluluğun esasları, hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler, teşebbüs, iştirak, içtima, zamanaşımı gibi ceza hukukunun bir çok temel ilkesine yer verilmiştir. Bu nedenledir ki, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlardan, idari para cezası ile mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarına karşı idari yargıya değil, ceza mahkemesine başvurulmasını mümkün kılan bir düzenleme yapılmıştır.” (CGK., 16.05.2006, 2006/9-23 E., 2006/141 K.)

²⁰ Yalçın, s. 139

²¹ Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesinin 5. fıkrası 5560 sayılı Kanun’dan önce “İdari yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde bu madde hükmü uygulanmaz.” şeklinde iken anılan yasayla yapılan değişiklikle “İdari yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilir.” şeklinde değiştirilmiştir

²² Değişiklik gerekçesine göre, “Cumhuriyet savcısı, suç oluşturduğu iddiasıyla yapılan şikayet üzerine bir fiille ilgili olarak soruşturma başlatır. Soruşturma sonucunda, fiilin suç oluşturmadığı kanaatine vararak, fail hakkında kovuşturmayla

1. Kanun'un 22 ve 23. maddelerine göre ilgili kamu kurum ve kuruluşu görevlileri ile Cumhuriyet savcısı tarafından verilen idarî yaptırım kararına karşı sulh ceza mahkemesine başvuru yoluna gidilecektir. Kanun'un 24. maddesine göre idarî yaptırım kararı Sulh veya Asliye ceza mahkemelerince verilmişse artık buna karşı ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir. İdarî yaptırım kararının ağır ceza mahkemesi tarafından verilmesi halinde bu karara karşı itiraz mercii en yakın ağır ceza mahkemesidir.

27. maddenin 2. fıkrasında eski hale getirme hususu düzenlenmiştir. Buna göre idarî yaptırım kararının tebliği veya tefhimi (yüze karşı açıklanması) tarihinden itibaren en geç on beş günlük başvuru süresi, mücbir (zorunlu) bir nedenle geçirilmişse, bu sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde karara karşı başvuruda bulunulabilir. Bu başvuru, kararın kesinleşmesini engellemez; ancak, mahkeme yerine getirmeyi durdurabilir.

Belirtmek gerekir ki yasal başvuru süresinin, zorunlu bir nedenle geçirilmesi sonucu tanınan 7 günlük süre idari yaptırım kararında yasa yolu mercii, biçimi ve süresinin her türlü yanıltıcı ifadeden uzak bir şekilde gösterilmesi halinde söz konusudur. Yukarıda belirtildiği gibi eğer kararda yasa yolu bildirim, kişileri yanıltacak nitelikte ve usule aykırı bir şekilde yapılmışsa, başvuru yasal süreden sonra da olsa kabul edilmelidir. Aksi halde karar kesinleşmez ve infazı mümkün olmaz.

Başvuru; bizzat, kanunî temsilci veya avukat tarafından sulh ceza mahkemesine verilecek iki nüsha dilekçe ile yapılabilir. Dilekçede, idarî yaptırım kararına ilişkin bilgiler, bu karara karşı ileri sürülen deliller ile başvurunun süresinde yapılmasını engelleyen mücbir sebep

yer olmadığına karar verir. Ancak, Cumhuriyet savcısı bu fiilin kabahat oluşturduğu gerekçesiyle, fail hakkında idarî para cezasına karar verir. Bu durumda, şikayetçi, fiilin suç oluşturduğu iddiasıyla Cumhuriyet savcısının kararına itiraz edebilir. Buna karşılık, fail, davranışının kabahat de oluşturmadığını ileri sürerek hakkında verilen idarî para cezasının kaldırılmasını talep edebilir. Bu gibi durumlarda kanun yolu bakımından nasıl bir yol izlenmesi gerektiği hususuna açıklık getirmek için madde metnine altıncı fıkra eklenmiştir. Yedinci fıkra olarak madde metnine eklenen hükümlerle, aynı sorunun kovuşturma evresinde ortaya çıkması haline özgü çözüm getirilmiştir. Madde metnine sekizinci fıkra olarak eklenen hükümlerle, Kabahatler Kanunu'nun düzenlemelerinin ortaya çıkardığı bağlantı sorununa çözüm getirilmiştir."

varsa dayanaklarıyla gösterilmelidir. Kanun metninde bizzat dilekçe teriminin geçmesi, hatta bu dilekçenin iki nüsha olarak verilmesi gerektiği belirtildiğinden, belirtilen usul dışında sözlü başvuru veya bunun tutanağa bağlanması yolu ile başvuru yoluna gidilemez.²³

2. 6. fıkraya göre soruşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı başvuru da bu itiraz merciinde incelenir. 27. maddenin 1. fıkrasında Cumhuriyet savcısı tarafından bir suç soruşturması söz konusu olmadan veya suç soruşturması sonucu verilen idarî yaptırım kararına karşı sulh ceza mahkemesine başvuru yolu düzenlenmişken, burada bir suç soruşturması sonucu fiil kabahat oluşturduğunda veya birden fazla fiil olup bir kısmı suç bir kısmı kabahat olup da suç için kovuşturmaya yer olmadığına karar verilip, kabahat olduğu tespit edilen eylem nedeniyle idarî yaptırım kararı verilmesi hali düzenlenmektedir. 5560 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik gerekçesinde belirtildiği gibi 23/3. maddedeki duruma ilave olarak (failin idarî yaptırım kararına itiraz etmesinin yanında) olayın müştekisinin de kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz etmesi halinde 27/6 madde söz konusu olacaktır. İdarî yaptırım kararı için Kabahatler Kanunu'nun 27/1. maddesine göre sulh ceza mahkemesi görevli ise de kovuşturmaya yer olmadığına dair karar nedeniyle CMK'nın 173. maddesi uyarınca ağır ceza mahkemesi görevli olduğundan, birbiri ile bağlantılı iki konuda da itiraz mercii olarak ağır ceza mahkemesi görevli kılınmıştır.²⁴

3. Yine değişiklik gerekçesinde açıklandığı gibi 7. fıkra olarak madde metnine eklenen hükümlerle, 6. fıkradaki sorunun kovuşturma evresinde ortaya çıkması haline özgü çözüm getirilmiştir. Buna göre kovuşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle

²³ Otacı, Keskin, s. 101, 105.

²⁴ "6. fıkranın düzenleniş amacı, ihtilafa konu eylemin suç olmadığına dair vasıflandırma hatasının önüne geçmek için kabul edilmiş istisnai bir düzenlemedir. ... *istisnai yöntem, idari yaptırma konu eylemin mağdurunun, Cumhuriyet savcısının 23/3. fıkraya kapsamındaki kararına, CMK 173. maddeye göre eylemin suç olarak değerlendirilmesi gerektiği şeklindeki itirazı halinde geçerli olmalıdır.* Karara hem eylemin mağdurunun hem de failinin itirazı, 6. fıkradaki yönetime göre sonuçlandırılır. Sadece failin itirazı ise, 27/1. maddede kabul edilen mercii tarafından sonuçlandırılacaktır." Otacı, Keskin, s. 103-104.

le idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; fiilin suç oluşturmaması nedeniyle verilen beraat kararına karşı kanun yoluna gidildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı itiraz da bu kanun yolu merciinde incelenir. Yukarıda belirtildiği gibi Kanun'un 24. maddesine göre idarî yaptırım kararı mahkemece verilmişse 27/5. maddeye göre buna karşı ancak ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir. Ancak bundan farklı olarak, fail hakkında (C. savcısı veya katılanın) beraat kararını temyiz etmesinin yanında failin de idarî yaptırım kararına itiraz etmesi halinde, kural olarak itiraz merci ağır ceza mahkemesi olmasına rağmen her iki karar da temyiz merciince incelenecektir. *Amaç, aynı eylemle ilgili iki ayrı yargı yolundan çıkabilecek farklı kararların verilmesini engellemektir.*

4. Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesine, 5560 sayılı Kanun ile eklenen 8. fıkrayla, idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının, bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görüleceği düzenlenmiştir. Kanun'da yapılan değişiklik ve bu değişikliğe Anayasa Mahkemesi'nin getirdiği yorum karşısında,²⁵ Yargı-

²⁵ Anılan kararın gerekçesine göre, "...İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezaları, bir yapının ruhsatsız veya ruhsata aykırı veya imar mevzuatına aykırı yapıldığının tespit edilmesi anlamını taşımaktadır. Uygulamada söz konusu aykırılığın tespiti, devam eden inşaatlarda yapı tatil zaptı, tamamlanmış olan yapılarda ise yapı tespit zaptı düzenlenmesiyle gerçekleşmekte ve bu suretle idari işlem kimliğine bürünmektedir. Söz konusu işlemler, yerleşik yargı kararlarında idari davaya konu oluşturabilecek nitelikte idari işlemler olarak kabul edilmektedirler.

Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesi, "*idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması hali*"nin varlığını aramaktadır.

Bu çerçevede, İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca para cezası verilmesi işlemi, imar mevzuatına aykırı bir yapılanmanın tespiti, önlenmesi veya giderilmesine yönelik idari bir işlemin devamı niteliğinde olduğundan, Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca idari yaptırım kararının yanı sıra idari yargının görev alanına giren başka bir kararın da verilmiş olduğunun ve buna bağlı olarak söz konusu para cezalarına karşı açılacak davalarda idari yargının görevli olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu durumda, İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezasına karşı sulh ceza mahkemesinde açılan dava, itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin görevine girmemektedir. İtiraz başvurusunun mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir." (Any. Mah., 05.04.2007, 2007/35-36 sayılı K.)

tay 7. Ceza Dairesi, İmar Kanunu'na göre inşaatın durdurulması veya yıkım kararına yönelik bir başvuru olmaksızın sadece idari para cezası verilmesine dair başvuru yönünden de idari yargının görevli olacağına karar vermiştir.²⁶ Danıştay 6. Dairesi'nin Kararı da bu yöndedir.²⁷

5. *"Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 6 ve 7. fıkraları ile 8. fıkrasının bir araya gelmesi, soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı ile birlikte idarî yaptırım kararı verilmesi ve bu kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde ne olacaktır? Burada iki ihtimal düşünü-*

²⁶ "Karar tarihinde yürürlükte bulunan 01.06.2005 gün ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3 ve 27. maddeleri uyarınca idari yaptırımlara karşı başvuru yolunda Sulh Ceza Mahkemelerinin görevli ve yetkili kılınmış olduğu gözetilmeden görevsizlik kararı verilmiş ise de,

Hükümden sonra 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanunla Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesine eklenen 8.fıkra ile "İdari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görüleceğinin" düzenlendiği ve 15 Kasım 2007 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Anayasa Mahkemesinin 05.04.2007 gün, 2007/35 esas, 2007/36 sayılı kararına göre de "İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca para cezası verilmesi işlemi, imar mevzuatına aykırı bir yapılanmanın tespiti, önlenmesi veya giderilmesine yönelik idari bir işlemin devamı niteliğinde olduğundan, Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca idari yaptırım kararının yanı sıra idari yargının görev alanına giren başka bir kararın da verilmiş olduğunun ve buna bağlı olarak söz konusu para cezalarına karşı açılacak davalarda idari yargının görevli olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu durumda, İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezasına karşı sulh ceza mahkemesinde açılan dava, itiraz başvurusunda bulunan mahkeme'nin görevine girmemektedir" denilmiş olmasına göre,

İdari işlemle birlikte verilen idari para cezasına itiraz başvurusunu incelemeye idare mahkemeleri görevli kılındığından muteriz vekilinin yerinde görülmenin temyiz itirazlarının reddi ile sonucu itibarıyla doğru olan görevsizlik kararının onanmasına," (7. CD, 11.02.2008, 2006/3986 E., 2008/908 K.)

²⁷ Danıştay 6. Dairesi'nin bu Kararında; Anayasa Mahkemesi'nce, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42/5. maddesinin beşinci fıkrasındaki sulh ceza mahkemesine itiraz edilebileceğine ilişkin düzenlemenin iptaline dair 15.5.1997 gün, 1996.72.1997.51 sayılı kararın ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na 5560 sayılı Kanun'la eklenen sekizinci fıkra hükmünün gerekçeleri bir arada değerlendirilip, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezalarına karşı açılacak davaların çözümünde idari yargının görevli olduğu sonucuna varılmıştır. (Danıştay 6. D. 30.01. 2007, 2006/1498 E., 2007/438 K.,)

www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp, E.T.: 7.2.2008)

lebilir. İlki idari yargı merciin görevli olmasıdır. İkinci olarak, 6. fıkranın düzenleniş amacı ihtilafa konu eylemin suç olmadığına dair vasıflandırma hatasının önüne geçmek olduğu gözetildiğinde, eylemin suç olup olmadığı, idari yargı tarafından değil, adli yargı tarafından belirlenmelidir. Bu nedenle 8. fıkraya uygulanmaz.”²⁸

Başvurunun İncelenmesi Usulü (m. 28)

“Başvurunun incelenmesi” usulü 28. maddede ayrıntılı olarak gösterilmiştir. Başvuru üzerine mahkemece öncelikle yetki, süre, nitelik veya ehliyet yönünden mahkemece yapılan ön inceleme sonucunda; dosyanın yetkili sulh ceza mahkemesine gönderilmesine veya başvurunun usulden reddine, aksi halde başvurunun usulden kabulüne karar verilerek işin esasına geçilecektir. Esastan incelemenin usulü 28. maddenin 2 ilâ 7. fıkralarında gösterilmiştir. Bu yöntem öğretilerde bir nevi ceza kararnamesi olarak nitelendirilmiştir.²⁹

Başvuruda dilekçenin tek nüsha verilmesi, delillerin gösterilmesi gibi noksanlıklar varlığı halinde ne yapılacağına dair bir düzenleme olmamakla birlikte mahkemece ilgiliye yapılacak tebligat veya uyarı ile makul bir süre tanınarak aksi halde mevcut duruma göre ka-

²⁸ Otacı, Keskin, s. 101, 103-104

²⁹ “Kabahatler Kanunu bir nevi ceza kararnamesidir. Ceza kararnamesinin temel özelliği şudur. Mahkemenin bütün aşamaları atlanır. Doğrudan doğruya hüküm vermeye geçilir ve bir hüküm verilir. Fakat bu hükme karşı gelindiği vakit iş mahkemeye gelir. Yeni Kabahatler Kanunu da bu sistemi benimsedi. Yeni Kabahatler Kanunu'nun genel hükümler kısmında benzeri bir şekilde düzenleme yapıldı.

Bir taraf da suç, bir taraf da kabahatler. Suça ilişkin genel hükümlerdeki prensiplerin birçoğu Kabahatler Kanun'a yansıtıldı. Bir fiilin kanunda kabahat olarak düzenlenmiş olması gerekiyor. Bir nevi suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gerçekleşmiş olması gerekiyor. Fakat böyle bir kabahatten dolayı idari yaptırım uygulama yetkisi kanunda açıkça kime verildi ise onun tarafından kullanılıyor. 22. maddesine göre; kanunda hangi makam idari yaptırım karar verir denmiş ise o makam doğrudan doğruya hüküm veriyor. Fakat Kabahatler Kanunu buna hüküm değil son karar adını veriyor ve bu karar yani idari yaptırım karar C. Savcısı tarafından verilebiliyor, kolluk tarafından verilebiliyor, mahkeme tarafından verilebiliyor veya idari makamlar tarafından verilebiliyor. Ancak 27. madde idari yaptırım kararına karşı başvuru yolunu kabul etmiştir.” Yenisey, Feridun, “Kabahatler Kanunu”, TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri, Eğitim Dairesi Başkanlığı, Yayın No:33, Ankara 2006, s. 173.

rar verileceği ihtar edilmelidir.³⁰ Bazı delillerin o anda dilekçede gösterilmemiş olması sonradan ileri sürülmesine engel olmamalıdır.³¹ Çünkü maddede ön inceleme sırasında hangi hallerde başvurunun usulden reddedileceği açıkça gösterilmiştir. Bunun dışındaki basit noksanlık ve yanlışlar nedeniyle başvurunun reddine karar verilmesi yasal bir hak olan *hak arama hürriyetinin* engellenmesi anlamına gelir. Oysa hak ve özgürlükler asıldır. Bunları kısıtlayıcı nedenler ise ancak kanunla konulabilir.³²

Başvurunun usulden kabulü halinde mahkeme dilekçenin bir örneğini ilgili kamu kurum ve kuruluşuna tebliğ eder. Başvuru dilekçesinin tebliği tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde mahkemeye cevap verilmelidir.³³ Başvuru konusu idarî yaptırıma ilişkin işlem dos-

³⁰ Otacı, Keskin, s. 106.

³¹ Erdoğan, Yüksel, *Kabahatler Kanunu*, Seçkin yayıncılık, Ankara 2005, s. 211.

³² Anayasa'nın 36/1. maddesine göre, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması"nı düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesine göre ise "(Değişik madde: 03.10.2001-4709 sayılı Kanun m. 2) Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

³³ İdari yaptırım kararı kesinleşinceye kadar yapılan tüm işlemler bir soruşturma niteliği taşıdığından, ilgili kamu kurum ve kuruluşunca (yetkilisince) başvuru dilekçesine 15 gün içinde cevap verilmemesinin CMK'nın 332. maddesi uyarınca TCK'nın 257. maddesindeki suç oluşturacağı belirtilmişse de (Meran, Necati, *Açıklamalı İçtihatlı Kabahatler Kanunu ve Kabahat İçeren Kanunlar*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 125.) aksi yönde görüşler de mevcuttur: "Kabahatler Kanunu'nda belirtilen soruşturma kavramının, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki soruşturma kavramı ile benzer olmadığını ifade etmek gerekir." (Altıparmak, Cüneyd, "Kabahatler Hukukunda Soruşturma Zamanaşımı", http://www.turkhuukuksitesi.com/makale_754.htm E.T.:26.5.2008) Kanaatimizce burada bir ayırımı gidilmesi gerekmektedir. Başından beri bir suç soruşturması mevcut olup (Kabahatler Kanunu'nun 23, 24, 27/5,6,7. maddeleri anlamında) bu soruşturma sonucu verilen karar başvuru veya itiraza konu olmuş ve bu aşamada ilgili mahkemeye 15 gün içinde cevap verilmemesi TCK'nın 257. maddesindeki suç oluşturabilir. Çünkü CMK'nın 332. maddesinde "Suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde cevap verilmesini" ve "Bilgi istenen yazıda yukarıdaki fıkraya hükmü ile buna aykırı hareket etmenin Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır. Bu durumda haklarında kamu davasının açıl-

yasının tamamının bir örneği, cevap dilekçesi ile birlikte mahkemeye verilir. Mahkeme, işlem dosyasının aslını da ilgili kamu kurum ve kuruluşundan isteyebilir. Cevap dilekçesi, idarî yaptırım kararına karşı başvuruda bulunan kişi sayısından bir fazla nüsha olarak verilir.

Uygulamada sık rastlandığı gibi, başvuru üzerine, sulh ceza mahkemelerince bu konuda idari yargının görevli olduğundan bahisle, görevsizlik kararları verilmekte ve kaynağını 09.12.1931 gün ve 12-48 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'ndan alan düşünceden hareketle adli yargı dışındaki yargı mercilerine yönelik görevsizlik kararları, yasa yolu açısından hüküm sayılıp, hükümlerin tabi olduğu temyiz yasa yoluna tabi olacakları kabul edilmekte ise de, kanaatimizce bu husus Kabahatler Kanunu açısından geçerli değildir. Çünkü başvuru üzerine yapılacak işlemler ve verilecek kararlar 28. maddede tek tek gösterilmiştir. Bunların içinde görevsizlik kararı bulunmamaktadır. Fakat *"başvuru konusu idarî yaptırım kararının sulh ceza mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmadığı... anlaşılması halinde bu nedenle başvurunun reddine karar verileceği"* açıkça belirtilmiştir. Bu karar ise aynı Kanun'un 29. maddesi uyarınca ağır ceza mahkemesi nezdinde itiraza tabidir.

Mahkemece, başvuru üzerine son karar olarak nasıl ki *"para cezasının miktarında değişiklik yaparak başvurunun kabulüne"* veya *"idarî yaptırım kararının kaldırılmasına"* karar verileceği yerde *"idari cezanın düzeltilerek onanmasına"* veya *"başvuranın beraatine"* karar verilmesi halinde kararın tabi olacağı kanun yolu değişmeyecektir. Aynı şekilde başvuru konusu idarî yaptırım kararının sulh ceza mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmadığından *"başvurunun reddi"* yerine *"mahkemenin görevsizliğine"* karar verilmesi de kanun yolunu değiştirmeyecektir. Nitekim Ceza Genel Kurulu ve Özel Daire kararları da bu yönde oluşmuştur.³⁴

ması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler hakkında, yasama dokunulmazlığı saklı kalmak üzere, doğrudan soruşturma yapılacağını" öngörmektedir. Bunun dışında örneğin Kabahatler Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca idarî kurul, makam veya görevlilerin verdiği idari yaptırım sonucu gidilen başvuru ve itiraz evresi "Suçların soruşturma ve kovuşturması" olmadığından, mahkemeye 15 gün içinde cevap verilmemesi TCK'nın 257. maddesindeki suçu oluşturabilirse de kamu görevlileri hakkında doğrudan soruşturma yapılabileceğini düşünmüyoruz.

³⁴ "Kaynağını 09.12.1931 gün ve 12-48 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın oluştur-

Öğretide ise Kabahatler Kanunu'nun 28. maddesinin 8. fıkrasına göre sulh ceza mahkemesinin idari yaptırım kararı hakkında son karar olarak (esastan verilen) "başvurunun reddine" veya "idari yaptırım kararının kaldırılmasına" ilişkin kararlarına karşı 29. madde uyarınca itiraz kanun yoluna gidilebileceği ancak 28. maddesinin 1. fıkrasının (a) ve (b) bendine göre, başvurunun süre veya görev gibi usulden reddine karar verilmesi halinde bu kararlara karşı herhangi bir kanun yolu bulunmadığı ifade edilmiştir.³⁵

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *tanıklığa, bilirkişi incelemesine* ve *keşfe* ilişkin hükümleri (m. 28/5) ile yer bakımından yetki kuralları (m. 22/4) bu başvuru ile ilgili olarak da uygulanır. Bu düzenlemeler taddi (örnekleme yoluyla sayılmış) değil, tahdididir (sayılanlarla sınırlıdır), kıyasen genişletilemez.³⁶ Bu anlamda örneğin CMK'nın 237 v.d.

duğu 5271 sayılı CYK'nın 223. maddesinin 10. fıkrası uyarınca adli yargı dışındaki yargı mercilerine yönelik görevsizlik kararları, yasa yolu açısından hüküm sayıldıklarından, bu kararlar, hükümlerin tabi olduğu temyiz yasa yoluna tabi olacaktır. ... Ancak burada unutulmaması gereken husus, verilen görevsizlik kararının 5271 sayılı CYK'nın 223/10. fıkrası anlamında ve suçlarla ilgili yapılan yargılamada verilmiş olmasıdır.

...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 CYK'nın 223/10. fıkrası anlamında hüküm sayılmayan bu karara karşı başvurulabilecek olağan yasa yolu ise temyiz olmayıp, aynı Kanun'un 29. maddesi uyarınca itirazdır." (CGK. 27.10.2009, 2009/7-206 E.,250 K.)

³⁵ "Başvurunun reddi kararı, Kabahatler Kanunu'nun 28. maddesinde iki halde verilmektedir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasının (b) bendine göre, "başvurunun ... halinde", reddine karar verilmektedir. Dikkat edilirse bu durumda başvuru sadece usul yönünden reddedilmektedir. İkinci halde ise, başvuru esastan reddedilmektedir. 28. maddenin sekizinci fıkrasının (a) bendine göre idari yaptırım kararının hukuka uygun olduğunun anlaşılması halinde, sulh ceza mahkemesi son karar olarak başvurunun reddine karar vermektedir. 29. maddeye göre sulh ceza mahkemesinin ancak "son karar olarak" verdiği "başvurunun reddine" veya "idari yaptırım kararının kaldırılmasına" ilişkin kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilebilir. Başka bir ifadeyle, usulden verilen başvurunun reddi kararlarına karşı herhangi bir kanun yolu bulunmamaktadır." Özgüç, İzzet/Şahin, Cumhuriyet, "Kabahatler Kanununun Uygulanmasına İlişkin Hukuki Değerlendirmeler-1", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Yıl 2, Sayı 4, Mart 2010, s. 13

³⁶ Öyle olsaydı "Bu kanunda açık hüküm bulunmayan hallerde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hükümleri, başvuru ile ilgili olarak da uygulanır" şeklinde bir ifade kullanılabilirdi. Zaten maddede duruşma açılması halinde uygulanacak usul ku-

maddelerine göre “*kamu davasına katılma*” mümkün değildir.³⁷

Mahkeme gerekli görüp duruşma açarsa, ilgilileri dinledikten ve bütün delilleri ortaya koyduktan sonra aleyhinde idarî yaptırım kararı verilen ve hazır bulunan tarafa son sözünü sorar. Son söz hakkı, aleyhinde idarî yaptırım kararı verilen tarafın kanunî temsilcisi veya avukatı tarafından da kullanılabilir. Mahkeme son kararını hazır bulunan tarafların huzurunda açıklar ve son karar olarak idarî yaptırım kararının;

Hukuka uygun olması nedeniyle, “*başvurunun reddine*”,

Hukuka aykırı olması nedeniyle, “*idarî yaptırım kararının kaldırılmasına*”,

İdarî para cezasının alt ve üst sınırının kanunda gösterildiği kabahatler dolayısıyla verilmiş idarî para cezasına karşı başvuruda bulunulması halinde, mahkeme idarî para cezasının miktarında değişiklik yaparak da başvurunun kabulüne karar verebilir. Bu durumda mahkemece idarî para cezasının miktarında değişiklik yapılırken bizim de katıldığımız bir düşünce olarak “*aleyhe bozma yasağı nedeniyle başvurunun aleyhine cezanın arttırılmaması gerektiği*” ileri sürülmüştür.³⁸ Ancak

ralları ayrıca gösterilmiştir. (Talep üzerine veya re’sen tarafları ve ilgilileri çağırarak sırasıyla dinlemesi, bütün delillerin ortaya koyulması, aleyhinde idarî yaptırım kararı verilen ve hazır bulunan tarafa veya kanunî temsilcisi veya avukatına son sözünü sorması gibi...)

³⁷ “326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 43. maddesi kapsamında kalan ancak 15 yaşından küçük olması sebebiyle hakkında ceza tertibine yer olmadığına ilişkin karar verilen sanık Bayram Yılmaz’ın “ruhsatsız av tüfeği taşıma” eylemi, Kabahatler Kanunu’nda düzenlenmiş olduğundan ve kabahatlere ilişkin katılma kararı da verilemeyeceğinden, buna rağmen verilen müdahale kararı da hükmü temyiz etme hakkı vermeyeceğinden, bu suçtan kurulan hükme ilişkin müşteki Halil Ercan vekilinin temyiz isteğinin ...istem gibi CMUK’nun 317.maddesi uyarınca oybirliğiyle (reddine),” (8. CD 21.5.2008, 2006/10283 E., 2008/6020 K.)

³⁸ Güçlü, Yaşar, *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 75.

CMK’nın 307/4. maddesine göre “Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262. maddede gösterilen kimselerce temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz.” Doğal olarak idarî yaptırım kararına karşı, bu yaptırıma muhatap kişiler Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesi uyarınca sulh ceza mahkemesine başvurmaktadır. Mahkemece idarî para cezasının miktarında başvurunun lehine değişiklik yapılarak “başvurunun kabulüne” karar vermesi halinde, ceza miktarı olarak

mahkeme idarenin yerine geçerek yeniden bir cezaya hükmedemez.³⁹

2.000 (ikibin) Türk Lirası dahil idarî para cezalarına karşı başvuru üzerine verilen kararlar kesindir. Burada dikkat edilecek husus 2.000 liralık kesinlik sınırının, idare veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen idarî yaptırım kararı için değil, idarî yaptırım kararına karşı gidilecek başvuru üzerine verilecek kararlar için söz konusu olduğudur. Aynı şekilde gerek 27. maddenin 5. fıkrası gerekse 29. maddenin 5. fıkrası uyarınca olsun, (başvuru üzerine değil, kovuşturma aşamasında ilk defa olarak) idarî yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde de, 2.000 liralık kesinlik sınırı aranmadan ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilecektir. Yargıtay CGK'nın kararı da bu yöndedir.⁴⁰

Mahkemece, başvuru üzerine son karar olarak “*para cezasının miktarında değişiklik yaparak başvurunun kabulüne*” veya “*idarî yaptırım kararının kaldırılmasına*” karar verileceği yerde “*idari cezanın düzeltilerek onanmasına*” veya “*başvuranın beraatına*” karar verilemez, verilirse

kesin nitelikte değilse idarece bu karara karşı ağır ceza mahkemesine itiraz edilmesi üzerine, “*itirazın kabulüne*” veya “*itirazın reddine*” karar verilecektir. (Uğur, Hüsamettin, “*Kabahatler Kanunu ve 5252 Sayılı Kanun’a Göre İdari Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması*”, *Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 85, Kasım-Aralık 2009) Aynı yönde, Otacı, Keskin, s. 111ç

³⁹ “5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 28/2. maddesi uyarınca mahkemece idari yaptırım kararının hukuka aykırı olduğu kanaatine varılması halinde idari yaptırım kararının kaldırılmasına karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, yazılı şekilde idarenin yerine geçirilerek yeniden idari para cezasına hükmedilmiş bulunmasında isabet görülmemiş ve ... kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görüldüğünden Zeytinburnu 2. Sulh Ceza Mahkemesi’nin 09.09.2005 gün ve 2005/61-61 D. iş sayılı kararının CMK’nın 309/4-d maddesi uyarınca bozulmasına, cezanın çektirilmemesine,” (7. CD. 29.01.2007, 2006/8266 E., 2007/278 K.)

⁴⁰ “Kabahatler Kanunu’nun 27. ve 28. maddeleri “başvuru yasa yolu”na ilişkindir. 28. maddenin 9. fıkrası iken, 06.12.2006 gün ve 5560 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten sonra 10. fıkra olan düzenlemeye göre; “İkibin Türk Lirası dahil idari para cezalarına karşı “başvuru üzerine” verilen kararlar kesindir. “Görüldüğü gibi, buradaki düzenleme tamamen “başvuru yasa yolu” sonunda verilen kararlarla ilgilidir. Bir başka deyişle; başvuru yasa yolu sonunda verilen kararda yer alan idari para cezası ikibin Türk Lirası veya daha altında ise, buna karşı itiraz yasa yoluna gidilemeyecektir. Ancak, doğrudan mahkeme tarafından verilen idari para cezaları ile ilgili olarak böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. Dolayısıyla, yürüttüğü yargılama sonunda mahkeme tarafından hükmedilen idari para cezasının miktarı ne olursa olsun, buna karşı 5326 sayılı Kanun’un 29. maddesinde düzenlenen itiraz yasa yoluna gidilebilecektir.” (CGK, 27.02.2007, 2007/16.HD-25 E., 2007/49 K.)

de bu durum kararın tabi olacağı kanun yolunu değiştiremeyecektir. Aynı şekilde başvuru konusu idarî yaptırım kararının sulh ceza mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmadığından “başvurunun reddi” yerine “mahkemenin görevsizliğine” karar vermesi de kanun yolunu değiştirmeyecektir. Nitekim Ceza Genel Kurulu’nun 27.10.2009 gün ve 2009/206-250 sayılı kararı da bu yönde oluşmuştur.⁴¹

Başvuru ve İtiraz Yoluna Kimler Gidebilir

27. maddenin 3. fıkrasına göre, (aleyhinde idarî yaptırım kararı verilen kimse) bizzat başvuru yoluna gidebileceği gibi,⁴² onun adına kanunî temsilci veya avukat tarafından da başvuruda bulunabilir. Hemen belirtmek istiyoruz ki; bir soruşturma veya kovuşturma konusu eylem nedeniyle idari yaptırım kararı verilmesi halinde buna varsa mağdur, müşteki veya katılanın itiraz hakkı bulunmamakta-

⁴¹ “Kaynağını 09.12.1931 gün ve 12-48 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’nın oluşturduğu 5271 sayılı CYK’nın 223. maddesinin 10. fıkrası uyarınca adli yargı dışındaki yargı mercilerine yönelik görevsizlik kararları, yasa yolu açısından hüküm sayıldıklarından, bu kararlar, hükümlerin tabi olduğu temyiz yasa yoluna tabi olacaktır. ... Ancak burada unutulmaması gereken husus, verilen görevsizlik kararının 5271 sayılı CYK’nın 223/10. fıkrası anlamında ve suçlarla ilgili yapılan yargılamada verilmiş olmasıdır.

...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 CYK’nın 223/10. fıkrası anlamında hüküm sayılmayan bu karara karşı başvurulabilecek olağan yasa yolu ise temyiz olmayıp, aynı Kanun’un 29. maddesi uyarınca itirazdır.”

⁴² Kanun’un 27/3. maddesindeki “Başvuru, bizzat kanunî temsilci veya avukat tarafından ... yapılır” cümlesinden idarî yaptırım kararı verilen kimseye başvuru hakkı tanınmadığı, başvuru hakkının kanunî temsilci veya vekil olan avukata tanınıp kişinin kendisine tanınmamasının hukuk ilkeleriyle bağdaşmadığı düşünülebilirse de (Meran, Necati, s. 114) bunun “bizzat”tan sonra virgül konulmamasından kaynaklanan bir yazım hatası olduğu açıktır. Bu husus “Başvurunun incelenmesi” usulüne dair 28. maddesinin 7. fıkrasındaki “Mahkeme, ... aleyhinde idarî yaptırım kararı verilen ve hazır bulunan tarafa son sözünü sorar. Son söz hakkı, aleyhinde idarî yaptırım kararı verilen tarafın kanunî temsilcisi veya avukatı tarafından da kullanılabilir.” ifadesinden de açıkça anlaşılmaktadır. Başvuru hakkı sadece kanunî temsilci ve vekile tanınmak istenseydi “bizzat” ifadesinin kullanılmasına gerek yoktur. Ayrıca Adalet Komisyonu’nda kabul edilen metinde “bizzat”tan sonra virgül mevcut olup madde Meclis Genel Kurulu’nda değişikliğe uğramadan kabul edilmiştir.

dır. Çünkü suçtan zarar gören, mağdur veya müşteki ya Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 6. fıkrasına göre ancak *"kovuşturmaya yer olmadığı kararı"*na itiraz edebilir. Ya da bir davada katılan sıfatını almış kimse 7. fıkraya göre fiilin suç oluşturmaması nedeniyle verilen *beraat kararına* karşı (istinaf/temyiz) kanun yoluna gidebilir. Kanunun 25. maddesinde idarî yaptırım kararına ilişkin tutanakta açıkça gösterilmesi gereken hususlar tek tek gösterilmiş, 26. maddede idarî yaptırım kararının, *"ilgili kişiye"* tebliğ edileceği belirtilmiştir. Başvurunun mahkemece incelenmesini düzenleyen 28. maddede de *"başvuru sahibi ve avukatı, ilgili kamu kurum ve kuruluşunun temsilcisi, varsa tanıklar"*ın dinlenilip *"aleyhinde idarî yaptırım kararı verilen ve hazır bulunan tarafa"* son sözün sorulacağı ifade edilmiştir.

Kabahatler Kanunu'nda *"suçtan zarar gören, mağdur, müşteki, katılan"* gibi bir suç soruşturma veya kovuşturmasının süjesi olabilecek taraflara yer verilmemiştir. Dolayısıyla bir kimse 27. maddenin 6 ve 7. fıkralarındaki *kovuşturmaya yer olmadığına* dair kararın veya *beraat kararının* tarafı değilse salt idari yaptırıma konu eylemin mağduru olarak fail hakkındaki idarî yaptırım kararına karşı Kabahatler Kanunu'nun 27-29. maddelerindeki başvuru ve itiraz yoluna başvuramaz. Aksi halde mahkemece Kanun'un 28/1-b maddesi uyarınca yapılacak ön inceleme sonucunda; başvuranın buna hakkı bulunmadığından başvurunun reddine karar verilmelidir.

Kabahatler Kanunu'na göre itiraz yasa yoluna ise başvuru yoluna gidebilenlerin yanı sıra ilgili kamu kurum ve kuruluşunun temsilcisi veya vekili de gidebilir.

Kabahatler Kanunu'na Göre İtiraz Yolu (m. 29)

İtiraz yolunun düzenlendiği 29. maddede, mahkemenin verdiği son karara karşı, kararın tebliği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine itiraz edilebileceği, kararın, dosya üzerinden inceleme yapılarak, her bir itirazla ilgili olarak; *"itirazın kabulüne"* veya *"itirazın reddine"* karar verileceği belirtilmiştir. Başvurunun incelenmesi usulünde (m. 28) mahkeme gerekli gördüğü takdirde duruşma açabiliyorken, itirazda kararın dosya üze-

rinden yapılacak inceleme ile verileceği düzenlenmiştir. Ancak her nasılsa duruşma açılarak karar verilmesi sonuca etkili olmayacaktır.

İtiraz ancak 2000 Türk Lirasını aşan idarî para cezalarına karşı yapılabilecektir. 5560 S.K. ile 28. maddeye eklenen fıkra ile *“başvuruda bulunulması halinde, mahkeme idarî para cezasının miktarında değişiklik yaparak da başvurunun kabulüne”* karar verebileceğine dair 3. bir karar seçeneği itiraz yolunda tanınmamıştır. Aynı şekilde CMK'nın 271. maddesinde olduğu gibi itiraz merciin itirazı kabul etmesi halinde aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verilebileceğine dair bir hükme yer verilmediğinden ancak *“itirazın kabulüne”* veya *“itirazın reddine”* karar verilebilecektir.⁴³

Buradaki itiraz, Kabahatler Kanunu'na özel bir usul olup, CMK'nın 173 veya 263. maddelerindeki itiraz gibi değildir. Bu nedenle de özel düzenleme mevcut iken CMK'ya göre itiraz edilmesi ve itirazın bu şekilde incelenmesi usulsüz olacaktır.⁴⁴ Öğretide ise *“sulh ceza mahkeme-*

⁴³ “Kabahatler Kanunu'nun ... “itiraz yolu” başlıklı 29. maddesinde ağır ceza mahkemesinin dosya üzerinden yapacağı inceleme sonucunda “itirazın kabulüne” veya “itirazın reddine” karar vereceğinin düzenlenmiş olması nazara alınarak, mercii ... Ağır Ceza Mahkemesi'nce itirazın kabul edilerek sulh ceza mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verilmiş olunması karşısında, itirazın konusu olan idari para cezası hakkında da bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiş ve ... anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozmaya atfen ihbar olunmuş bulunmakla ... 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 29/3. madde fıkrasında; itirazı incelemekle görevli mahkemenin itirazla ilgili olarak “itirazın kabulüne” veya “itirazın reddine” karar vereceği hükme bağlanmış olup, anılan maddedeki açıklık karşısında mahkemenin kararı usul ve yasaya uygun bulunduğundan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kanun yararına bozma isteminin reddine,” (7. CD. 25.03.2009, 2007/663 E., 2009/3802 K.)

⁴⁴ “5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 29/1. maddesindeki “Mahkemenin verdiği son karara karşı, yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir. Bu itiraz, kararın tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yapılır.” hükmü uyarınca, sulh ceza mahkemesinin kararına karşı vuku bulan itirazı inceleme görevinin ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilmeden, asliye ceza mahkemesince görevsizlik kararı verilmesi yerine esas hakkında inceleme yapılarak yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiş ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozmaya atfen ihbar olunmuş bulunmakla... kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görüldüğünden... Sulh Ceza Mahkemesi'nin 11.10.2005 gün ve 2005/292 Müt. sayılı kararının CMK'nın 309/4-b maddesi uyarınca bozulmasına, müteakip işlemlerin mahallinde mahkemesince yapılmasına,” (7. CD. 18.03.2009, 2007/11343 E., 2009/3150 K.)

sinin son karar olarak vermiş bulunduğu «başvurunun reddine» veya «idari yaptırım kararının kaldırılmasına» ilişkin kararlara karşı ağır ceza mahkemesine itiraz edilmesi gerekirken, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki itiraz usulü işletilmek suretiyle asliye ceza mahkemesine başvurulması ve asliye ceza mahkemesinin de kendisini yetkili görerek bir karar vermesi halinde, artık Kabahatler Kanunu değil, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kanun yollarına ilişkin hükümlerinin uygulanması gerektiği” belirtilmiştir.⁴⁵

Maddenin 4. fıkrasında, mahkemenin verdiği kararın taraflara tebliğ edileceği, vekil olarak avukatla temsil edilme halinde (tabii vekilin karar verilen duruşmada hazır bulunması şartıyla) ayrıca taraflara tebligat yapılmayacağı ifade edilmişse de, bu ifade itiraz üzerine verilen kararın olağan bir kanun yoluna tabi olduğunu, bir başka ifadeyle kesin olmadığını göstermemektedir. Kesin de olsa kararın tebliği Anayasal bir buyruktur.⁴⁶ Kaldı ki Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 7 ve 8. fıkraları uyarınca karar istinaf/temyiz kanun yoluna tabi olabilir veya idarî yargıya başvurulmasını, dava açılmasını, gerektirebilir. Bu açıdan da tebligat gereklidir.

Kabahatler Kanunu kapsamında verilen kararın türü ne olursa olsun, 27. maddeye 5560 sayılı Kanun'la eklenen 7. fıkradaki istisnai durum dışında temyiz yasa yoluna tabi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu Kanun'a özgü kanun yolları başvuru ve itirazdır. İdarî yaptırım kararının ağır ceza mahkemesi tarafından verilmesi halinde bu karara karşı itiraz mercii en yakın ağır ceza mahkemesidir.

Kabahatler Kanunu'nun 19. maddesinde saklı tutulduğu belirtilen “diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için; bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi ve ruhsat veya ehliyetin geri alınması” gibi yaptırımları içeren kararların (2918 sayılı Kanun'a göre 3. kez alkollü araç kullanma eylemi nedeniyle mahkemece sürücü belgesinin geri alınması ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun -09.12.2009 tarih ve 5940 sayılı Kanun ile değişiklikten önceki 42/6. maddesinde düzenlenen meslekten men kararlarının) özel daire uygulamasına göre, bazen temyize bazen itiraza tabi olduğu yönünde kararları mevcut ise de⁴⁷,

⁴⁵ Özgenç, Şahin, s. 13.

⁴⁶ Anayasa'nın 40/2. maddesine göre “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.”

⁴⁷ “5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca sulh ceza mahkemele-

⁴⁸ son olarak anılan kararların temyize değil, Kabahatler Kanunu'nun 29. maddesi uyarınca itiraza tabi olduğuna karar verilmiştir.⁴⁹ Kanaatimizce anılan her iki yaptırım da Kabahatler Kanunu'nun 19. maddesinde saklı tutulan hükümlerden (diğer tedbirlerden) olup, sulh ceza mahkemelerinin 5560 sayılı Kanun'la değişik 27/5. maddesine göre verdiği kararlardır ve ancak ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir.⁵⁰

rince alkollü araç kullanma fiili nedeniyle hükmolunan idari para cezası ile ona bağlı sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin kararlara karşı aynı Kanun'un 29. maddesi uyarınca yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine itiraz edilmesi mümkün olup, kararın temyizi kabil olmadığından, temyiz dilekçesi itiraz mahiyetinde kabul edilerek gereği mahallinde değerlendirilmek üzere dosyanın incelenmeksizin iadesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine, 29.1.2009 günü oyçokluğuyla karar verildi." (7. CD. 2005/14501 E., 2009/2215 K.) "Karşı Oy: Ehliyetin geri alınması kararı temyize tabi olup, hükmün temyizi kabil olduğundan çoğunluk kararına katılmıyoruz."

⁴⁸ "Kabahat fiili nedeniyle verilen her türlü yaptırım kararı temyize tabi olmadığından temyiz talebinin reddi gerektiği yönündeki oylamada Başkan T. Demirtaş ve Üye S. Çilesiz'in karşı oyları ile hükmün temyizi kabil olduğu kabul edilerek yapılan incelemede;

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42/5 maddesinde düzenlenen meslekten men cezasının bağlı olduğu anılan Kanun'un 42/1, 2. maddesinde öngörülen idari para cezalarının miktarına göre, davanın 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 20/2. maddesinde öngörülen soruşturma zamanaşımına tabi bulunduğu ve suç tarihi itibarıyla temyiz inceleme gününde Kabahatler Kanunu'nun 20/2 maddesinde öngörülen zamanaşımı süresinin tahakkuk ettiği anlaşıldığından hükmün bozulmasına, anılan maddeler uyarınca sanık hakkındaki kamu davasının zamanaşımı nedeniyle düşürülmesine, 26.02.2009 günü oyçokluğuyla karar verildi." (7. CD. 2006/8928 E., 2009/2512 K.)

⁴⁹ "5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 29. maddesi uyarınca sulh ceza mahkemele-rince verilen idari yaptırım kararlarına (Ehliyetin 5 yıl süre ile geri alınmasına) karşı yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine itiraz edilmesi mümkün olup, kararın temyizi kabil olmadığından, temyiz dilekçesi itiraz mahiyetinde kabul edilerek gereği mahallinde değerlendirilmek üzere dosyanın incelenmeksizin iadesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine," (7. CD. 25.6.2009, 2007/1405 E., 2009/7607 K.)

⁵⁰ Burada asıl sorun, 5728 sayılı Kanun'la birçok yasada yapıldığı halde her iki yasa-da da Kabahatler Kanunu'na uygun değişikliklerin yapılmaması ve 3. kez alkollü araç kullanma eylemi nedeniyle sürücü belgesinin geri alınması ile meslekten men cezasının sulh ceza mahkemesince verileceğinin hükme bağlanmasıdır (2918 sayılı Kanun'un 112 ve 3194 sayılı Kanun'un 42/6. maddeleri). Sulh ceza mahkemele-rinin verdiği karar, Kabahatler Kanunu'nun 19. maddesinde belirtilen "diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için; bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi ve ruhsat veya ehliyetin geri alınması" olup, ilgili kanunlar-da bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmıyacağı kadar bu yaptırımlar saklı tutulduğu sürece 5560 sayılı Kanun'la değişik 27/5. maddesine göre "idari yap-

Aynı şekilde idari ceza sonucunda açılan müsadere davalarında verilen kararların da (Örneğin gerekli uyum çalışması yapılmadığı için idari ceza yanında müsadere hükmü içeren 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu) itiraza tabi olduğuna karar verilmiştir.⁵¹

İmar Kanunu'nun 42. maddesinin birinci fıkrasındaki "... 500 000 TL.'dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir" hükmünün Anayasa'nın 2. maddesindeki "hukuk devleti" ilkesine aykırı bulunarak İPTAL edilmesi sonucu⁵² anılan yasa maddesi 9.12.2009 tarih ve 5940 sayılı Kanun ile bütünüyle yeniden düzenlenmiştir. Maddenin yeni halinde fenni mesuller ve müteahhitlere sulh ceza mahkemesince meslekten men cezası vereceğine dair bir düzenlemeye veya görev ve yetkiye ilişkin açık bir hükme yer verilmediğinden, Kabahatler Kanununun 3. maddesi gereği Kanunun 27, 28 ve 29. maddeleri hükümlerine göre sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerine başvuru ve itiraz yoluna gidilmeli ise de Anayasa Mahkemesi'nin 5.04.2007 gün ve 2007/35-36 sayılı Kararı karşısında idari yargının görevli olduğunun kabulü gerekmektedir.

tırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilir."

⁵¹ "5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca verilen idari yaptırım kararlarına bağlı müsadere davasının aynı Kanun'un 29. maddesi uyarınca temyizi kabil olmayıp, itirazı mümkün bulunduğundan temyiz dilekçesi itiraz mahiyetinde kabul edilerek mahallinde değerlendirilmek üzere dosyanın incelenmesizin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine," (7. CD. 25.06.2009, 2007/9268 E., 2009/7590 K.)

⁵² Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. ...Alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçsüzdür. Cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir. ... cezaların yasallığı ve hukuksal güvenlik ilkelerinin gereği olarak, farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için, imar hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütleri yasada göstermesi gerekir. ...Hukuk kuralları, yargının yorumuna ihtiyaç göstermeyecek ve uygulayıcılar tarafından anlaşılabilir şekilde açık ve belirgin olmak, uygulayıcılara güvence vermek zorundadır. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir. (Any. Mhk., 17.4.2008, 2005/5 E., 2008/93 K., 5.11.2008 gün ve 27045 s. *Resmî Gazete*'de yayınlanmış olup, yayınlanmasından başlayarak dört ay sonra yürürlüğe girmesine karar verildiğinden İPTAL kararının yürürlük tarihi 5.3.2009'dur.)

Özel dairenin bu gibi yaptırımları içeren kararların bazen temyize bazen itiraza tabi olduğu yönünde kararları mevcut ise de^{53, 54} konunun Ceza Genel Kurulu'na taşınması üzerine, "2918 sayılı Kanun'un 48/5, 5252 sayılı Kanun'un 7, 5326 sayılı Kanun'un 19. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; kabahat nedeniyle sürücü belgesinin geri alınmasına veya alınmamasına ilişkin olarak verilen karar, 5237 sayılı TCK kapsamında güvenlik tedbirine ilişkin olarak verilmiş bir karar ve bu kapsamda 5271 sayılı CYK'nun 223. maddesi anlamında hüküm sayılamayacağından, somut olayda, alkollü araç kullanma kabahati nedeniyle hükmedilecek idari tedbir niteliğindeki yaptırıma karşı, sadece hükümlere karşı başvurulabilecek bir yasa yolu olan temyiz yasa yoluna başvurulamayacağına" karar verilmesi üzerine⁵⁵ özel daire uygulaması da bu yönde istikrar kazanmıştır.⁵⁶ Aynı şe-

⁵³ "5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca sulh ceza mahkemele-
rinde alkollü araç kullanma fiili nedeniyle hükmolunan idari para cezası ile ona
bağlı sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin kararlara karşı aynı yasanın 29.
maddesi uyarınca yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine itiraz edilme-
si mümkün olup, kararın temyizi kabil olmadığından, temyiz dilekçesi itiraz ma-
hiyetinde kabul edilerek gereği mahallinde değerlendirilmek üzere dosyanın in-
celenmeksizin iadesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine, 29.1.2009
günü oyçokluğuyla karar verildi." (7. CD. 2005/14501 E., 2009/2215 K.) "Karşı Oy:
Ehliyetin geri alınması kararı temyize tabi olup, hükmün temyizi kabil bulundu-
ğundan çoğunluk kararına katılmıyoruz."

⁵⁴ "Kabahat fiili nedeniyle verilen her türlü yaptırım kararı temyize tabi olmadığı-
ndan temyiz talebinin reddi gerektiği yönündeki oylamada Başkan T. Demirtaş ve
Üye S. Çilesiz'in karşı oyları ile hükmün temyizi kabil olduğu kabul edilerek yapı-
lan incelemede;

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42/5 maddesinde düzenlenen meslekten men ce-
zasının bağlı olduğu anılan Kanun'un 42/1, 2 maddesinde öngörülen idari para ce-
zalarının miktarına göre, davanın 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 20/2 mad-
desinde öngörülen soruşturma zamaşımına tabi bulunduğu ve suç tarihi itibarı-
yla temyiz inceleme gününde Kabahatler Kanunu'nun 20/2 maddesinde öngö-
rülen zamaşımı süresinin tahakkuk ettiği anlaşıldığından hükmün bozulmasına,
anılan maddeler uyarınca sanık hakkındaki kamu davasının zamaşımını ne-
deniyle düşürülmesine, 26.02.2009 günü oyçokluğuyla karar verildi." (7. CD,
2006/8928 E., 2009/2512 K.)

⁵⁵ CGK, 09.06.2009, 2009/7-112 E., 2009/157 K. aynı yönde; 09.06.2009, 2009/7-119 E.,
2009/158 K.

⁵⁶ "5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 29. maddesi uyarınca sulh ceza mahkemele-
rinde verilen idari yaptırım kararlarına (Ehliyetin 5 yıl süre ile geri alınmasına) karşı
yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine itiraz edilmesi mümkün olup,
kararın temyizi kabil olmadığından, temyiz dilekçesi itiraz mahiyetinde kabul edi-
lerek gereği mahallinde değerlendirilmek üzere dosyanın incelenmeksizin iadesi
için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine," (7. CD, 25.6.2009, 2007/1405 E.,

kilde idari ceza sonucunda açılan müsadere davalarında verilen kararların da (Örneğin gerekli uyum çalışması yapılmadığı için idari ceza yanında müsadere hükmü içeren 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu) itiraza tabi olduğuna karar verilmiştir.⁵⁷

İdari İşlemin Kanun Yararına Bozma Yoluyla Denetlenmesi

Bu Kanun'a özgü kanun yolları başvuru ve itirazdır. Bu yolların usulünce tüketilmesi halinde olağanüstü yasa yolu olan kanun yararına bozma yoluna gidilip gidilemeyeceği konusu Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun birkaç kararı ile istikrar kazanmıştır. Yargıtay CGK'nca Kabahatler Kanunu öncesinde, itiraz üzerine verilen kararların kesinleşmesi sonucu olağanüstü kanun yolu olan "*Kanun Yararına Bozma (Yazılı Emir)*" yoluyla idari bir işlemin denetlenmesinin de idari nitelikte olması karşısında, bu tür bir işlemin adli yargıya ilişkin... olağanüstü yasa yolu denetimine tabi tutulmasının yasal olarak "*olanaksız*" olduğu belirtilmişken⁵⁸ "Kabahatler Kanunu ile getirilen yasal değişiklikler ve yeni düzenlemeler karşısında 21.12.2004 gün ve 189-225 sayılı kararında belirtilen neden ve gerekçeler ortadan kalkmış olduğundan, idari yaptırımlara itiraz üzerine adli mahkemelerce verilip kesinleşen kararlara karşı yasa yararına bozma yoluna başvurulması "*mümkün olduğuna*" karar verilmiştir.⁵⁹ Öğretide de bu yönde dü-

2009/7607 K.)

⁵⁷ "5326 sayılı Kabahatler Kanununun 22. maddesi uyarınca verilen idari yaptırım kararlarına bağlı müsadere davasının aynı yasanın 29. maddesi uyarınca temyizi kabil olmayıp, itirazı mümkün olduğundan temyiz dilekçesi itiraz mahiyetinde kabul edilerek mahallinde değerlendirilmek üzere dosyanın incelenmeksizin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine," (7. CD, 25.06.2009, 2007/9268 E., 2009/7590 K.)

⁵⁸ CGK, 21.12.2004, 2004/7-189 E., 2004/225 K.

⁵⁹ "Kabahatler Kanunu ile getirilen sistem gereği, kabahatler ve bunlar karşılığında öngörülen idari yaptırım kararları, idari bir işlemin ötesinde, ceza hukukunun genel prensipleriyle yakın ilişki içinde bulunmaktadır. Nitekim, anılan Kanun'da, kanunilik, zaman ve yer bakımından uygulama, sorumluluğun esasları, hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler, teşebbüs, iştirak, içtima, zamanaşımı gibi ceza hukukunun bir çok temel ilkesine yer verilmiştir. Bu nedenledir ki, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlardan, idari para cezası ile mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarına karşı idari yargıya değil, ceza mahkemesine başvurulmasını mümkün kılan bir düzenleme yapılmıştır. Böylelikle, bu kararların yerine getirilmesinden önce ceza hukuku ilkeleri bakımından adli

şünceler vardı.⁶⁰

Aynı şekilde, belediye encümenince verilen idari para cezasının iptali amacıyla idari yargı yerine sulh ceza mahkemesine yapılan başvuru sonucu, mahkemece itirazın kabulü ile idari para cezasının iptaline ilişkin kararına karşı kanun yararına bozma istemi üzerine, Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nce; *"verilen idari para cezalarına karşı idare mahkemesine dava açılması gerektiğinden, bu hüküm dikkate alınmadan görevsizlik yerine sulh ceza mahkemesince incelenerek sonuçlandırılması suretiyle yargı yolunu değiştiren görevlilik kararının temyizi kabil olduğu ve kararın... henüz kesinleşmediği gerekçesiyle kanun yararına bozma isteminin red-dine"* dair karara yapılan itiraz sonucu Yargıtay CGK, sulh ceza mahkemesinin kendisini yasaya aykırı olarak görevli saymak suretiyle, başvuru üzerine verdiği kararın, kendiliğinden yok sayılmasının olanaklı olmadığı gibi, miktarı itibariyle kesin nitelikte bulunan, bu karardaki hukuka aykırılığı gidermek için olağan bir yasa yolu da bulunmadığı, anılan karardaki hukuka aykırılığı giderebilmenin tek yolunun kanun yararına bozma olduğuna karar vermiştir.⁶¹

denetim imkanı da sağlanmıştır. Bunun amacı, keyfiliği, uygulamalardaki eşitsizliği, hukuka aykırılıkları gidermektir.

...idari yaptırım kararına karşı başvuru üzerine sulh ceza mahkemesi tarafından ceza yargılamasının genel prensiplerine göre yargısal bir faaliyette bulunulması ve ceza hukukunun genel ilkeleri dikkate alınmak suretiyle bir karar verilmesi söz konusudur. Dolayısıyla, yapılan işlemler ve verilen kararlar adli ceza yargısını doğrudan ilgilendiren bir nitelik taşımaktadır. Tüm bu hususlar; yasa koyucunun, idari suç ve yaptırımları yalnızca idari bir işlem, öte yandan idari yaptırım kararlarına başvuru üzerine ceza mahkemelerince verilen kararları da salt idari işlemin denetlenmesi niteliğinde görmediğinin bir ifadesidir." (CGK. 16.5.2006, 2006/9-23 E., 2006/141 K.)

⁶⁰ Yıldız, Ali Kemal, Kabahatler Kanunu - Uygulama ve Sorunlar, TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri, EGM Eğitim Dairesi Başkanlığı, Yayın No:33, Ankara 2006, s. 198.

⁶¹ Yargıtay C. Başsavcılığı; mahkemenin, başvuru üzerine görevsizlik kararı vererek dosyayı idare mahkemesine göndermesi yerine, verdiği kararın hukuka aykırı olduğunu ancak, 5326 sayılı Kanun'un 28. maddesinin son fıkrası uyarınca, mahkemenin verdiği bu kararın kesin nitelikte olup mevzuatta, idari veya askeri yargı mercilerinin bakmakla görevli olduğu davayı, adli mahkemelerin bakarak sonuçlandırması sonucu verdiği "görevsizlik kararları dışındaki" kararların hüküm sayılması gerektiğine ve bu bağlamda temyiz yeteneğine sahip olduklarına ilişkin bir hüküm bulunmadığından 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesine göre kanun yararına bozma yasa yoluna tabi olduğu gerekçesiyle özel daire kararına itiraz etmesi üzerine;

Yargıtay ceza dairelerinin uygulaması ve kararları da bu yönde iken 7. Ceza Dairesinin görüş değiştirmesi⁶² ve bu görüşe öğretilen de destek veril-

Yargıtay CGK, 1412 sayılı CMUK'nın 305 ve 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesinde hükümlerin temyiz yasa yoluna tabi olduklarını, CMK'nın 223. maddesinin son fıkrasında ise "Adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararları"nın yasa yolu açısından hüküm sayılacağını açıkça belirttiğini, Kaynağını 09.12.1931 gün ve 12-48 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın oluşturduğu 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesinin 10. fıkrası uyarınca, adli yargı dışındaki yargı mercilerine yönelik, görevsizlik kararlarının, yasa yolu açısından hüküm sayıldıklarından, bu kararların, hükümlerin tabi olduğu temyiz yasa yoluna tabi olacağını belirttiğinden sonra;

"Yasa koyucu bu nedenle, gerçekte itiraza tabi olan görevsizlik kararlarını sırf bu hale münhasır olmak üzere, hüküm saymak suretiyle, temyiz yasa yoluna tabi kılmıştır. Burada temyize konu olacak karar önemle vurgulamak gerekir ki, yalnızca görevsizlik kararıdır.

Anılan hükümden hareketle adli yargı mahkemelerinin yasaya aykırı olarak kendilerini görevli saymaları halinde de, bu tür kararların temyiz yasa yolu ile denetlenmesini olanaklı saymak mümkün değildir. Şöyle ki; görev esasen davanın hükmüne bağlanmasını bekleyen konusuna göre bir çeşit ön sorundur. Zira mahkemelerde, işin esasları ile ilgili karar verilmesi öncelikle bu sorunun çözümü gerekmektedir. Bu konuda olumlu bir sonuca ulaşılmalıdır ki bir sonraki aşamaya geçilebilsin, bu açıdan bakıldığında, mahkemelerin görevsizlik kararları dışında, verdikleri her karar, kural olarak görevlilik kararının üzerine inşa edilmiş yeni bir karardır. Bu ön kabulün üzerine tesis edilen karar incelenmeden, dayananın ön kabul hakkında bir değerlendirme yapılamayacağı gibi, sonradan verilen karar görmezden gelinerek, ön değerlendirmeye ilişkin karar kendi başına denetlenemez.

Yasa yararına bozma konusu yapılan karar, sulh ceza mahkemesince başvuru üzerine verilen karardır, sulh ceza mahkemesinin kendisini yasaya aykırı olarak görevli saymak suretiyle, uyuşmazlığın esasına ilişkin bu kararın kendiliğinden yok sayılması yasal olarak olanaklı olmadığı gibi, miktarı itibarıyla kesin nitekte bulunan, bu karardaki hukuka aykırılığı gidermek için olağan bir yasa yolu da bulunmamaktadır. Anılan karardaki hukuka aykırılığı giderebilmenin tek yolu 5271 sayılı CYK'nın 309. maddesinde düzenlenmiş bulunan yasa yararına bozma olağanüstü yasa yoludur.

Bu itibarla Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulü ile özel daire kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme kararının, mahkemenin kendini yasaya aykırı olarak görevli sayması isabetsizliğinden CYK'nın 309. maddesi uyarınca yasa yararına bozulmasına, sulh ceza mahkemesince idari para cezasının kaldırılmasına ilişkin karar 223. maddede sayılan hükümlerden bulunmadığından, aleyhe bozma yasağı da söz konusu olamayacağından diğer hususların mahallinde ikmaline" karar vermiştir. (CGK. 09.06.2009, 2009/7-120 E., 2009/152 K.)

⁶² "...Kanun koyucu kabahatlerle ilgili genel hükümleri düzenlerken ihtiyaç duyduğu konularda başta 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu olmak üzere bazı kanunlara atıfta bulunan düzenlemelere de yer vermiştir. Örneğin 22. maddenin 4. fıkrası ile yer bakımından yetki kuralları konusunda 5271 sayılı CMK'nın ilgili kurallarına, 28. maddenin 5. fıkrası ile, tanıklığa, bilirki-

*mesi*⁶³ üzerine konu tartışmalı hale gelmiş; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılı-

şi incelemesine ve keşfe ilişkin konularda 5271 sayılı CMUK'nun ilgili kurallarına, 6. maddesiyle yer bakımından uygulama konusunda 5237 sayılı TCK'nun 8. maddesine atıfta bulunmuştur.

Yine kanun koyucu bazı durumlarda idari yaptırım kararlarını Kabahatler Kanunu'nda düzenlenen kanun yolundan farklı kanun yoluna tabi tutmuştur. Örneğin 27. maddenin; ...6, 7, 8. fıkrası...

Görüldüğü gibi kanun koyucu, yaptığı düzenlemelerle bazı durumlarda idari yaptırım kararlarına karşı 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda gösterilen kanun yollarından farklı kanun yollarına da başvurulabileceğini öngörmüştür. Bu istisnalar dışında ise idari yaptırım kararlarına karşı ancak ve sadece 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 1-5. fıkralarında, 28. maddesinde ve 29. maddesinde ön görülen kanun yollarına başvurulabileceğini benimsemiştir. Anılan maddelerdeki düzenlemelere göre idari yaptırım kararlarına karşı başvuru yasa yolları süreci ağır ceza mahkemesine yapılan itirazla tükenmekte ve bu itiraz üzerine verilen kararlar itiraza konu idari yaptırım kararı kesinleşmektedir. Kesinleşen bu idari yaptırım kararına karşı başvurulabilecek olağan ya da olağanüstü bir kanun yolu Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bu konuda, 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesinde düzenlenen kanun yararına bozma (olağanüstü yasa yolu) yoluna gidilebileceğine dair gönderme yapan bir düzenleme de yoktur. Bilindiği gibi Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 309. maddesinde düzenlenen "kanun yararına bozma" yasa yolu, istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen ve CMK'nın 223. maddesinde belirtilen hükümler ile aynı Kanun'un 267-271. maddeleri kapsamındaki kararlara karşı başvurulabilen yasa yoludur. Kabahatler Kanunu'nun 27-29. maddelerine göre verilen kararlar ise CMK'nın belirtilen maddeleri dışındadır. Dolayısıyla CMK'nın 309. maddesinde ifade edilen "kararlar" sözcüğü Kabahatler Kanunu'na göre verilen kararları kapsamamaktadır. Kanun yararına bozma müessesesi yalnızca adli suçlara ilişkin inceleme olanağı veren bir yasa yoludur. ...Halbuki idari yaptırım kararlarına karşı Kabahatler Kanunu'nda düzenlenen yasa yollarına göre mahkemelerin yapmakta oldukları incelemeler, idarenin kamu gücünü kullandığı ve kamu hukukuna ilişkin bir işleminin denetlenmesinden ibarettir. Burada mahkemelerce ceza muhakemesi kuralları ile ilgili bir işlem yapılmamaktadır. ...

Açıklanan bu nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının yerin de görülmeyen kanun yararına bozma isteminin oybirliğiyle reddine, (7. CD. 11.11.2009, 2009/17421 E., 2009/15412 K.)

⁶³ "5326 sayılı Kanun'da, kabahatlere ilişkin genel hükümlerin belirlenmesinde Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri ile irtibat kurulmuş ise de; usul hukukuna ilişkin hükümler bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu ile herhangi bir irtibat kurulmasına dair hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, Ceza Muhakemesi Kanununu, Kabahatler Kanunu'nun usul hukukuna ilişkin hükümlerini tamamlayan bir kanun olarak görmemek gerekir.

Kanun yolu olarak idari yaptırım uygulanmasına ilişkin karara karşı başvuru sulh ceza mahkemesinin son karar olarak vermiş bulunduğu "başvurunun reddine" veya "idari yaptırım kararının kaldırılmasına" ilişkin kararlarına karşı ağır ceza mahkemesine itiraz edilmesi üzerine bu mahkemece 29. madde hükümlerine göre verilen kararlar ilgili olarak herhangi bir olağanüstü kanun yoluna

ğının itirazı üzerine CGK, oyçokluğuyla da olsa (bir oy farkla) önceki kararlarının aksine özel dairenin kararını yerinde görerek itirazı reddetmiştir.⁶⁴

Kanun Yolundan Vazgeçme, Masraf ve Vekalet Ücreti

Kanun'un 30 ve 31. maddelerinde kanun yoluna başvurulmasından sonra "Vazgeçme ve kabul" ile "Masrafların ve vekalet ücretinin ödenmesi" konularına açıklık getirilmiştir. İdarî yaptırım kararına karşı kanun yoluna başvurulması harca tâbi değildir. Kanun yoluna başvuran kişi, bu konuda karar verilinceye kadar başvurusundan vazgeçebilir. Vazgeçme halinde bir daha aynı konuda başvuruda bulunulamaz. İlgili kamu kurum ve kuruluşu da mahkeme tarafından karar verilinceye kadar kanun yolu başvurusunu kabul ederek idarî yaptırım kararını geri alabilir.

Maddede kanun yoluna başvuran kişinin vazgeçmesi veya idarenin başvuruyu kabul ederek yaptırım kararını geri alması durumunda ne tür bir karar verilebileceği düzenlenmemiştir. Bu durumda kişi vazgeçerse "ret", idare veya yaptırım kararını veren makam kararını geri alırsa "kabul" şeklinde karar verilebilir.⁶⁵

Kanun yoluna başvuru dolayısıyla oluşan bütün masraflar ve vekalet ücreti, başvurusu veya savunması reddedilen tarafça ödenir.

Sonuç

Anayasa Mahkemesi'nin Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesini iptal etmesiyle bir bakıma yargısal denetim yollarındaki iki başlılığa geri dönüldüğü gibi Kabahatler Kanunu da Anayasa Mahkemesi'nin yeni iptal kararları vermesini engelleyememiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi henüz Kabahatler Kanunu yokken 17.2.2004 gün ve 2003/72, 2004/24 sayılı kararı ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 140. maddesindeki verilen para cezalarına karşı... Sulh Ceza Mahkemesi'ne itiraz edileceğine dair hükmü iptal etmesi üzerine kanun koyucu ta-

başvurulamaz." Özgenç, Şahin, s. 13

⁶⁴ CGK. 23.3.2010, 2010/7-33 E.,-58 K.

⁶⁵ Yalçın, s. 155.

rafından iptal kararına uygun olarak 31.05.2006 tarih ve 4958 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle idari para cezalarına karşı açılacak davalara bakma görevi idare mahkemelerine verilmişse de Kabahatler Kanunu'nun yürürlük tarihinden sonra Uyuşmazlık Mahkemesi 21.11.2005 günlü, 2005/84, 2005/105 sayılı kararında, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu kurallarını göz önüne alarak Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından verilen idari para cezalarında görevli yargı yerini adli yargı olarak belirlemiştir. Bu defa da kanun koyucu Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararı ve Kabahatler Kanunu doğrultusunda 8.2.2006 tarih ve 5454 sayılı Kanun'la değiştirilen 506 sayılı Kanun'un 140. maddesindeki "*Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler*" hükmünü tekrar getirmiş ancak bu hüküm de Anayasa Mahkemesi tarafından aynı gerekçelerle iptal edilmiştir.⁶⁶

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 3. madde ve buna paralel hüküm içeren idari para cezasına karşı sulh ceza mahkemesine itiraz edilebileceğine dair düzenlemeleri iptal etmesi sonucu özellikle idari yaptırımlara karşı kanun yolları (başvuru ve itiraz) konusunda evvelden beri var olan dağınıklık tam olarak giderilememiş, bunun sonucunda benzer konuların bir kısmı idari, bir kısmı da adli yargının görev alanında kalmaya devam etmiştir.

Kanun koyucunun, çıkarılacak veya değiştirilecek kanunlarda açıkça adli yargıyı görevli kılarak veya göreve ilişkin açık bir düzenle-

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı 4.10.2006 tarih ve 2006/75 E., 2006/99 K. sayılı olup 06.04.2007 tarihli RG'de yayınlanmıştır. (Bilindiği gibi Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi ise daha önce 01.03.2006 tarih ve 2005/108, 2006/35 sayılı kararlarla iptal edilmiş ve 22.7.2006 tarihli RG'de yayınlanmıştır.) Kararın gerekçesinde 506 sayılı Kanun'un 140. maddesi ile ilgili daha önceki iptal kararına ve Anayasa'nın 153. maddesine atıfta bulunduktan sonra "*Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, yasama organı yapacağı düzenlemelerle daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmamak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. ... İtiraz konusu kuralın, ... Uyuşmazlık Mahkemesi kararı uyarınca getirildiği anlaşıldığından Anayasa'nın 153. maddesine aykırılık oluşturmadığı sonucuna varılmıştır*" ifadeleriyle iptale konu düzenlemede tabir yerindeyse "*iki arada bir derede kalan*" kanun koyucunun bir kabahati olmadığını belirtmek istemiştir.

meye yer vermeyerek kanun yolları konusunda adli yargının görevli olmasını sağlayabileceği düşünülebilirse de, Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki yerleşik kararları karşısında pek mümkün görünmemektedir. *Bu nedenle idari yaptırımlara karşı kanun yolları konusunda Kanun koyucunun iradesinden çok Anayasa Mahkemesi kararlarının belirleyici olduğunu söylemek mümkündür.*

Bu Kanun'a özgü kanun yolları olan başvuru ve itirazın usulünce tüketilmesi halinde olağanüstü yasa yolu olan kanun yararına bozma yoluna gidilemeyeceği yönünde oluşan Yargıtay Özel Dairesi ve Ceza Genel Kurulu'nun son kararları karşısında, Kabahatler Kanunu açısından gerekli olan uygulama birliğinin nasıl sağlanacağı sorunu doğmuştur. Yeni ceza adalet sistemi çerçevesinde son yıllarda çokça başvurulmuş suç olmaktan çıkarma ve kabahate dönüştürme faaliyetleri sonucu Kabahatler Kanunu'nun öneminin arttığı ve çerçevesinin her geçen gün genişlediği gözetilerek, meydana gelen bu boşluk için kanun koyucunun acilen bir yasal düzenleme yapması gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Altıparmak, Cüneyd, "Kabahatler Hukukunda Soruşturma Zamanaşımı", www.turkhukuk sitesi.com/makale_754.htm E.T.:26.5.2008)
- Çelik, A. Ufuk, "Kabahat Kimde? (Kabahatler Kanunu'na Yargı Yolu)", *Hukuk Gündemi*, Sayı 4, 2006/Mart, Nisan, Mayıs.
- Donay, Süheyl, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 1. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2007.
- Erdoğan, Yüksel, *Kabahatler Kanunu*, Seçkin yayıncılık, Ankara 2005.
- Güçlü, Yaşar, *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Meran, Necati, *Açıklamalı İçtihatlı Kabahatler Kanunu ve Kabahat İçeren Kanunlar*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.
- Otacı, Cengiz/Keskin, İbrahim, *Türk Kabahatler Hukuku*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhur, "Kabahatler Kanununun Uygulanmasına İlişkin Hukuki Değerlendirmeler-I", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Yıl 2, Sayı 4, Mart 2010.

- Uğur, Hüsamettin, “Kabahatler Kanunu ve 5252 Sayılı Kanun’a Göre İdari Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması”, Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 85, Kasım-Aralık 2009.
- Yalçın, İsmail, *Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Yenisey, Feridun, “*Kabahatler Kanunu*”, TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri, EGM Eğitim Dairesi Başkanlığı, Yayın No:33, Ankara 2006.
- Yıldız, Ali Kemal, *Kabahatler Kanunu - Uygulama ve Sorunlar, TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri*, EGM Eğitim Dairesi Başkanlığı, Yayın No:33, Ankara 2006.
- Yurtcan, Erdener, *Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2005.

HERMENEUTİK (YORUM BİLİM) VE CEZA KANUNLARININ YORUMU

Cengiz OTACI*

I. Giriş

Modern devlet olgusunun ortaya çıkması, toplumsal sistemi tasarlanmış bir bütün haline getirme hedefiyle, kanun koyucu gibi bir statü belirlemiştir. Modern zamanlarda hukukun gelişimine hukukçuların etkisi azımsanamayacak ölçülerde ise de, nihai söz sahibinin yine modernleşmenin ürünü olan devlet olduğu unutulmamalıdır. Modern devletin oluşum aşamasında, resmi bilgi olarak resmi kanallardan topluma yayılan kanun, lineer tarih anlayışıyla yan yana yeşeren modern sosyoloji sayesinde modern insanı kuşatan mit olarak pozitivist hukuk kuramıyla desteklenmiştir. Bu dönemde kanun, yüceltilen, doğruluğu tartışılmayan, modernleşmenin bekçisi, destekleyicisi, belli amaçlara ulaşmanın resmi aracı olmuştur. Kanun koyucu statüsü, kanun yapma fikrini icat eden insanlığın, bu faaliyeti kurumsallaştırması, resmi bir hüviyet vermesidir. Kanun yapmanın kurumsallaşması, modern insanın zihninde, insan davranışına yön veren bütün kuralların kanun koyucunun faaliyetinin mahsulü olabileceği imajını yerleştirmeye başlamıştır.

“Kanun koyucu” ve “yorumcu” olarak adlandırılan birbirinden bağımsız ama birbiri ile sıkı etkileşim içindeki farklı statüler, modern dünya tasarımının ayrılmaz parçaları ise de, modernite düzleminde

* Hakim.

uyumu, kanun-hukuk düzleminde çatışmayı temsil etmektedir. Başka bir ifadeyle kanun koyucu ve yorumcu, modernleşme ortak paydasının önemli bir ürünü olmakla kardeştir. Bu kardeşlerden hukuku temsil eden yorumcu, kanunu denetleme ve uygulama göreviyle kanun koyucu adındaki kardeşinin gerekçelerine bağlı kalmadan, ondan bağımsız görev yapmaktadır. Yorumcu statüsünün güçlenmesi, kanun koyucunun, yorumcunun düşüncelerini dikkate alması, hukukun sağlıklı işlemesi adına önemlidir.¹ Yorumcu görevini yerine getirirken, kanun koyucunun yetki alanına girmemeli, yorumunu bilimsel gerekçelere dayandırmalı, “*hâkimler hükümeti*”ne yanaşmamalıdır. Erklar ayrılığı bunu gerektirir.

Hukuk kuralları, toplum düzenini sağlamak, adaleti yerine getirmek amacıyla insanlar tarafından oluşturulmuştur. İnsan zekâsının önemli bir buluşu olan “*kanun*” ile devlet, toplum ve insan kuşatılmıştır. Bu kuşatılmışlığın dışına çıkmak, haricinde kalmayı istemek, zamanın ruhuna başkaldırmak demektir. Modern devletin “*yasama*” faaliyeti yürüten organı, toptan bir ifade ile “*mevzuat*” olarak adlandırdığımız resmi bilgi sayesinde her davranışımıza bir değer biçmekte, her olguyu bir kalıp içinde değerlendirmektedir. Yorum, somut durum, olay ve gündelik uyumsuzluklar bağlamında yasama bakışıyla oluşturulan değer yargılarını/kalıpları, yeni bir bakış açısı ve disiplinle yeniden tanımlamanın adıdır. Yorum, soyut gerçekler ile bireysel-somut gerçekler arasındaki dengeyi gösteren, metni, somut olaya göre kişiselleştiren insani faaliyetir.

Metin varsa yorum da vardır. Yorum, metnin vazgeçilmez tamamlayıcısıdır. Yorumun kazandırdığı anlam bütünlüğü ve derinlik metnin etkisini artırmakta, bu şekilde yazanı aşan birikim oluşturmaktadır. Yorum, metni yazıldığı zamanın ötesine taşımakta, ona tarih ötesi kimlik vermekte, zamanın yıpratıcılığından korumaktadır. Yorum, bu evrende yaşamının, var olmanın ispatı, “*insan*” olmanın olmazsa olmazıdır.

¹ Otacı Cengiz, “Kanunun Diğer Yüzü”, *Radikal*, 08.07.2006.

II. Hermeneutik (Yorum Bilim), Gelişimi ve Hukuk Metinlerinin Yorumu ile İlişkisi

Hermeneutik, yorumlamak, açıklamak, konuşmak, tercüme etmek anlamına gelen Grekçedeki "*hermeneuien*" fiilinden ve isim olarak da "*yorum*" anlamına gelen "*hermeneia*" sözcüğünden türetilmiştir. Hermeneutik kelimesinin Yunan haber tanrısı Hermes ile ilişkili olduğu kabul edilir. Antik Yunan'da, insanlara tanrıların sözlerini, tanrıların habercisi Hermes'in ilettiğine inanılmaktaydı. Bu inanca göre, tanrıların sözleri insanlar tarafından kolayca anlaşılamadığından Hermes, bu sözleri insanlara anlayabilecekleri şekilde aktarıyor, yorumluyordu. Tanrısal sözlerin yorumu faaliyetine, Hermes'in adından hareketle hermeneutik adı verilmiştir. Hermes'in hermeneutik kökenle ilgisi, bilinenle bilinmeyen, tanıdık ile yabancı arasında sınırda bulunmasından kaynaklanır. Hermes, her iki tarafa da aşınadır ve tercüme, aktarma, açıklama, yorumlama yetkisini bundan alır.²

Yorum, anlamaya bağlı olarak bir metin etrafında insanın en temel var olma etkinliğinin dışı vurulmasıdır.³ Yorum, insanlık tarihi kadar eski ise de bunun belirli bir disiplin altında yapılması, kurallarının oluşturulması ve çalışma alanlarının belirlenmesi yenidir.

Hermeneutik, doğuşu, gelişimi ve bağımsız bir disiplin haline gelmesi dikkate alındığında temelde teoloji kökenli bir yorum yöntemi olduğu görülür. Gerçekten de Ortaçağ boyunca kilise babaları, İncil'in bazı yerlerini, Hıristiyanlığın önemli hakikatlerini açıklamak için zaman zaman hermeneutik'e başvurmuştur.⁴

Metinlerin belirli bir düzen ve disiplin altında yorumlanması çabası Antik Yunan'da başlamış olsa bile, Hıristiyan dünyada Ortaçağ boyunca varlığını muhafaza ettirmiş, Rönesans'ın, edebi metinler üze-

² Kavlak, Ahmet, *Felsefi Hermeneutik ile Dini Hermeneutiğin Karşılaştırılması*, Basılmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007 s. 4, 116; Alan, Banu, *Bir Felsefi Yöntem Olarak Hermeneutik*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Muğla 2008 s. 6; Kılıç, Muharrem, *Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermeneutik Bağlamında Bir Analiz*, HFSA 12. Kitap, İstanbul 2005, İstanbul Barosu yay., s. 92; Taşdelen, Vefa, *Hermeneutiğin Evrimi, Kesitler*, Ankara 2008 s. 16-19.

³ Kılıç, s. 90.

⁴ Kavlak, s. 4, 124 vs; Kılıç, s. 92 vd; Taşdelen, s. 28 vd.

rinde yoğunlaşan filolojik araştırmalarının getirdiği birikim ve Reform hareketleriyle Protestanlığın kutsal metinlere yönelen tenkidinin etkisiyle bilimsel bir disiplin haline almaya başlamıştır. Hermeneutik, reformasyon hareketi ile gittikçe kutsaldan arındırılan bu dünya ile kutsalı/öbür dünyayı temsil eden dini metinler arasında Hermesçe bir tavırdır. Modernleşme arifesinde yeniden tanımlanan/kurgulanan dünya görüşü ile var olan kutsal metinler ve telkin edilen yorumlar arasında gittikçe derinleşen anlama farklılığının, hermeneutik ile en aza indirilmesi amaçlanmıştır. Bu çabanın, “*Hıristiyanlığın Katolik yorum tekelinden kurtarılması ya da dinin dünyevileştirilmesi*” olarak adlandırılması yanlış olmayacaktır. Çağdaş hermeneutiğin öncülerinin/kurucularının hemen tamamının Alman olması, Protestanlığın dini metinleri Katoliklik karşısında yeniden yorumlama ve yeni bir din/inanç bağlamında dünya görüşü inşa etme gayretinin açık göstergesidir.

Yorum kavramı etrafında ileri sürülen görüş ve düşünceler, Amerikan realizmi ve Alman idealizmi etrafında kümelenmektedir. Yorum kavramına bağlı olarak zaman zaman uç değerlendirmelere kayılması, bu iki kültür grubunun, “*diğerleri/ötekiler*” karşısında farklı ve bağımsız olma iddiaları ile yakından ilgili olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Kutsal metinleri anlama ve yorumlama çabası, zamanla edebi, hukuki metinlere yansımış, oradan da her türlü yazılı metin, politik tavır, sanat, etik hermeneutik’in ilgi konusu olmuştur. Hermeneutik, “*metin*” ve “*yorum*” gibi insan varlığının iki temel açılımını, “*anlama*” kavramı bağlamında doğrudan tartışma konusu haline getirmekle, hem yorumlama eyleminin sürekliliğine, hem de yorumlama etkinliği hakkında bir bilincin oluşumuna katkıda bulunmayı amaçlamaktadır.⁵

Modern hermeneutiğin öncülerinden sayılan J. Martin Chladenius (1710-1759), Schleiermacher’de belirginleşecek olan dil merkezli gramatik anlamının ilk işaretlerini vererek, “*tam anlama*” kavramından hareket eder. Her metin bir niyet taşır, metni yazan da bize niyetini aktarır. Tam anlama, yazanın niyeti ve anlayanın niyetinin birlikte gerçekleşmesi ile mümkündür. Tam anlama, sadece zihinsel bir sü-

⁵ Ulukütük, Mehmet, Anlama ve Gelenek, Gadamer’in Felsefi Hermeneutiğinde Anlamada Gelenek’in Rolü Sorunu, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Yüzüncü Yıl Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Van 2008 s. 1; Kavlak, s. 116.

reç değildir, metni yazanın niyetine göre hareketi de içeren pratik boyuta da sahiptir. Tam anlamının gerçekleşmesi için metnin içeriğiyle bağlantılı önceden edinilmiş bilgi ve dile hâkimiyet şarttır. Sonra metnin içerdiği niyeti anlamak için anlamının psikolojik boyutu devreye girer. Metinde yer alan kelimeler, zaman karşısında anlam içeriğini kaybeder ya da anlamında aşınmalar olur. Bu nedenle metnin, kendi tarihsel ve psikolojik bağlamında okunması gerekir. Hermeneutik, asıl olarak hukuk, teoloji ve filolojik alanı ilgilendiren bir disiplindir. Chladenius'a göre hermeneutik, belirli ilkeleri olan yorum sanatıdır. Yorumcunun görevi, metnin kapalı ve karanlık yönlerini açığa çıkartmaktır.⁶

Çağdaş Protestan ilahiyatının kurucusu kabul edilen Friedrich D. Schleiermacher (1768-1834)'den önce hukuki metinler hukuki hermeneutiğin, edebi metinler filolojik hermeneutiğin, kutsal metinler ise teolojik hermeneutiğin ilgi alanında iken, kendi ifadesiyle "*hiç genelleşememiş pek çok özel hermeneutiği*" birleştirecek evrensel anlama ve yorumlama modeli üzerinde çalışmış, hermeneutiği genelleştirmiştir.⁷ Dini metinler ile seküler metinlerin yorum ilkeleri arasında fark yoktur. Normal olan anlamadır, anlamama değil. Anlamamanın nedeni, öznedeki kavrama ve birikim yetersizliği ile anlamın bulanık olmasıdır.⁸ Schleiermacher, metafizik kavrayıştan hareketle dilin rolünü ön plana çıkartmış, yazılı metne bağımlı kalan filolojik yorumlama sınırlarını aşmak istemiş, konuşma ve insanların birbirini anlaması zemininde temellendirdiği hermeneutiğe yeni bir derinlik kazandırmıştır. Hermeneutik, sadece metnin dogmatik anlamının ortaya çıkartılması faaliyeti olamazdı. Yazılı metinler dil ürünüdür. Dil, bireyin olduğu kadar toplumun da evreni anlamlandırma ortamıdır. Birey ya da toplum, her çağda evreni, anlamların taşıyıcısı olan sözcüklere yüklenen anlamla yani dille kavrar. Dil, insanların her çağda evreni nasıl kavradıklarını anlamamızı sağlayan ortam, tarih ise bunun taşıyıcısıdır.⁹ Metni sadece gramatik yoruma tabi tutmak, bu şekilde anlamaya çalışmak, yaza-

⁶ Taşdelen, s. 55-69.

⁷ Alan, s. 26.

⁸ Taşdelen, s. 83-85.

⁹ Günay, Mustafa, Hermeneutik Nedir? <http://www.genbilim.com/content/view/6364/90/> (Erişim tarihi 15.01.2010).

rın kişiliğini ve ruh halini dışlayacağı, onu sadece dilin aracısı haline getireceği için arzu edilen bir yorum değildir. Anlamanın bütüncül ve eksiksiz olması için metin ve yazar birlikte kavranmalıdır.¹⁰

Schleiermacher, hermeneutiğin temelini, yazar-metin ilişkisinde bulur ve bu suretle dehanın, bilinçsiz yaratıcılığından hareketle yorumda grameri aşan psikolojik unsurlar tespit eder. Hermeneutik problem, başkasını anlamaktır, anlamın gerçekliği ise niyettedir. Bir metni anlama ve yorumlamada hareket noktası, yazarın amacıdır. Bunun yaparken yazarla empati yapılmalı, yazarın zihin dünyası yeniden inşa edilmelidir. Yazan ile yorumlayan arasında öznel bir ilişki oluşacağı açıktır. Öznellik ise, metnin, önceden bilinen başka bir metinle karşılaştırılmasıyla aşılabilir. Anlama ve yorumlama, birbirinden ayrılamaz, iki ayrı faaliyet değildir. Her metin üzerinde yapılan anlama ve yorumlama, metni, kendi anlam dünyamızın sembolleri ile ifade etme, kendimize tercüme etme, yeniden üretmek demektir.¹¹

Schleiermacher'den sonra Wilhelm Dilthey (1833-1911), hermeneutikte çağdaş çizgiyi oluşturmuş, felsefi anlam katarak insani bilimlerin yöntemi olarak belirlemiştir. Dilthey "*anlama*" faaliyetinin tinsel bilimlerin asıl özelliği olduğunu savunmuştur. Anlama faaliyetinin felsefi olarak ortaya konulması bir bilgi felsefesinin de ortaya konulmasını gerektirmektedir. Bu nedenle yorum konusu geri planında anlam sorununun ve bilgi felsefesinin de nasıl ortaya konulduğunu göstermeyi gerektirmektedir. Yorumlamanın ve doğru anlamı yakalayabilmenin metodu ortaya konulurken, öncelikle bilgi felsefesine, anlam sorununa ve tinsel bilimlerin metodu ile doğa bilimlerinin metodu hakkındaki görüşlere değinmek zorunludur.¹² Dilthey'in asıl amacı, tarih alanında tarihsel aklın kategorilerini aydınlatmak, bir tarihsel akıl eleştirisi yaparak pozitivizm karşısında tin bilimlerini temellendirmek ve "*içsel yaşantının ifadelerinin nesnel olarak geçerli*" yorumlarını elde etme metodlarını geliştirmektir. Dilthey, ilk aşamada tarih biliminin gelişimine ve sorunlarına yönelmiş ve bunun sonucunda daha önce neredeyse hiçbir filozofta görülmeven ölçüde *yaşam*'ın kendisi üzerine odaklanmıştır.¹³

¹⁰ Taşdelen, s. 101.

¹¹ Alan, s. 27; Kavlak, s.7, 117 vd; Kılıç s. 93; Ulukütük, s. 20.

¹² Kavlak, s. 10.

¹³ Ulukütük, s. 22.

Martin Heidegger (1889-1976), Dilthey'in öğretisindeki "yaşam" kavramı yerine "varoluş" kavramını koyarak, varoluşu, insanın sahip olduğu tüm olanakların dışlaşması olarak tanımlar. Kişi, yapabildiği işi anlar ve varoluş da bir yapabilmektir. Öyle ki insan, aslında evreni değil, bizzat kendi olanaklarını ve ürünlerini yorumlamakta ve anlatmaktadır. Çünkü anlama, yaşadığımız dünyanın oluş için sahip olduğu imkânları kavrama gücünü ifade eder. Anlama, insanın düşünsel yetisi değil, varoluşunun temelidir. Anlama, yöntem değildir, insanın varlığı, dış dünyaya açılım biçimidir. İnsan, evreni değil, kendi tarihi içinde kendini anlamaktadır, yani insan hermeneutik yapmaktadır.¹⁴

Heidegger geleneğinden gelen Hans Georg Gadamer (1900-1990), hermeneutiği evrenselleştirme konusundaki çabalarıyla geçen yüzyıldaki çalışmalardan farklı bir yol izlemiş, felsefi hermeneutikte sıçrama yaşanmasına neden olmuş, günümüzde de halen tartışılan, araştırılan fikirler ileri sürmüştür.

Gadamer, hermeneutiği, bir başka dünyaya ait anlam bağlamını, o an içinde yaşanan dünyaya aktarma etkinliği olarak tanımlar. "Başka dünya", bizim kendisine kendisinin de bize yabancı olduğu dünyadır. Hermeneutik faaliyet sayesinde iki dünya arasındaki yabancılaşma ortadan kalkar, yerini aşinalığa bırakır. Anlama hadisesi dille sınırlıdır. Dil her şeyin taşıyıcısıdır, dil olmadan anlamlar iletilmez. Dil, içinde belli bir konu hakkında diğer insanlarla ve bağlamlarla iletişime geçtiğimiz, diyalog kurduğumuz ortamdır. Fakat anlamlar dilin grameri ile doğrudan bağlantılı değildir. Dilin gramerine ancak, anlamada problem olduğunda müracaat edilir. Bir metinde anlamayı olanaklı kılan şey dilin unutulmuşluğudur. Yani söylemin bütünüyle örttüğü formel unsurların unutulmasıdır. Yalnızca anlama süreci kesintiye uğradığında metnin formelliğine müracaat edilebilir.¹⁵ Gadamer'e göre gerçek anlamın oluşması için okuyucu, "metnin kendisini bilgilendireceği" gibi bir düşünceden hareket etmeden, metne teslim olmadan, karşısında sinmeden aktif olarak metne katılmalıdır. Okurken kendi önyargı ve görüşlerimizin bilincinde olmalı, onların aşırılıklarını yontmalıyız.¹⁶

¹⁴ Günay, s. 6; Kılıç s. 95; Ulukütük, s. 24.

¹⁵ Kavlak, s 121; Taşdelen, s. 172.

¹⁶ Taşdelen, s. 186.

Gadamer'e göre anlama, yorumlama ve uygulama, üç ayrı yöntem olmayıp anlama süresi, bu üç unsuru da içerir. Yorumlama, anlamaya sonradan eklenmez. Anlama, aynı zamanda yorumlamadır. Kutusal ve hukuki metinlerde anlama/yorumlama yeterli olmayıp, metnin, içinde bulunulan şartlara ve aktüel duruma nasıl hitap ettiğinin belirlenmesi zorunludur. Metnin yorumlanması/uygulanması, koşullardaki değişmeyi hesaba katmalı, kanunun normatif işlevi yeni baştan tanımlamalıdır.¹⁷

Gadamer, hukuki hermeneutik'in temel sorununu "*somutlaştırma*" olarak belirlemiştir. Hukuki hermeneutik, hukuki metnin genelliği ile tikel durumun somutluğu arasında bağ kurmak suretiyle hukukun bütünlenmesinde dogmatik bir işlev görür. Yorum, yorumcunun metnin özgül tarihsel dünyasına nüfuz etme girişimi değil, metin ile içinde bulunulan durum arasında bir bağ kurma çabasıdır. Bu açıdan metin ile yorumcu arasında sübjektif bir bağ, anlam dünyası olduğunu söylemek mümkündür. Zira Gadamer'e göre yorum, metnin ufku ile yorumcunun ufkunun birbiri ile kaynaşmasıdır.¹⁸ Yorum varsa yorumlarda vardır. Çünkü yorum öznel bir bakış öznel bir anlamadır.¹⁹

Normatif düzen, sosyal gerçeklikten bağımsız olamaz. Bu nedenle normlar, gerçekleri karşılamak durumundadır. Hukuk, her özel durumdaki sorunlar karşısında çözümü, yani yeni baştan kendini yaratır. Hukukun, kendisini sürekli yenilemesi, yeni baştan var etmesi, anlayan özen ile metnin tarihselliğinin bir gereğidir. Bir metnin birden çok anlamının olduğu durumlarda sadece bir doğru yorum olduğundan bahsedilmesi, otoriterliğe, diktatörlüğe yol açar. Her farklı yorum, metnin varlığına farklı derecelerde katılımdır.²⁰

Anlama hem yazarın hem de yorumcuların niyet ve tasarımını aşan bir faaliyet olarak kendi varlığını hissettirir. Metin, kanun koyucunun öznel niyetine indirgenemez. Ortaya çıkan şey, sonuçta kendisine arka plan teşkil eden tüm unsurları aşarak fiili varlık kazanan ve

¹⁷ Kılıç s. 98.

¹⁸ Kılıç s. 99.

¹⁹ Taşdelen, s. 178.

²⁰ Kılıç s. 99, 100.

kendisine yönelen hemen herkes tarafından ortaklaşa tecrübe edilebilen bir anlamdır.²¹

Hermeneutikin zamanla tüm sosyal bilimleri içine alacak şekilde genelleşmesine bağlı olarak hukuki metinlerin yorumu da bu bilim alt dalı haline gelmiştir. Bu gün için Hermeneutikten bağımsız bir hukuki yorum biliminden bahsetmek mümkün değil ise de hukukun, edebi ve dini metinlere göre kendine has yorum kuralları olduğu da kabul edilmelidir.

III. Hukuki Metinlerin Yorumu

XVII ve XVIII. yüzyıllarda Avrupa’da başlayan kanunlaştırma hareketleriyle hukuk, önceki yüzyıllardan farklı olarak bağımsız bir bilgi ve disiplin haline almaya başlamıştır. Filolojik ve teolojik hermeneutik çalışmalara, hukuki hermeneutik çalışmaları da eklenmiştir. Gerçekten de soyut olarak yazılan kanun metinlerinin somut olaylara uygulanması, metnin yorumlanması ihtiyaç ve zorunluluğunu doğurmuştur.²² Şüphesiz ki hukuki metinlerin yorumlanması, yorumun belirli kuralara bağlanması, “kanun” kavramının yüceltildiği, eksiksiz ve kusursuz olarak görüldüğü, doğrudan siyasal iradeyle bağlantılı kabul edilip, eleştirilmesinin bile siyasal iradeye yönelmiş zayıflatma çabası sayıldığı XVII ve XVIII. yüzyıllarda kolay olmamıştır. Montesquieu, Beccaria gibi düşünürler, ceza kanunlarının keyfi yorumlandığı zamanlara şahitlik eden kişiler olarak hâkimlerin hukuki metinleri yorumlamasına karşı çıkmış, yorumu bir nevi yasama yetkisinin gaspı olarak değerlendirmiştir.²³

Fransız ihtilalcileri, kanunların yoruma ihtiyaç duymayacak ölçüde mükemmel ve açık olduğuna inanıyordu, Bu nedenle 1970 yılında çıkarılan bir kanunla, kanunların yorumlanması yasaklanmıştı. Bir kanunun gerçek anlamının ne olduğu konusunda tereddüt olması halinde yapılacak iş, yasama organına başvurarak, kanunun anlamının

²¹ Ulukütük, s. 89.

²² Alan, s. 23

²³ Gözler, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, <http://www.anayasa.gen.tr/hgt-2-s-149-245.pdf> (Erişim 05.01.2010) s. 189.

ne olduğunu sormaktı. Code Napoléon olarak bilinen, tabii hukukun en saf haliyle pozitif hukuk haline getirildiği, eksiksiz, kusursuz ve mükemmel olduğu kabul edilen Fransız Medeni Kanunu'nun ardından, "kanunun hukuk olduğu" fikriyle, kanunun yorumlanması ile güdülen amacın, kanun koyucunun iradesinin bulunması olduğu fikri hâkim oldu. Yorumcu Okulun (L'école de l'exégèse) da etkisiyle, hukuki metinlerin belirsiz olduğu durumda yorumcunun amacının, kanun koyucunun iradesini bulmak olduğu, yorumcunun, yorum metodlarının tümünü bu yönde kullanması gerektiği sonucuna varıldı. Yorumcu okul, kanun ile hukuku eşdeğer görmekte, pozitif hukukun en üstün kaynağının "kanun koyucunun" iradesi olduğunu belirtmekte, bu şekilde kanunu devletle özdeşleştirerek, devlet de kanun gibi kutsal kabul edilmektedir.²⁴ Fransa'da yaşanan bu gelişmelerin etkisiyle, bu gün için bile ceza kanunlarının dar yorumlanması kabul edilmektedir.

Metinlerin yorumlanmadan uygulanması düşüncesi, yorumcuya duyulan güvensizlik kadar erkler ayrılığının sıkı ve tavizsiz uygulanması anlayışına dayanır. Metinlerin, yoruma ihtiyaç duymayacak açıklıkta yapılması ve muhtemel bütün uyumsuzluklara çözüm getirmesi, kazuistik metodu doğurmuştur. Kazuistik metotla yapılan kanuna en tipik örnek, on yedi binden fazla madde içeren 1794 tarihli Prusya Devleti Kanunu'dur.²⁵

Fransa'da ortaya atılan ve Avrupa'ya yayılan bu görüşler, milliyetçi duygularla ve siyasi bazı nedenlerle Almanya'da tepki ile karşılandı. Savigny, Puchta, G. Hugo gibi düşünürler, hukukun, salt olarak ne kanun koyucunun iradesinde ne de insan aklında bulunamayacağını, hukuku meydana getiren şeyin "halk ruhu" olduğunu ileri sürdü. Bu düşünceye göre hukukçular, kanun yaparken yeni kurallar oluşturmamalı, halkı oluşturan kişileri aşarak tarihten gelip topluma mal olmuş halkın hukukunu sistematize etmelidir.²⁶

²⁴ Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 1987 s. 305; Can Cahit, *Oluşum Süreci İçerisindeki Hukuk Sosyolojisi*, Ankara 1989, S yay, s. 32 vd; Can, Cahit, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, Ankara 2002 2. Bası, (Can Hukuk) s. 169 vd.

²⁵ Özbilgen, Tarık, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul 1976 s. 415.

²⁶ Can, *Hukuk*, s. 172.

Sosyal hayatın hızla değişmesi, kanun metinlerinin bu değişime eş zamanlı tepki verememesi, siyasal düzenin değişmesine paralel olarak hukukun fonksiyonel kavranması, hukuk felsefesinde yaşanan çeşitlilik gibi etkenlerle kanun-hukuk-yorum bağlamında katı pozitivist anlayış terk edilmeye başlanmıştır. Gerçekten de kanunun ve kanun koyucunun yüceltilmesi anlayışı terk edilerek, liberal devlete geçiş sürecinde “yorumcu” statüsünde güçlenme olduğu gözlenmiştir. Artık üzerinde durulması gereken sadece kanun-yorum ilişkisi değil, kanun koyucu-yorumcu ilişkisidir.

Sosyolojinin gelişmesiyle başlayan bilgi birikimi, hukuka sadece metin penceresinden bakışı kırmış, serbest hukuk anlayışını doğurmuştur. F.Gény’ye göre kanun metni yazılırken hammadde olarak sahip olunan bir düşünce, bilgi, veri vardır. Metin, arka planını teşkil eden bilgi/veri/düşüncenin teknik olarak ifadesidir. Teknik, içeriği karşısında hukukun biçimidir, bilginin/verinin inşasıdır, amacı aktarmanın aracıdır.²⁷ XX. yüzyılın başında Almanya’da başlayan “*menfaatler İçtihadı*” okulu, kanun koyucu-yorumcu ilişkisini, işbirliği şeklinde değerlendirmiştir. Bu görüşe göre kanun koyucu, kişilerin birbiri ile çatışan menfaatlerini dengelemeyi amaçlar. Ancak oluşturduğu metinlerle uyumsuzlukların tamamını öngöremez, her özel duruma metinle müdahale edemez. Bu noktada yorumcu devreye girer, metinlerle birlikte kanun koyucunun, metin yoluyla ilettiği/iletmek istediği amacı da sezerek, uyumsuzluğun niteliğine göre bir karar verir. Kişileri, olayları yakından değerlendiren, çatışan çıkarları gözlemleyen yorumcu, basit bir dağıtıcı alet olmaktan çıkar, kanun koyucu adına çalışan, onun gibi düşünüp, onun yardımcısı olan bir statüyü temsil eder.²⁸

Modernizmin kalıplarına karşı başkaldırı ya da modernizmin yeni açılımı olarak değerlendirilen Postmodernizmin hukuka yansımalarının, Amerikan hukuk realizminin ve türevlerinin de etkisiyle günümüzde, metni bir kenara bırakarak yorumcuyu kanun koyucu olarak tanımlayan, hatta yorumu kanundan üstün ve değerli gören anlayışlara da rastlanmaktadır.

²⁷ Bkz Can, *Hukuk*, s. 178 vd .

²⁸ Can, *Hukuk*, s. 184.

Postmodernizm, modernizmin hukuku kutsallaştırıp hakları geri plana attığını, hukukun sosyal gerçeklikten uzaklaşıp, topluma yabancılaştığını, önemli sosyal olaylar karşısında suskun kaldığını, çözüm üretmediğini, yerelliği, birseyselciliği gözetmeden toptancı bir yaklaşım sergilediğini ileri sürmektedir.²⁹ Postmodern eleştiriye göre, modern zamanlarda metnin yazılı olması (kanun vs) nedeniyle bunu anlamını araştıran (yorumlayan) bir kısım uzmanların rasyonelleştirme çabaları sonucu hukuk, giderek kapalı bir sistem olmaya başlamış, bürokratikleşmiş, elitlemiş, metnin özünden çok sözüne takılmıştır. Sosyal yaşam, önceden kodlanmış, formülleştirilmiş “kişi/kişilik” dışı metinlerle sağlanamaz. Hukuk, muhataplarının düşünce ve kanaatlerini dışlayarak sadece rasyonel verilere ve şekli unsurlara yaslanamaz. Hukuk yorum yoluyla yaşar, muhataplarının algı dünyasını hiçe sayan soyut metin ve yorumlar ise adaletten çok adaletsizliğe yol açar.³⁰

Hukuki metinlerin yorumlanması tarihi, şüphesiz ki Avrupa’da yaşanan gelişmelerle sınırlı değildir. Hukuki metinlerin yorumu ve hukuka kaynak teşkil eden metinlerin (*Kur’an*, sünnet) yorum yoluyla hukuk kuralı (hüküm) haline getirilmesinde, Yahudi hukukçuların ve İslam hukukçularının dikkate değer çalışmaları olmuştur. İslam hukukunda *Usul-i Fıkıh* adı verilen bilim dalı, özetle; bir hukuk kuralının (hüküm), hukuki değer taşıyan kaynak (*Kur’an*, sünnet, örf, sa-habe kavli vs.) ile arasındaki bağlantının nasıl kurulduğunu göstermenin yanında, metinlerin hangi yöntemlerle yorumlanacağını da ayrıntılı olarak anlatan bilimdir. İslam ve Yahudi hukukunda, her hukuk kuralının, hukuki bir kaynağa dayanmasının zorunlu olması, kuralın kaynağa bağlantısının açıkça gösterilmesinin gerekliliği, yorum yönteminin de sistematize edilmesini sağlamıştır. Fıkıh usulüne dair klasik çalışmalar, niteliği gereği modern hukuka uyarlanmamıştır. Ali Himmet Berki’nin, *Hukuk Mantığı ve Tefsir* isimli çalışması, fıkıh usulünün kurallarından yararlanarak, modern kanunların nasıl yorumlanacağını gösteren önemli bir çalışmadır.

Hukuki metin olarak adlandırılan normlar, bir yaşam alanının ya da yaşam ilişkisinin tasarımına dayanır ve bunu gerçekleştirmeye

²⁹ Güriz, Adnan, *Feminiz Postmodernizm ve Hukuk*, Ankara 1997 s. 146-151; Yüksel Mehmet, *Modernite Postmodernite ve Hukuk*, Ankara 2004 s. 193.

³⁰ Yüksel, s. 200 vd

yi amaçlar. Bu tasarım ve amaç, normlarda kelimeler, cümleler, deyimler, kavramlar, adlandırmalar, bölümlerle ifade edilir. Metinde yer alan ibarelerin anlamı bazen açıktır, yoruma ve tartışmaya meydan vermez. Bazen de anlamları üzerinde düşünmek, yorum yapmak gerekir.³¹

Hukukta yorum kaçınılmazdır. Soyut olarak hazırlanan metinlerle, tekil, somut olaylar arasında kurulacak her bağ her uyumsuzluk, metnin yeninden yorumunu zorunlu kılar.³²

Hukukun kaynağının devlet ve türevlerinden ibaret olmadığına dair düşüncelerin ortaya atılması, yeni sosyal gelişmeler, fikir akımları, hermeneutikin tüm sosyal bilimlere kapsayacak derecede teorik yapısını sağlamlaştırmasının ardından, hukukta yorum ve yorumun niteliği, amacı, kanun koyucu-kanun-yorumcu ilişkisi, statüleri, fonksiyonları, yetkileri gibi konularda da düşünce çeşitliliğinin arttığı görülmektedir.

IV. Ceza Kanunlarının Yorumu

Dönmezer / Erman, Tosun, Önder ve Erem / Danışman / Artuk'a göre³³ ceza hukuku ile diğer hukuk dalları arasında yorum metot ve araçları, yorum çeşitleri itibariyle bir fark yoktur. Yorumda esas amaç, metnin gerçek anlamını –ya da sübjektif görüşe göre kanun koyucunun gerçek iradesini– bulmaktır. Metnin yorumla bulunan gerçek anlamı, metni daraltabilir ya da genişletebilir. Önemli olan yorumun doğru olup olmadığıdır. Ceza kanunlarının dar yorumlanacağına dair Fransız hukukundan esinlenen görüşler, bugün için geçerliliğini yitirmiştir.

Selçuk ve İçel / Donay'a göre ise ceza hükmü içeren metinlerin yorumu diğer hukuki metinlerin yorumuna göre bazı özellikler gösterir. Ceza hukuku, kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı başta olmak üzere sıkı

³¹ Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul, 1979 s. 157.

³² "... Yasada soyut olarak ifade edilen hükmün kolay anlaşılabilmesi halinde, içeriğinin belirlenmesi açısından yorum yapmakta gereklilik bazen de zorunluluk bulunmakta ise de ... CGK, 19.11.2002 9-266/394"

³³ Dönmezer / Erman, I/106; Tosun, s. 22; Önder s. 99; Erem / Danışman / Artuk, s. 112.

bazı evrensel ilkelere tabidir. Bu nedenle ceza hukukuna ait metinler, kişilerin hürriyetini kısıtlayan hükümler içermesi nedeniyle prensip olarak evrensel hukuk ilkeleri ışığında dar yorumlanır. Bu kural, 1978 Louisiana toplantısının sonuç bildirgesinde de yer almıştır.³⁴

Ceza hukuku metinlerinin yorumunda doktrinin üzerinde uzlaştığı konu, “*in dubio pro reo*” (şüphe sanığın lehinedir) ilkesinin geçerli olmadığıdır. *In dubio pro reo* ilkesi, ispat hukuku ile ilgilidir ve sübuta ilişkin alanda (olay/vicdani kanı yargılaması) uygulanabilir. Bu ilkeye göre sanığın mahkûm edilebilmesi için eyleminin ve kusurunun şüpheyeye yer bırakmayacak şekilde kesin olarak kanıtlanması gerekir. Muhakeme hukukuna göre kanıt/kanıtlar, bir şeyin sanık tarafından yapıldığını ya da yapılmadığını gösterir. Kanıtların niteliği ve ispat gücüne göre bir şeyin yapılıp yapılmadığı konusunda şüphenin oluşması da mümkündür. Kanıtların, sanığın bir eylemi yapıp yapmadığı konusunda kesinlik içermemesi, şüphe taşıması halinde sübut, yorumun konusu olamayacağı için şüphe sanık lehine yorumlanacak, eylemi yapmadığı kabul edilecektir. Normun tespiti ve yorumu, sanığın yüklenen eylemi işlediği kabul edildikten (kanıtlandıktan) sonra söz konusu olur. Normun tespiti ve yorumunda, “*in dubio pro reo*” ilkesi uygulanmaz.³⁵

³⁴ Selçuk, CGK, 19.04.1993 tarih ve 4-16/100 sayılı karara karşıoy, *Karşıoylarım*, s. 374; İçel / Donay, s. 123; “... (765 sayılı) TCK’nın 407. maddesindeki öngörülen durum, istisnai bir sorumluluk biçimi olup objektif sorumluluk olduğundan, *madde nin uygulanmasında dar yorum ilkesi benimsenmeli*, failin eylemi ile sağlığın bozulması ya da ölüm arasında uygun, yakın doğrudan ve etkin nedensellik bağı aranmalıdır. 10. CD, 10.12.1998 tarih ve 10133/12221 (YKD, Haziran 2000)”; “... (765 sayılı) TCK’nın 462. maddesinin uygulanmasında zaman koşulu ehemmiyet arz ederse de; *bunun dar yorumlanmaması*, genel tahrik hükmünün gazap ve şedit elem halinden daha vahim şartlar altında fiilinin işlenmesine karar verilmesi, araya başka bir sebebin girmemesi ve bu hususun açıklıkla anlaşılması durumunda 462. maddenin uygulanması mümkün görülmelidir. 1. CD, 29.09.1993 tarih ve 1258/1790 (YKD, Şubat 1994)”

³⁵ “...Madde (5237 sayılı TCK’nın 150/2 maddesi C. Otacı) yağma suçunun konusunu oluşturan değer az olmasını temel almaktadır. Değer azlığı ile Yasa Koyucu tarafından neyin kastedildiği, duraksamaları önleyecek biçimde açıklığa kavuşturulmamış, rakamsal bir sınırlandırma getirilmemiş ve fakat yargıca, yargılama konusu maddi olayla ilgili olarak takdir ve değerlendirme yetkisi tanınmıştır. Yargıç, gasp edilen veya gasp edilmeye kalkışılan şeyin değerinin azlığını ceza indirimini yapmakla değerlendirebilecektir... Yargıç, bu değerlendirmenin yanı sıra her somut olayda, olayın özelliklerini dikkate alacak, 5237 sayılı TCK’nın 3. maddesinde

Bir metin birden fazla yoruma konu olabilir. Burada hâkim, zaman bakımından uygulama hariç, sanığın lehine olan metni uygulamak ve lehine olan yorumu yapmak, lehe olan yorumu tercih etmekle yükümlü değildir. Hâkim, doğru olan metni bulmak, doğru olan yorumu yapmakla yükümlüdür.³⁶ 30.06.1995 tarih ve 1/1 sayılı İBK, bu bilimsel görüşün tersini kabul etmiştir. Anılan İBK'ya göre "...Yorum, yasaların uygulanmasında tabii ve zorunlu bir fikri faaliyettir. Adaletsizliği; daraltıcı ve düzeltici yorumla gidermek, uygulamacının başta gelen görevlerindedir. Yorum yapılırken birden fazla yorum yapılabilirse lehe olan yorum yeğlenmeli, kabul edilmelidir..." Bir metnin birden fazla yoruma konu olması, yorumların hepsinin de doğru olduğu anlamına gelmez. Yorumlarda doğruluk payı olsa bile bütünlüğü itibariyle doğru yorum tekdir. Anılan İBK'ya göre lehe olan yorumun benimsenmesi, birbirinden farklı birden fazla yorumun tamamının aynı doğruluk derecesine sahip olduğu anlamına gelir ki mantık kuralları buna izin vermez.

Yorum, maddi hukukun konusudur, usul hukuku kuralları yorum aracı olamaz. Yorum, aslen hukuk felsefinin konusudur ve pozitif hukuk, yorumun sınırındır.³⁷

öngörüldüğü üzere, "işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı" olacak şekilde ceza adaletini sağlayacaktır. Görüldüğü gibi, madde ile getirilen sistem, sadece malın değerinin objektif ölçütlere göre belirlenerek cezadan indirim yapılmasından ibaret değildir. Olayın özelliği her olayda değerlendirmeye konu edilecek, meydana gelen haksızlığa faili iten etkenler ve bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkileri de gözetenilerek indirim yapıp yapmama konusunda takdir kullanılacak ve maddenin uygulanıp uygulanmamasına ilişkin gerekçe kararda gösterilecektir... Buna karşılık maddenin uygulanmasındaki en önemli ölçüt, kuşkusuz değer ölçüsüdür. Ölçüye konu edilmesi gereken değer ise, fiilen gasp edilen olmayıp, eylem kastına dahil edilen olmalıdır. Bu değer ise "indirim yapılmasını" haklı saydıracak düzeyde az olması gerekmektedir... Yerel Mahkemece, "çokluk/azlık kavramına ilişkin tespit yapma imkânı bulunmayacağına göre kuşkudan sanık yararlanır" gerekçesine dayanarak, sanığın cezasından indirim yapması, dosya kapsamındaki kanıtlara ve yasaya aykırı olup, isabetsizdir. CGK 25.03.2008 tarih ve 6-15/59

³⁶ Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2005 3. Bası s. 86; İçel, Kayıhan / Donay, Sühely, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, İstanbul 1999 s. 123; Erem, Faruk / Danişman, Ahmet / Artuk Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997s. 106, 108; Taner, Tahir, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul 1959 s. 166.

³⁷ Erem / Danişman / Artuk, s. 104.

1. Biçimsel Açıdan Yorum Çeşitleri

A. Yasama Yorumu / Teşrii Tefsir (Interprétation Législative)

Yasama yorumu, hukuki pozitivistin etkisi ile kabul edilmiş ve artık uygulaması olmayan bir yorum çeşididir. Yasama yorumu kısaca, yasanın, kanun koyucuya tanıdığı kanunu yorumlama yetkisini kullanarak yasayı yorumlamasıdır. Yasama yorumu, kanunu yapan organın onu en iyi anlayacak ve yorumlayacak organ olduğu fikrine dayanır. Yasama yorumu, 1924 Anayasası'nın 26. maddesinde, "*Büyük Millet Meclisi ahkâmı şer'iyenin tenfizi, kavaninin vaz'ı, tadili, tefsiri.... gibi vezaifi bizzat kendi ifa eder.*" şeklinde düzenlenmiş, bu şekilde TBMM'ne kanunları yorumlama yetkisi verilmişti. Kanunun hüküm ve sonuçlarını doğuran bu yoruma, "*tefsir kararları*" adı veriliyordu. 1865 tarihinde kaldırılana kadar 1831 Belçika Anayasası'nın 28. maddesinde de "*kanunların resmi yorumu sadece yasama iktidarına aittir*" şeklinde bir düzenleme mevcuttu.³⁸

1961 Anayasası, yasama yorumuna yer vermemiş, gerekçesinde bunu "*...Kanunun resmi tefsiri, normal olarak yargı yetkisine giren bir husustur. Tamamiyle bağımsız bir hale getirilmiş bulunan yargının teşrii bir tefsirle bağlanabilmesi düşünülemez. Yasama, eğer çıkardığı kanunun maksadını karşılamadığını da, mahkemelerin tatbikatı sebebiyle görürse, bu kanun isteği mühtevayı taşıyor demektir. Bu takdirde yapılacak şey, kanunu değiştirmekten ibarettir.*" şeklinde izah etmiştir.

Yasama yorumu, kanunla birlikte yapılan yasama yorumu, kanundan sonra yapılan yasama yorumu olarak ikiye ayrılmaktadır. Gerçek anlamda yasama yorumu, kanundan sonra yapılan yorumdur. Kanunla birlikte yapılan yasama yorumu ise, kanun koyucunun, kanun içinde yer alan bazı terimleri ve ibareleri açıklaması, ne anlama geldiğini izah etmesidir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesi, 5271 sayılı CMK'nın 2. maddesi, 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun 2. maddesi, kanunda geçen bazı terimlerin ne anlama geldiğini izah et-

³⁸ Gözler, s. 163; Artuk Mehmet Emin / Gökçen Ahmet / Yenidünya A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükiimler*, Ankara 2007 3. Bası s. 167; Tosun, Öztekin, "Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir", *İÜHFD*, 1962, C. XXVIII, S. 1, s. 24; Berki, Ali Himmet, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara 1948 s. 104; Özbilgen, s. 449 vd.

mektedir. Verilen örneklerden başka kanun koyucu, bir maddenin anlamını başka bir madde ile sınırlandırabilir. CMK'nın 23/2. maddesi "*Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz*" hükmünü içermektedir. 5320 sayılı Kanun'un 11. maddesi, "*Ceza Muhakemesi Kanununun 23 üncü maddesinin ikinci fıkrası, Kanunun 163 üncü maddesi hükmü dışındaki hallerde uygulanmaz*" hükmü ile CMK'nın 23/2. maddesinin yorumuna sınırlama getirmiştir.

Dönmezer / Erman'ın haklı olarak belirttiği gibi kanunlara konulan bir terimin ne anlama geldiği, bir hükmün içeriğinin nasıl anlaşılması gerektiğine dair maddeler, yasama yorumu içinde değerlendirilmemelidir. Çünkü bunlar zaten yasa içinde yer aldığından yorum sayılamaz.³⁹

İlk bakışta kanunu yapanın bunu yorumlama hakkının da olması gerektiği düşünülebilir. Ancak hukuk, kanundan ibaret değildir. Yorumcu, kanun metni ile sosyal gerçeklik arasında arabulucudur ve bu yönüyle metnin aksayan yönlerinde kanun koyucuya yol gösterir. Bundan başka erkler ayrılığı da yasama yorumunun dışlanması gerektirir.⁴⁰

B. Yargısal Yorum / Kazai Yorum / Kazai Tefsir (Interprétation Judiciaire)

Mahkemelerin, önlerine gelen uyuşmazlıkla ilgili olarak bir hukuk kuralını yorumlamalarına yargı yorumu denir. Her yeni dava, yasanın yeniden yorumlanması demektir. Hâkim, yorumu kişi olarak değil kurum olarak yapar. Hâkim, herhangi bir yasa maddesini, içeriğinin açık olmadığı, üst normla çeliştiği, beğenmediği, doğru bulmadığı, hukuk anlayışına ters geldiği gibi herhangi bir gerekçe ile uygulamaktan kaçınmaz. Yorum yoluyla olandan olması gerekene ulaşamaz. Yorum yoluyla norm örselenemez, norma işkence yapılamaz, içeriği

³⁹ Yasama yorumu altında anlatılanlar için Bkz Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 167; Dönmezer Sulhi / Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, İstanbul 1987 10. Bası I/165; Taner, s. 162; Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005 s. 116; Gözler, s. 162.

⁴⁰ Bkz. Özbilgen, s. 450.

değiştirilip başkalaştırılamaz. Yorum, hüküm kurmak içindir, hükümet etmek amacıyla yorum yapılamaz. Hükümün gerekçesinde yazılı norm, yorum yoluyla dahi olsa eleştirilemez. Bu bağlamda kanunun korkunç sonuçlar içerdiğinden, ölçüsüz istisnalar getirdiğinden bahsedilemez.⁴¹

Hâkim, aynı yasa maddesini başka başka olaylarda değişik şekillerde yorumlayabilir. Hâkimin herhangi bir yasa maddesine dair yorumu, başka bir hâkimi bağlamadığı gibi hâkimin kendisi de bu yorumla bağlı değildir. Hâkim, metni yorumlayıp hüküm verdikten sonra yanlış yorum yaptığından bahisle geriye dönemez, yorumunu ve hükmü tavzih edemez.⁴² Aynı metnin başka olaylar karşısında değişik şekillerde yorumlanması ve hâkimin önceki yorumu ile bağlı olmaması, yorumuna keyfilik niteliği kazandırmamalıdır. Hukuk, aynı şartları taşıyan kişilerin eşitliğini güvence altına almalı, yorum, bu güvenceyi desteklemeli ve belirli bir istikrar içinde olmalıdır. Yorumda istikrar, ceza yargılamasında kişiler için uzak anlamda güvence teşkil eder.

Yargı yorumunda iki noktaya değinmek yerinde olacaktır. İlki yargı yorumunun bağlayıcılık değeri, ikincisi de Anayasanın 138. maddesi bağlamında hâkimin, kanun metnini yorumlarken hangi enstrümanlarına başvurabileceği ve vicdani kanaatin ne anlama geldiğidir.

a. Yargı Yorumunun Bağlayıcılık Değeri

Hâkim, bir yasa metnini yorumlamada kural olarak özgürdür. Yasa metinlerinin özgürce yorumlanması, yorumun keyfi olduğu/olması gerektiği anlamına gelmez. Yorumun sınırı metindir ve belirli bir bilimsel yönetime göre yapılır. Davanın tarafları, hâkimin gerekçesine yansıttığı yorumu beğenmeyebilir, bu durumda yasa yoluna başvurmaları mümkündür. Yasa yolu mercii olarak (itiraz/temyiz/başvuru vs) bir kararı inceleyen diğer hâkimin hukuki yorumu, önceki hâkimin

⁴¹ Selçuk, Sami, *Bağımsız Yargı Özgür Düşünce*, Ankara 2007 (Yargıcın İç Yansızlığı) s. 31 vd; Gözler, s. 165; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s 168; Dönmezer / Erman, I/169; Demirbaş, s. 117; Erem / Danışman / Artuk, s. 106; Tosun, s. 24; Bkz Özbilgen, s. 451.

⁴² Bkz Gözler, s. 165; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s 168; Dönmezer / Erman, I/169; Berki s. 100; "...Yargıçlar, beğenmeseler bile yasaları uygulamak zorundadırlar... CGK, 17.04.2007 10-71/98".

hukuki yorumundan daha değerli değildir. Üst merciin kararı, tartışmayı bitiren son karar olma özelliği nedeniyle hukuki değer ifade eder. Bu nedenle hukukumuzda, içtihatları birleştirme kararı dışında, tüm mahkemeleri bağlayıcı yargısal yorum yoktur. Yargıtay dairelerinin kararına karşı mahkemelerin ısrar hakkı vardır. Yargıtay ceza/hukuk genel kurulu kararları ise, sadece yargılamaya konu olayla sınırlı olmak üzere ilgili mahkemeyi bağlayan karardır. Bu açıdan hukukumuzda “*emsal içtihat*” kavramının olmadığı söylenebilir.

Yargı bağımsızlığının görünüm alanlarından biri, hâkimlerin birbirine karşı bağımsız olmasıdır. Yargıtay, mahkemelerce verilen kararları son merci olarak inceler (2797 sayılı Kanun m. 13, CMUK m. 305, CMK m. 307 vd.), tek veya toplu olarak karar veren hâkimler ile iddianameyi düzenleyen, hükmün verildiği duruşmaya katılan ve kanun yoluna başvuran Cumhuriyet savcılarını hakkında çok iyi, iyi, orta, zayıf ve notsuz olmak üzere not verir (2802 sayılı Kanun m. 28). Verilen bu notlar, hâkim ve cumhuriyet savcılarının derece yükselmelerinde (terfilerinde) dikkate alınır (2802 sayılı Kanun m. 21). Yargıtay, ülkede hukuk yorumu birliğini sağlama görevi üstlenmiş ise de, kanunun yorumunda kendi yorumunu benimsemeyip başka türlü yorum yapan hâkimler hakkında not vermesi, yargı bağımsızlığına aykırı olduğu kadar hukukun gelişimine de engeldir.⁴³

Yorum, uyuşmazlığın çözüldüğü zamana hastır ve gelecek zamanı kuşatacak şekilde genişletilemez, geleceğin hukukçularını bağlayan bir özellik gösteremez. Bu nedenle 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesi gereğince kanun gibi bağlayıcı nitelikte olan içtihatları birleştirme kararı, hukuka uygun değildir. Erkler ayrılığına ve yargı bağımsızlığına aykırıdır.⁴⁴ Metin, doğası gereği her zaman yorumlanabilir. Ancak kendisi de bir yorum olan içtihatları birleştirme kararının yeni yorumlara tabi olması düşünülemez. Bu nedenle içtihatları birleştirme kararı, yorum yoluyla oluşturulmuş, değiştirilemez⁴⁵ ve yeniden

⁴³ Geniş açıklamalar ve değerlendirmeler için Bkz. Otacı, Cengiz, “Yargı Bağımsızlığına Terfi Penceresinden Bakmak”, *Güncel Hukuk*, Şubat 2004, S. 2 s. 28 vd.

⁴⁴ Selçuk, 14.12.1992 tarih ve 1/5 sayılı İBK'ya karşıoy, *Karşıoylarım*, Ankara 2001 s. 532; Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1991, 1. Bası I/98.

⁴⁵ İBK'nun değiştirilmez olduğunu söylerken, bunun imkânsız olduğunu kastetmiyoruz. İchtihatları birleştirme kararını ortadan kaldırmanın tek yasal yolu, yeni bir içtihatları birleştirme kararıdır. İBK, farklı içtihatlar arasında birlik sağlama amacıyla

yorumlanamaz “norm” niteliği taşımaktadır ki böyle bir metnin hukuki olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

b. Kişisel Bir Yorum Olarak Hâkimin Vicdani Kanaati

Anayasa'nın 138. maddesinde ifade edilen hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı kuralı, hâkimin yorum yaparken sadece kanun, hukuk ve vicdan ölçütünü kullanması gerektiğini belirtir. Gerçekten de Anayasa'nın 138. maddesine göre hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

Vicdan, kişiyi kendi davranışları hakkında bir yargıda bulunmaya iten, kişinin kendi ahlak değerleri üzerine dolaysız ve kendiliğinden yargılama yapmasını sağlayan güç olarak tanımlanmıştır.⁴⁶ Vicdan, kurulan hükümle hükmü kuran arasında ahlaki bağ olduğuna göre Anayasa'da “vicdani kanı” olarak formüle edilen durumun, metne dayanan hukuki yorumdan çok yargılamaya konu olaya dayanan “kabul/kanıt” yorumu ile ilgisi vardır ve bunun da kanuna ve hukuka uygun olması gerekir. R. Dworkin'e göre yorumcunun kişisel inançlarının her zaman gerekçeye bağlanması beklenemez. Yorumcu, karar verirken bireyselleştirilmiş bir hukuk kavramı geliştirmekte, kararı kendisi için bir analiz olmaktan öte duygu ve sezgi halini almaktadır. Yorumcu, yaşadığı toplumun insanı olduğuna göre olay ve olayla bağlantılı olarak yorumu, ortalama insanın duygu ve sezgilerini temsil edecektir.⁴⁷

Vicdani kanı, güçlü ahlaki vurgusu, öznel bilgiyi temsil etmesiyle hâkimin devlete, topluma, kendi değer yargılarına, medyaya ve diğer hâkimlere karşı bağımsızlığını/tarafsızlığı da çağrıştırmakta, ka-

la alınabilir. Bu açıdan, geçerliliğini yitirmiş ya da hukuki olmadığı gerekçesi ile yeni bir İBK'nın, ne kadar hukuki olacağı da ayrı bir tartışma konusudur. Hukuk tarihimiz açısından, yürürlükten kaldırılan kanunlara, değişen içtihatlarla rağmen kaldırılan bir İBK olmadığını da ifade etmek gerekir.

⁴⁶ <http://www.tdk.org.tr> (erişim 05.01.2010).

⁴⁷ Yücel, Mustafa Tören, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2005, s. 255.

nunu yorumlayan hâkimin yorumunun, nihayetinde kişisel olduğuna da işaret etmektedir.

Vicdani kanı, bir yorum aracı ya da yorum yöntemi değildir. Kişisel bilgi ve tecrübeye bağlı olarak yargılamaya konu olayla/kişilerle, kanıtların içerdiği anlamla ilgili edinilmiş şahsi bilgidir. Bu bilgi, Anayasa, kanun ve hukuk ile ifade edilen hiyerarşi içinde değerlendirilemez. Vicdani kanı olarak adlandırılan kişisel/tecrübî bilgi, bahsedilen hiyerarşik bilgilerle uyum içinde olursa, kanunun tanıdığı “hükmün kişiselleştirilmesine” hizmet ederse anlamlı ve değerlidir.

C. Bilimsel Yorum / Doktrin Yorumu / Hukuk Öğretisi / İlmi Tefsir (Interprétation Scientifique, Interprétation Doctrinale)

Bir hukuk kuralının, hukukçular tarafından yorumlanmasına hukukun bilimsel yorumu denir. Bilimsel yorum, hukukun diğer biçimsel yorum şekillerine çok önemli katkıda bulunur. Hukuk, bu yorum çeşidinde bilimsel bir disiplinle ele alınarak, yorumcunun entelektüel kapasitesine bağlı olarak çoğu defa derinlemesine incelenir. İncelenen konunun tarihi geçmişi, benzer konularla ilişkisi, mukayeseli hukuk açısından durumu ele alınarak yargı yorumları ile karşılaştırma yapılır. İçerdiği eleştirel bilgiler yönüyle de ufuk açıcı olabilir.⁴⁸

Ülkemizdeki görünüm açısından hukukun bilimsel yorumu ile yargı yorumu arasında sağlıklı iletişim ve etkileşim olduğunu söylemek zordur.

2. Niteliği Bakımından Yorum Çeşitleri

Hukuki açıdan yorumun ne olduğu konusunda değişik tanımlar yapılmıştır. Yapılan tanımlar aşağı-yukarı aynı anlam içeriğine sahip ise de, yorum ile amaçlananın ne olduğu konusunda iki temel görüş vardır. Objektif görüşü temsil eden ilk gruba giren Selçuk, Erem / Danışman / Artuk, Tosun, Centel / Zafer / Çakmut, Artuk / Gökçen /

⁴⁸ Dönmezer / Erman, I/169; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 169; Demirbaş, 118; Erem / Danışman / Artuk, s. 104; Özbilgen, s. 448.

Yenidünya, Soyaslan, Taner ve Aral'a göre hukukta yorum, yazılı bir hükmün içeriğini, sınırını, anlamını kurumlara göre irdeleyip belirleyen zihinsel/düşünsel bir etkinlik, entelektüel bir süreçtir.⁴⁹ Sübjektif görüşü temsil eden ikinci grupta yer alan Dönmezer / Erman, İçel / Donay, Özgenç ve Demirbaş'a göre hukukta yorum, metnin anlam ve kapsamını belirleme amacı ile kanun koyucunun iradesinin ne olduğunu anlamak için yapılan zihinsel/düşünsel işlemdir.⁵⁰ Aral, Önder ve Centel / Zafer / Çakmut, ise her iki görüşün sakıncalarına işaret etmekle karma görüşü benimsediği izlenimi vermektedir.⁵¹ Her iki tanım arasındaki fark, yorumun ile bulunmak istenilenin kanunun amacı/kanun koyucunun amacı olup olmadığında toplanmaktadır.

Özbilgen'e göre yorumu, objektif ve sübjektif olarak ikiye ayırmak anlamsızdır. Sübjektif yorum, kanun koyucunun iradesine, objektif yorum ise metne göre yorum olarak ifade ediliyor ise de, metni yazan kanun koyucu olduğuna göre metni esas alan yorum, aynı zamanda kanun koyucuya (süjeye) bağlı kalmakta, dolayısıyla sübjektif bir yorum içermektedir. Bunun için aslında sübjektif-metinsel bir tek yorum vardır.⁵²

Aşağıda yeri geldikçe değinileceği gibi, metni yorumlarken kanun koyucunun iradesinin ne olduğunun bulunması, yorumun tek amacı olmadığı gibi hukuki pozitivizmin etkisiyle ileri sürülen bu görüş, günümüzde geçerliliğini yitirmiştir. Kanun, yürürlüğe girdikten sonra artık kanun koyucunun iradesinden değil, kanunun iradesinden söz etmek gerekir. Kanun bir gemiye benzer, limandan çıkana kadar kılavuzun iradesindedir. Limandan çıktıktan sonra kendi güç ve iradesi geçerlidir. Metnin kanun haline gelmesi ile onu yapan irade artık ge-

⁴⁹ Selçuk, Sami, 30.06.1995 tarih ve 1/1 sayılı YİBK karşıoy, *Karşıoylarım*, s. 58; Erem / Danışman / Artuk, s. 103; Tosun, s. 23; Centel / Zafer / Çakmut, s. 85, Adı geçen yazarlar, sonuç olarak yorumda yasa koyucunun iradesinin de göz ardı edilmemesi gerektiği görüşündedir. Bkz. s. 92; Taner s. 161; Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005 s. 114; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 161; Aral, s. 195 vd.

⁵⁰ Dönmezer / Erman, I/159; İçel / Donay, s. 123; Demirbaş, s. 116; Özgenç, İzzet, *TCK Gazi Şerhi*, Ankara 2005, 2. Bası, s. 81.

⁵¹ Aral, s. 198; Önder I/96; Centel / Zafer / Çakmut, s. 92.

⁵² Özbilgen, s. 431.

ride kalmıştır. Ortada tek bir irade vardır, oda metnin iradesidir.⁵³ Kanun metnine gerçek anlamını kanunun iradesi verir.⁵⁴

Aral'ın belirttiği gibi “*yorumla neyi bilmek istiyorum?*” sorusu, izlenecek yöntemi, güdülen amacı ve nihayetinde elde edilecek veriyi etkileyecektir. Yorum, metni makul anlama kavuşturmak ise makul anlama ulaşmak, metnin anlam ve amacını keşfetmek, o düşünceyi norm yapan bilgiye erişmektir.⁵⁵ Yorumla ulaşılmak istenen kanun koyucunun iradesi ise, metin sadece bir araç olur. Bu yorum tarzı, olandan olması gerekene başka bir deyişle pozitif hukuktan ideal hukuka kapı açar. Hâlbuki metin, yorumun çerçevesi ve sınırındır. Bu nedenle metnin iradesi, kanun koyucunun iradesinden üstün olmalıdır.

A. Açıklayıcı (Gramatik / Lafzi / Sözel) Yorum (Interprétation Littérale, Interprétation Grammaticale)

Kanun metninin yorumunda başvurulan ilk ve en önemli yorum yöntemi, metinde yer alan kelimeler, deyimler, kelimelerin cümle içindeki yeri ve anlamı, noktalama işaretlerinden (imla) hareketle yapılan yorumdur. Kanun, anlatmak istediği düşünceleri, kelimeler ve cümlelerin içine koymuştur. Kanun koyucunun metne vermek istediği anlama göre zamanla metnin kendi kazandığı anlam daha güçlü, önemli ve değerlidir. Yorum için temel, metnin “*ratio legis*”idir.⁵⁶

Ceza kanununun suçun unsurunu düzenleyen bir maddesinde “*bilerek*”,⁵⁷ “*bilinen*”⁵⁸ gibi kelimelerin yer alması halinde bu suç, olası kasıtlı işlenemez. Metin içinde geçen “*veya ya da*” gibi ibareler, iki veya daha fazla şeyden herhangi birini ifade etmek için kullanılır, ancak ifade edilen şeylerin tamamının ya da bir kaçının bir arada bulunmasını engellemez.⁵⁹ TCK'nın m. 82/1-e bendi “*Çocuğa ya da beden veya ruh ba-*

⁵³ Önder, s. I/96, 98; Tosun, s. 23.

⁵⁴ Erem / Danışman / Artuk, s. 103.

⁵⁵ Aral, s. 192.

⁵⁶ Önder, I/94; Gözler, s. 166; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 162; Erem / Danışman / Artuk, s. 114; Tosun, s. 30; Aral, s. 193.

⁵⁷ TCK m. 154/2.

⁵⁸ TCK m. 82/1-f.

⁵⁹ Berki s. 69.

kımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı" ibaresini içermektedir. Bu bentte yer alan "ya da", "veya" edatlarına göre sadece çocuğu, beden bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiyi, ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiyi ayrı ayrı kastettiği gibi, üçünün bir kişi de bulunmasını da mümkün kılmaktadır. Ceza kanunlarında geçen (TCK m. 80/1, 84/4, 103/4, 117/1) "cebir veya tehdit", "cebir veya şiddet" ibarelerinin yer aldığı suç tipindeki "veya", ikisinden biri anlamı taşıdığından suçu seçenekli hareketli suç haline getirmektedir.

Metin içinde yer alan "virgül", okunuşa kolaylık vermek için "ve", "veya" ibaresi yerine kullanılır. Atıf edadı olan "ve", bir cümlelerin diğer cümle üzerine ya da kelimenin diğer kelime üzerine atfı anlamı taşır ve birlikteliği/toplam anlamı ifade eder. TCK'nın 117/2 maddesinde yer alan "Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle..." ibaresindeki ve atıf edadı, çaresizlik, kimsesizlik ve bağıllığın birlikte sömürülmesi anlamını taşır.⁶⁰ 5237 sayılı Ceza Kanunu başta olmak üzere diğer hukuki metinlerde "ve, veya, ya da, başka, hariç" gibi ibarelerin kastedilen anlama uygun kullanılmadığı, kimi yerlerde de tartışmasız olarak yanlış anlamda kullanıldığı görülmektedir.

765 sayılı mülga TCK'nın 269. maddesi "Geçen maddelerde muharrer taarruz ve hakaretler, cebir ve şiddet ve tehdit ile icra olunmuş ise..." hükmünü içeriyordu. Metinde geçen "ve" atıf edadı nedeniyle önceleri eylemin, cebir, şiddet ve tehdidi birlikte barındırması gerektiği kabul ediliyordu.⁶¹ Selçuk'un şu görüşleri sonucunda maddede yer alan "ve" atıf edadının anlamı "veya" şeklinde yorumlanmaya başlanmıştır.⁶²

⁶⁰ Berki s. 68.

⁶¹ "...TCK'nın 269 maddesinde öngörülen cebir, şiddet ve tehdidin bir arada bulunması koşulu oluşmadığından ... CGK, 25.03.1997 4-27/60 (YKD, Temmuz 1997)"; "...TCK'nın 269 maddesinde yazılı üç unsur birlikte gerçekleşmemiştir... 4. CD, 12.10.1989 5574/6082 (YKD, Ocak 1990)"; "... tehdit ile birlikte olmadıkça yalnız cebir ve şiddetle yapılan sövmeye TCK'nın 269 maddesinin uygulanamayacağı... 4. CD, 09.05.1991 1935/2774"; benzer yönde 10. CD, 18.09.1995 7777/7870, 4. CD, 18.03.1992 1275/2081.

⁶² "...Kaynak Kanun'un 195. maddesinden alınan bu hükümde, anılan yasada cebir, şiddet, tehdit sözcükleri arasında "veya" bağlacı kullanılmıştır. Gerek öğretilerde gerekse yerleşmiş yargısal kararlarda vurgulandığı üzere, her ne kadar TCK'nın 269. maddesinde cebir, şiddet, tehdit sözcükleri "ve" bağlacı ile birleştirilmişse de, buradaki "ve" bağlantılarını, kaynak Yasaya uygun olarak "veya" anlamında ka-

“TC Kanunu’nun 269. maddesindeki suçun yapısına gelince; madde seçenekli hareketli bir cürümdür. Sövme/hakaret, zor yahut da tehdit araçlarıyla işlenirse nitelikli sövme suçu oluşacaktır. Kaynak ve 1930 tarihli İtalyan Ceza Yasalarında kullanılan “ya da” bağlacı da bunu göstermektedir. Türk Ceza Kanunu’nun 13.3.1926 tarihli ve 320 sayılı Resmi Ceride’de ve Sicill-i Kavanin’in 2. cildinde yer alan Arap harfleriyle yazılı metindeki “cebir, şiddet, tehdit” sözcüklerinin arasında bulunan “vav” harfi, huruf-ı atıfe denilen harf kümesine dahil bir harf-i atıfa (atf, atıf) ve dolayısıyla vav-ı atıfedir. Bu ise, Şemsettin Sami Bey’in Kamus-ı Türkî adlı yapıtında açıklandığı üzere anabilim (semantik) açısından “ve, dahi, hem, ve de, ile, ya, yahut, veya, ya da, yoksa” anlamlarına gelen bir bağlaçtır. Şemsettin Sami Bey çeşitli anlamlara gelen bu harfin çok az kullanıldığına ve hatta edebiyatçıların bile yerinde kullanmadıklarına değinmektedir (Kamus-ı Türkî, İstanbul, 1900, s. 940, 1480). O yüzden, Arap abecesi’nden Türkçe (Lâtin) abecesi’ne aktarılırken kullanılan “ve” sözcüğünün Kaynak Yasadaki metin doğrultusunda bir vav-ı atıfa olduğu ve bu bağlacın “ya da, veya, yahut” anlamlarını yansıttığı açıktır.

Öte yandan, metinde geçen “ile” sözcüğü, sanıldığı gibi, bir bağlaç değildir.

Çünkü, bu sözcük cümlede aynı görevi gören sözcükler arasında kullanıldığında bağlaç; aynı görevi görmeyen öğeler arasında anlam ilgisini kurduğunda ilgeçtir (zarftır); metinde kullanılan aracın nasıl olacağını ve niteliğinin ne olduğunu yani bunun tehdit ya da zor kullanmak suretiyle olacağını belirtmekte, böyle olunca da durum ilgeci (hal zarfı) görevini üstlenmektedir. Bu nedenle kullanılan araçların birlikteliğini değil nasıl ya da neler olacaklarını belirtmektedir.

Bütün bunlar gözetildiğinde, T.C. Kanunu’nun 269. maddesinde öngörülen cürmün, seçenekli hareketli bir suç olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda zor kullanma ya da tehdit hareketlerinden birini işlemekle bu madde uygulama alanına girecek, 266-268. maddeler geri çekileceklerdir. Bir başka deyişle, fail, memura sözle sövmeyip, ona karşı zor kullandığında yahut da onu teh-

bul etmek gerekir. Bir başka anlatımla bu üç halin bir arada bulunması gerekliliği aranmamalı, maddede öngörülen maddi (cebir, şiddet) ve manevi (tehdit) cebir eylemlerinden sadece birinin gerçekleşmesi halinde 269. madde uygulanmalıdır. CGK, 24.09.2002 tarih ve 190/315 sayılı kararı; Aynı yönde CGK, 25.3.1997; 1997/4-27-60; 4. CD, 21.9.1998; 6906/8047

dit ettiğinde, bunlardan birini yapmakla T.C Kanunu'nun 269. maddesindeki suçu işlemiş olacak; bunlardan biri yanında ayrıca sözle sövmeye, zor kullanıldığında tehdit etmeye ya da tehdit ettiğinde zor kullanmasına gerek kalmadan suç oluşacak; hepsi birlikte ardı ardına işlendiğinde ise suçun tekliği etkilenmeyecek yani suç çokluğu ortaya çıkmayacaktır.⁶³

Metinlerde geçen “ancak, yalnız” ibaresi (TCK m. 64/1, 74/3, 99/6, 116/3), hasretme, sınırlama anlamı taşır ve metnin kendinden önceki kısmına nazaran farklı bir durumu (istisna) gösterir. “Fakat, lâkin, ama” kelimesi, evvelki sözden doğan tereddüdü ortadan kaldırmak için (TCK m. 274/2) veya bir açıklama yaparak yeni bir hukuki statü belirlemek (m. 36, 168/1) kullanılır. “Fakat” kelimesi bazen “lâkin, ama” anlamında bazen de “ancak” anlamında (TCK m. 36, 168/1-2) kullanılır.⁶⁴

Yorumda gramer kurallarına dikkat etmenin yanında bütünlüğüne ve kelimelerin içerdiği anlama bakmak, yorumun ilk ve en esaslı kuralıdır. Selçuk'a göre “yorumda metne titreyen ellerle yaklaşmalı ve metin, metin içinde kalınarak, ondan uzaklaşmadan yorumlamalıdır. Metni yorumlayan hâkimin öz görevi, hükmünde, uygulayacağı yasa ve metnini yorumlamak değil, davayı yasal metne göre sonuçlandırmaktır. Yorum ya da öze nüfuz bahanesiyle yasal metnin kapsamı genişletilemez ve sınırları aşamaz. Olsa olsa, metindeki sözcük ve terimlerin içeriği geniş algılanabilir. Özetle, düşünsel dürüstlük kuralı uyarınca, yorumcunun/yargıcın moral davranışın dış duvarı yasal metindir ve yazılı anlam saptırılarak, suret-i haktan inşalarla yazılı hukukun sağlamlığı sarsılmaz ve yorumcu metni revizyona tabi tutamaz. Daha rahat bir alan olan kamu hukukunda da bu kural geçerlidir. Duguit, “yazılı metin nasılsa öyle ele alınır” dedikten sonra, “Yasa koyucunun açıklamadığı ve yasal metne yansıtılmayıp gönlünde taşıdığı düşüncesini araştırmaya gerek yoktur” demektedir. Yorumun ontolojik temeli, var olan ve fakat herkesin okuduğunda başka başka anlamlar yüklediği ortak metindir. Yorumun etik temeli ise, bu metne bağlılıktır”.⁶⁵

⁶³ Selçuk, 4. CD'nin 4.11.1992 tarih ve 6105/6695 sayılı kararı ile 4. CD, 04.11.1992 tarih ve 6105/6695 sayılı kararına karşıoy, *Karşıoylarım*, s. 168.

⁶⁴ Berki s. 71; Parantez içindeki madde numaraları tarafımızdan verilmiştir.

⁶⁵ Selçuk, 30.05.195 tarih ve 1/1 sayılı İBK'ya karşıoy, *Karşıoylarım*, s. 59 vd. (Metin içindeki kaynaklar çıkartılmıştır C.O.).

Yoruma esas alınan temel malzeme kanun metnindeki “*kelime, deyim*” gibi dile ilişkin unsurlar olunca, tartışmaların da çoğalmasa kaçınılmaz olmaktadır.

Bu tartışmaların ilki, yoruma esas alınacak kelimenin günlük dildeki anlamı mı yoksa terim anlamı mı olacağıdır. Bir kısım yazarlara göre, kanun koyucu kanunları herkesin anlaması için günlük dilde kaleme almıştır. Bu nedenle kelimelerin günlük dile uygun yorumlanması gerekir. Bazı yazarlara göre ise kelimelerin teknik-hukuki terim anlamı yoruma esas olmalıdır. Ancak kanun koyucu, özellikle bir kelimeyi günlük dilde kullanmışsa, artık bunun terim anlamı üzerinde durulamaz. Metinde yer alana kelimeler, zaman dışı olmadığı gibi, metinden bağımsız olarak bizzat bir amaç ifade etmez. Metindeki kelimeler bazen donmuş kalıplar gibi değişen yaşama uyum sağlayamaz. Bu nedenle yer aldığı metnin anlam bütünlüğü içinde hareket etmeli, yorumda, tek tek kelimelerin esiri olunmamalıdır.⁶⁶ Önder’e göre bu gün için kabul edilen yöntem, metnin yorumlanmasında, kelimenin hukuki-teknik anlamının esas alınması gerektiği yönündedir.⁶⁷

Metinde geçen kelimenin hukuk terimi olarak anlamlandırılması gerekirse, bunun genel hukuki anlamının mı yoksa farklı hukuk dalları için ifade ettiği farklı anlamlarının mı esas alınması gerektiği bir başka tartışma konusudur. Önder ve Selçuk’a göre metinde geçen bir kelime/kavram, genel hukuk açısından bir anlam taşısa da ceza hukuku açısından kendine özgü bir anlam taşıyabilir. Bu durumda ceza hukuku, o kelime/kavramı, kendi amacına göre yorumlar.⁶⁸ Selçuk’a göre “*ceza hukuku kavramlarını yorumlarken, özel hukuk kavramlarını çıkış noktası yapmak geçen yüzyılda kalmış ve bu gün artık aşılmış olan pansivilistik akıma dönüş olur ki, bu çağımızda benimsenemez. Çünkü günümüzde artık çağcıl ceza hukukunun, ontolojik ve mantıki nedenlerle özerk, bağımsız, belirleyici, kendi kuralını kendi yaratan ve başka hukuk dallarına ait kavramlara, amacı doğrultusunda, yeni içerikler ve boyutlar kazandıran bir hukuk dalı olduğu düşüncesi, hemen hemen herkesçe benimsenmiştir. Nitekim Türkiye’de de uygulama bu yöndedir. Sözgelimi, özel hukukta taşınmaz mal sayılan gemi, toprak, kum, ağaç vb. ceza hukukunda taşınır mal sayılmakta ve*

⁶⁶ Dönmezer / Erman, I/173; Tosun, s. 30; Aral, s. 193.

⁶⁷ Önder I/94.

⁶⁸ Önder I/94; Selçuk.

hırsızlığa konu olmaktadır. Eğer ceza hukuku, tüm bu kavramlara salt medeni hukuk merceğinden baksaydı, bu malların zorla yağmalanmaları halinde, failleri cezalandırmak olanaksızlaşırdı”⁶⁹

Üçüncü tartışma konusu, metinde geçen kelimenin, zaman karşısında anlamında yaşanan eskime, başkalaşma, içeriğinde meydana gelen kaymadır. Bu durumda kelimenin, metnin yazıldığı zamana göre mi, yorumun yapıldığı zamana göre mi yapılacağıdır.

Bu tartışma, temelde metnin tarihsel yorumuna ilişkin kısmı ilgilendirmektedir. Her kelimenin, insan zihninde bir karşılığı vardır. Zamanla kelimenin, zihindeki karşılığının kaybolması, anlamsız hale gelmesi ya da başkalaşmasına afazi denir. “*Hak*” kelimesi daha önceden “*batılın karşıtı, doğru*” gibi anlamlarda kullanılırken bu gün için aynı anlamı ifade etmemektedir. Keza “*meşru*” kelimesi de “*şeriata uygun*” anlamı taşırken bu gün için aynı anlamı taşımamaktadır.

Dördüncü tartışma alanı, kelime, deyim, terim gibi kavramların, nihayetinde dile ilişkin bir unsur olması nedeniyle dilin, yoruma katılımıdır. Bergson’un yaklaşımıyla dil, kelimeler aracılığıyla bilinmek istenen nesneyi/kavramı dondurur, sabitler.

Dil ile iletilmek istenen şey, simgesel hale getirilir. Bu şekilde biz, kelimelerin işaret ettiği simgeler aracılığıyla nesnelere yöneliriz. Kelimeler, benzer işlevlere sahip ancak gerçekte birbirinden farklı olan sayısız nesnenin ortak simgesel adıdır.

Bilinen nesne ile bilen zihin arasında aracılık görevi üstlenen kelimeler, simgelediği nesneye göre cansız, soyut, analitik ve parçasaldır.⁷⁰ Dil, gerçeği ancak simgeler, içinde insan unsuru da dil, sadece bir düşünce aktarma yöntemi değildir, aynı zamanda bilgi aracı, bilgi taşıyan/aktaran bir iletişim aracıdır. Bu aracı kullanan kişinin (kanun koyucunun) doğru, maksadına uygun bilgiyi, doğru araçlarla (kelime, vurgu) aktarıp aktarmadığı, bilgiyi aktaran kadar bunun muhatabı olanlar için de her zaman güncel bir sorundur. Çünkü dil, yakın anlamda kullananın kültürünü, zekâsını, dünya görüşünü, değer yargılarını, yaşadığı mekânı gösterdiği gibi uzak anlamda ise niyetini, kişi-

⁶⁹ 29.04.1985 tarih ve 1/4 sayılı İBK’ya karşıoy, *Karşıoylarım*, s.399; Aynı yönde Tosun, s. 31.

⁷⁰ Arslan, Ahmet, *Felsefeye Giriş*, Ankara 1994, s. 48.

liğini, yaşamak istediği ortamı, arzu, korku, nefret gibi iç dünyasına dair ipuçlarını da gösterir. Her ne kadar Bergson, dil-bilgi bağlamında, içinde dilin yer aldığı bilginin sübjektifliğini abartmış ise de, insanların tümü için, kelimelerin oluşturduğu simgeler dünyasının aynı anlamlar değerine, aynı gerçekliğe delalet etmediği de açıktır.

Işıktaç, dilin, şekilci ve açık anlatıma yönelen, mantıkla sıkı bağlantısı olan, rasyonel kategori içinde değerlendirilen, tek düze içeriğe uygun, objektif yatay boyutu, sanatsal ve aşkın (transandantal) lirik ve çok katmanlı, sübjektif yönü ağır basan dikey boyutuna işaret etmektedir. Hukukçu yorumu ile edebiyatçı yorumu, bu açıdan oldukça farklıdır. Hukuk dili, dilin yatay boyutunda yer almalı, coşkulu, lirik, aşkın anlamlar yerine rasyonel, mantıklı yorumlar benimsemelidir.⁷¹

Yorumda, “*kanun koyucunun yanlış yapmayacağı, abesle iştiğal etmeyeceği, lüzumsuz söz söylemeyeceği*” gibi düşüncelerle kanun koyucunun yüceltilmesi, metnin kutsallaştırılması ve aşırı değerli görülmesi de sakıncalıdır. Düzeltici yorum yöntemiyle metindeki ya da metinler arasındaki bazı aksak yönlerin giderildiği bilinmektedir. Ancak bu durum, metnin, yorumda esaslı unsur olmasını değiştirmez.

Metnin yorumunda zaman zaman kaynak kanunun göz önüne alınması da mümkündür. Bu yöntem, kaynak yasaya nazaran tercüme hatalarını gün yüzüne çıkardığı gibi metnin, bir başka metinle mukayese edilerek daha geniş ve doğru yorumlanmasına da olanak sağlar.

Yukarıda da değindiğimiz gibi yorumda asıl amaç kanunun anlamını ortaya çıkartmaktır. Kanun koyucunun iradesini bulmak, yorumun tek amacı olamaz.

B. Tarihsel Yorum (Interprétation Historique)

Tarihsel yorum, metnin kanun olarak ortaya çıkış sürecindeki tüm çalışmaların incelenmesi suretiyle metnin anlamının belirlenmesidir.⁷² Bu yorum yöntemine, ülkemize has içtihat fetişizminden yola çıkarak,

⁷¹ Işıktaç, Yasemin, *Hukuk Yazıları, (Dil, Yorumlama ve Hukuk İlişkisi)*, Ankara 2004, s. 20 vd.

⁷² Önder, I/95; Gözler, s. 168; Dönmezer / Erman, I/176; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s.163; Taner s. 165.

kanunun geçmiş yıllarda nasıl yorumlandığının araştırılmasını da ekleyebiliriz.

Tarihsel yorum, tasarı halinden başlayarak kanunun, komisyonlardaki görüşmelerini, metne yapılan ekleme ve çıkartmaları, gerekçeleri, parlamentoda yapılan tartışmaları gözeterek kanun koyucunun amacının ne olduğunu araştırmak suretiyle yapılan yorumdur.

Dönmezer / Erman ve Erem / Danışman / Artuk'a göre⁷³ kanunun hazırlık çalışmalarının yorum aracı olarak belirli bir değer taşıdığına şüphe olmasa bile, bu aracı kullanırken dikkatli olunmalı, kanun koyucunun objektif iradesini yansıtan metne bağlı kalmak yerine, subjektif iradeyi yansıtan hazırlık çalışmalarıyla yetinilmemelidir. Ceza Genel Kurulu, 12.05.2009 tarih ve 6-80/123 sayılı kararında "...*madde gerekçelerinin yalnızca yorum aracı olması ve bağlayıcı bulunmaması, metne aykırı olan madde gerekçesinin, maddenin uygulanma alanını genişletmesine olanak sağlamayacağı...*"nı kabul etmiştir. Tosun'a göre Kıta Avrupası hukuk sisteminde yeni bazı görüşler, hazırlık çalışmalarının metnin yorumunda esas olmaması gerektiğini ifade etse bile, ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre hazırlık çalışmalarının, metnin yorumunda önemli bir yeri vardır. Anglo-Sakson hukuk sisteminde ise yorumda, hazırlık çalışmalarına itibar edilmemesi benimsenmiştir.⁷⁴

Aral'a göre yoruma sözle başlamalı, bu yorum tarzının işe yaradığı durumda kanun koyucunun iradesinin ne olduğuna bakılmıdır. Modern demokrasilerde kanun koyucu tek kişi olmayıp metinler karmaşık bir süreçten geçerek pek çok kişinin katılımı ve yardımı ile norm haline dönüşmektedir. Bu açıdan kanun koyucunun gerçek iradesinin bulunması güçtür. Bu nedenle tarihsel yorum, yardımcı bir yorum yöntemi olarak ihtiyatla ele alınması gereken bir yorum türüdür. Kanun koyucunun iradesi, yorumda büsbütün kenara atılamaz.⁷⁵

Selçuk ise bu konuda şu değerlendirmelere yer vermiştir. "*Yasama organının kesin ve son görüşünü (yargısını), oylanıp Resmi Gazete'de yayımlanan metin yansıtır ve belirler; asla oylanmayan gerekçe ve hazırlık çalışmaları değil. O nedenle de, yasallık ilkesinin konusu ve muhatabı, yayımla-*

⁷³ Dönmezer / Erman, I/177; Erem / Danışman / Artuk, s. 117.

⁷⁴ Tosun, s. 36.

⁷⁵ Aral, s. 194, 198.

nan bu metindir. Gerekçe ve hazırlık çalışmaları bunların dışındadır. Bu yüzden, yurttaşlar yasayı bilmekle yükümlüdür. Ama hiç kimse gerekçe ve hazırlık çalışmalarını bilmek zorunda değildir. Eğer uygulamada bunları bilmek zorunlu tutulursa, yasa koyucu, uyumsuzlukların gerekçeyle çözüleceğini düşünerek, özenli yasa yapmayacaktır. Dahası yapılan araştırmalar da, pratik nedenlerle, gerekçe ve hazırlık çalışmalarının gözetilmemesini gerektiğini ortaya koymaktadır. Zira Meclis Genel Kurulu'nun anlayışı, uygulamada komisyon ve kişilerin anlayışından çoğu zaman başka olmuş; hatta, gerekçe önerenlerin ve değiştirenlerin görüşlerini yansıtmamış; herkes sözcüklere başka başka anlamlar yüklemiş, algılama ayrılıklarının çoğu kez ayırdına bile varılmamıştır. Böyle bir süreçte, gerekçe ve hazırlık çalışmalarından hangisinin gözetileceği ve hangilerine kısıllacağı elbette bilinemez ve onlara başvurarak çözüm üretmek sağlıklı olamaz. Nitekim Almanya'da ilkin 1885'te Binding, s. Liszt; Fransa'da Yargıtay Başkanlarından Ballot Beaupre, yazar F. Helie, 1899'da Gény ve daha sonra da H. Capitant, Planiol, Ripert, yorumda gerekçe ve hazırlık çalışmalarına başvurunun doğru olmadığına değinmişlerdir. Anglo-Sakson hukukunda ise bu aracın kullanımı, 18. yüzyılın ortasından bu yana kesinlikle yasaktır. Bu yüzden değerleri görelidir, saltık değildir. Sözelimi, yasal metne yansımış ve gerekçede ya da hazırlık çalışmalarında açıklanması yapılmışsa bir sözcüğün anlamı için bu araçlara başvurulabilir. Ancak Bunların da salt bağlayıcı bir değeri yoktur. Kısaca yasal metne yansımadığı takdirde bu aracın kullanılması düşünülemez. Çünkü yorumcu metinle bağımlıdır; gerekçe ve hazırlık çalışmalarının izdüşümünü yansıtmayan bir metni, bunlara uymadığı gerekçesiyle, ne daraltabilir, ne genişletebilir ve ne de değiştirebilir. Gerçekten yorumcunun öz görevi metinde yansıyan (zahir olan) amacı araştırmak, saklı ve varsayılan (mefruz) niyeti keşfetmek değildir. Eğer, ille de bir keşiften söz edilecekse, bu yasalaşan metnin anlamını/amacını keşiftir; onu önerenlerin kurgularını değil. Bu bağlamda, yorum belki bir keşiftir, ama asla bir icat değildir. Çünkü, yargıç, yasayı uygular, yasa yapmaz; yasaya göre hüküm kurar; hükümet etmez. Nitekim Batı hukukundaki uygulama da, yansıtılan bu öğreti doğrultusundadır. Kanada Yüksek Mahkemesi, 1769'dan bu yana (Taylor davası), yani 266 yılından beri, bu araçlara başvurmayı yasaklamış ve 25.8.1812, 11.3.1831, 25.4.1850, 4.6.1889, 20.12.1930, 18.3.1923 tarihli kararında Fransız Yargıtayları, 15.12.1948 Luxembourg Danıştayını bu araçların görelisi, ikincil değerde olduklarını vurgulamışlardır. İtalya'da ise, 14.6.1922'de cezada, 10.4.1954, 13.3.1975, 19.5.1975'te hukuk-

ta, Daireler; 10.12.1957'de de Ceza Daireleri Birleşik Kurulu aynı yönde kararlar vermiştir."⁷⁶

8.12.1982 tarih ve 4/4 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararı, tarihsel yorumun, bu gün gelinen anlayışa göre artık geçerliliğini yitirdiğini, amaca dönük yorumun esas alınması gerektiğini vurgulamıştır. Anılan İBK, şu ifadeleri içermektedir. "...Bir kanun hükmü, konuluş amacına uygun bir biçimde yorumlanmalıdır. Kural olarak bir hükmün amacı olarak değerlendirilebilecek olan, özüyle biçimini oluşturan sözü özdeştir. Bunlar arasında bir bağdaşmazlık varsa, açık bulunan söze itibar olunması esastır. Yani amacın, açık anlatımda belirtilmiş olduğu varsayılır... Her şeyden önce, bir kanunun hazırlanmasına ilişkin tüm belgeler ve arada gerekçeler, bu günkü anlayışa göre, yorumda eski geçerliliğini yitirmiştir. Gerçekten, bu gün yürürlükte bulunan düşünce açısından tarihsel yorum yerine, amaca yönelik yorum esastır. Bir madde yorumlanırken, o maddenin kanunlaştırılmasından önceki evrede oluşturulmuş yasama belgeleri değil, yorumun yapıldığı andaki topluma hâkim koşullar, ihtiyaçlar göz önünde tutulur..."⁷⁷

Tarihsel yorum, geçmişe yaptığı gönderme ile metnin anlamını yapıldığı zamanın koşulları içine hapsedmekte, metnin, hazırlık çalışmaları sırasında yeterince tartışılarak yorumlandığı kabul ederek başka yorumların yolunu kapatmakta, ya da en azından darlaştırmaktadır. Bu noktada tarihsel yorumun farklı bir görünümü olan ve kısmen yuvarıkta yargısal yorum başlığı altında değindiğimiz, ülkemize has içtihat fetişizmi üzerinde durmak gerekir.

2005 yılında ceza mevzuatımızda yaşanan köklü değişiklik, yorum gücü zayıf olan yargı sistemimiz⁷⁸ üzerinde travma etkisi oluşturdu.

⁷⁶ Selçuk, 30.06.1995 tarih ve 1/1 sayılı İBK'ya karşıoy, *Karşıoylarım*, s. 61 (metin içindeki kaynaklar çıkartılmıştır. C.O.)

⁷⁷ Bkz. Şener, Esat, *Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları*, Ankara 2000, s. 726.

⁷⁸ Adli istatistiklere göre, Yargıtay ceza dairelerinin onama kararları oranı 2006 yılında % 28.8, 2007 yılında % 39.5, 2008 yılında ise % 19'dur. Diğer kararlar ise ağırlıklı olarak bozma olmak üzere ret, geri çevirme, ilgili daireye gönderme vs şeklindedir. Yargıtay ceza dairelerince verilen kararları ve yerel mahkemelerin direnme kararları üzerine inceleme yapan Ceza Genel Kurulu ise 2006 yılında %23.1, 2007 yılında % 20.1, 2008 yılında ise %18.9 oranında onama kararı vermiştir. Detaylandırmadığımız bu oranlar, mahkemelerimizin ve Yargıtay ceza dairelerin, kanunların ve kanıtların yorumunda isabetli görüşler ortaya koymadığını göstermesi açısından yeteri kadar fikir vermektedir. İstatistik rakamları için Bkz Adli İstatistikler 2008, Adalet Bakanlığı yay

Bir yanda İtalya-Fransa etkisinde karma yorumlanan eski ceza kanunumuzun sistemi, diğer tarafta Almanya etkisinde hazırlanan yeni kanunumuzun sistemi, uygulayıcıları zora soktu. Bu noktada kanunun gerekçesi, yorumda önemli işlev görerek, gizli bir yasama yorumu görevi üstlendi.⁷⁹ Kanunun, "içtihat" olarak adlandırılan, paketlenmiş hazırlanmış yorumları da gerekçe üzerine bindirilerek yasama yorumu güçlendirildi. İçtihat, tarihin bir döneminde, belirli ve somut bir olay nedeniyle kanunun Yargıtay tarafından yorumlanması ve kural olarak sadece yargılamaya konu uyuşmazlığa has bir çözüm, bir yorumdur. İçtihadı yansıyan kanun yorumunun, bütün benzer olaylarda genel geçer kabul edilmesi, kolaylıktır, ezberciliktir ve yorumun da metin gibi değişmez kabul edilmesidir. Her yargısal uyuşmazlık metnin yeniden yorumlanmasını zorunlu kılar. Bu nedenle hukuk, her olay bağlamında yeniden oluşur. Hukukun canlı ve sürekliliğinin de kaynağı budur. Geçmişte meydana gelen bir uyuşmazlık nedeni ile yapılan yorumun, gelecekteki bütün benzer olaylar içinde de geçerli kabul edilmesi, içtihat yoluyla tarihsel yorumun devam ettirilmesi demektir.

C. Geliştirici (Amaççı / Gai / Teleolojik) Yorum

Kanunlar, belirli bir zamanda belirli bir uyuşmazlığın çözümü için yapılmaz. Kanundan beklenen, yürürlükte olduğu sürece benzer nitelikteki tüm uyuşmazlıkların çözümünde kılavuz, hakem olmasıdır. Hukuk yaşayan bir düzen kurmak amacıyla her neslin ve her devrin ihtiyaçlarına cevap vermek zorundadır. Bu da kanun koyucunun belli bir zamandaki düşüncesini değil, kanunun amacının (*ratio legis*) dikate alınmasını gerektirir. Bu amaç ise, içinde bulunduğumuz zamanın gereklerine göre saptanmalıdır. Kısacası, kanunlar uygulandığı zamanın ihtiyaçlarına göre yorumlanmalıdır. Çünkü yürürlüğe girdik-

⁷⁹ "...1412 sayılı CYUY'nin 223/son maddesi hükmü ile anılan fıkra (5271 sayılı CMK'nun 193/2 fıkrası C.Otacı) benzerlik arz etmekte ise de, anılan fıkra, 1412 sayılı CYUY'nin 223/son fıkrası döneminde şekillenen ve fıkranın uygulanma koşullarını derhal beraat kararı ile sınırlayan görüşler doğrultusunda değil, *yasa koyucunun gerekçede belirttiği amacı da nazara alınarak daha geniş yorumlanmalı, anılan hükmün mahkûmiyet hükmü dışındaki hükümler yönünden yüz yüze yargılama ilkesinin bir istisnası olduğu kabul edilmelidir...* CGK, 20.10.2009 11-89/243"

ten sonra kanunlar, kanun koyucunun iradesine bağlı olmaktan çıkar, bağımsız bir varlık haline dönüşürler.⁸⁰

Bir metin yorumlanırken kanunun amacı göz önünde bulundurulmalı, metin bu amaç doğrultusunda yorumlanmalı, sonra diğer yorum yöntemlerine başvurulmalıdır. Bu şekilde diğer yorum yöntemlerinin neden olabileceği hatalarında önlenmesi mümkün olacaktır. Bu yorumda en önemli amaç, metin ile yorumlandığı zaman arasında bağlantı kurulup, metnin, zamana uygun yorumlanmasıdır. Metin, kanun vasfını aldıktan sonra kanun koyucunun iradesinden bağımsız hale gelmiş, kendi iradesi ile yaşamaya başlamıştır.⁸¹

Selçuk'a göre "... dinsel dönemde dinsel (yasal) metnin yorumu, yasa-yı koyan tanrısal istencin (iradenin) keşfiydi. Bu, yüzyıllardan beri ve bu gün de böyledir. Lâik yasalara geçilince, tanrısal istencin yerini alan yasa koyucusunun (kral ya da kurul) istencini bulmağa yönelindi. O yüzden, Montesquieu, Portalis, Beccaria, yasa koyucu olmayan yargıca yorumu yasakladılar. Bu nedenle, yasama yorumu kaoramına ulaşıldı. Ancak, anketlere dayalı bilimsel araştırmaları, kurullarda yasa yapılırken, bireylerin sözcük ve terimlere aynı anlamı yüklemediklerini ve politik ve duygusal dinamiklerin yasalaşmayı etkilediklerini kanıtladı. Bu bakımdan, yorum tekelinin, soruna, daha ölçülü, duygusallıktan uzak ve soğukkanlı yaklaşabilecek yargıca verilmesi düşünüldü. Yargıç, bu temel mantık uyarınca, artık yasa koyucunun yasanın çıkması ve vesile olan öznel istencine göre değil, metnin dilinde yatan, geleceği de kapsayan, yasalaşır yasalaşmaz özerklik kazanan yasanın nesnel istencine göre yorum yapacaktır. Çağil bilimin ulaştığı bu türün adı da ereksel (teleolojik) yorumdur. Eğer, yargıç salt gerekçe ve hazırlık çalışmalarına göre yorum yaparsa ve böylelikle de bilimin çizdiği bu evrim sürecini tersinden okuyup uygulamaya yansıtırsa, kaçınılmak istenen tuzağa düşmüş olur. Bu ise anakronizmdir. Böyle bir yorumun adı ise, doğru deyişle, genetik, yerleşik deyişle tarihsel yorumdur; asla ereksel yorum değildir..." görüşüne yer vermiştir.⁸²

Kanun koyucu, metni hazırlarken güttüğü amacı madde başlıklarında, maddenin yer aldığı bölüm, fasıl gibi yerlerde ve en nihayet

⁸⁰ Gözler, s. 171 vd; Centel / Zafer- / Çakmut, s. 91; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 171; Aral, s. 198 vd; bkz. Özbilgen, s. 436 vd.

⁸¹ Tosun, s. 35, 43; Önder s. 97; Aral, 199 vd.

⁸² Selçuk, 30.06.1995 tarih ve 1/1 sayılı İBK'ya karşıoy, *Karşıoylarım*, s. 64.

metnin içinde gösterir.⁸³ Bazı yazarların ayrı bir başlık altında ele aldığı sistematik yorum (*interprétation systématique*), kanaatimizce geliştirici yorumun bir açılımı olarak değerlendirilmelidir. Sistematik yorum; kanun koyucunun, bütün kanun metinlerini belirli bir hiyerarşi ve sistem içinde düzenlediğinden hareketle, metinler arasındaki sistematik ilişkinin açığa çıkartılması, metinler arasındaki bağlantının gösterilmesi, üst-alt norm, genel-özel norm, asli-tali norm gibi düzenlemelerin göz önünde bulundurulması suretiyle yorumu amaçlar.⁸⁴

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 1. maddesinde amacını “*Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir*” cümleleriyle açıklamıştır.⁸⁵

765 sayılı mülga TCK'nın 450/7-8 bentlerinde düzenlenen suçta, araç suç-amaç suç ayırımına bakılmaksızın sadece en ağır olan araç suç öldürmeden ceza verilirken, yağma suçunu işlemek için öldürme, kapkaç olarak adlandırılan eylemin işlenmesi sırasında meydana gelen ölüm/yaralanma olaylarındaki artış nedeniyle hem araç suçun hem de amaç suçun ayrı ayrı cezalandırılması benimsenmiştir.⁸⁶

D. Düzeltici Yorum

Yoruma konu metnin yanlış, eksik, isabetsiz, münasebetsiz olduğu düşüncesiyle düzeltilerek uygulanmasıdır. Erkler ayrılığına müdahale olduğundan ve yorum kavramı ile bağdaşmadığından bu tür yorum kabul edilemez.⁸⁷ Erem / Danışman / Artuk'a göre, düzeltici yo-

⁸³ Dönmezer / Erman, I/175; Centel / Zafer / Çakmut, s. 88 vd.

⁸⁴ Önder I/96; Dönmezer / Erman, I/175; Gözler, s. 169; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s.164; Erem / Danışman / Artuk, s. 115; Tosun, s. 31; Aral, s. 201; Özbilgen, s. 431

⁸⁵ Selçuk,'a göre Ceza Kanunu'nda yer Alan, bu madde gereksiz, sakıncalı ve çelişkilidir. Bkz. *Türk Ceza Yasasında Yorumları Etkileyecek Çapak Bir Madde, Bağımsız Yargı Özgür Düşünce*, Ankara 2007, s. 297.

⁸⁶ Otacı, Cengiz, *Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları*, Ankara 2009, s. 535 (Otacı Kasten).

⁸⁷ Dönmezer / Erman, I/172.

rum, kanundaki maddi hatalara münhasır olarak mümkündür. Kaynak kanundaki açık çeviri hataları, maddi hata sayılır.⁸⁸

E. Genişletici Yorum, Daraltıcı / Darlaştırıcı Yorum, Dar Yorum,

Bahsedilen yorum türleri, bazı yazarlara göre geliştirici/teleolojik yorumun alt başlıklarıdır. Genişletici yorum, metinde yer alan kelimenin anlatılmak istenen amacı tam olarak karşılayamaması halinde başvuru yorumdur.⁸⁹ Ceza hukukundaki kıyas yasağı, genişletici yoruma başvurmayı engellemez. Yasak olan, suç ve ceza içeren hükümlerin, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanmasıdır (TCK m. 2/3).

Daraltıcı yorum ise; metindeki kelimenin anlamının amacını aşması halinde başvuru yorumdur. Daraltıcı yorumda, metinde kullanılan kelime ile asıl kastedilenin ne olduğu gösterilerek, kelimenin anlamında darlaştırmaya gidilir.⁹⁰ Daraltıcı yorum, özellikle Fransız doktrininde ileri sürülen bir görüştür, ceza hukukunun dar yorumlanması gerektiğini ifade eder. Bu görüşün iki dayanağı vardır. Biri erkler ayrılığı diğeri de şüphenin sanık lehine olması. Erkler ayrılığı gereğince hâkim, metinleri olduğu gibi uygulamalı, yorum yoluyla ka-

⁸⁸ Erem / Danışman / Artuk, s. 106; Benzer yönde Berki, s. 109.

⁸⁹ Gözler, s. 183; Centel / Zafer / Çakmut, s. 93; "...Dernekler Kanunu'nun 44. maddesinin her iki fıkrasında getirilen düzenleme yazılı olarak önceden kararlaştırılıp hazırlanan bir metnin basılarak dağıtılmasına ilişkindir. Oysa dernek adına belli bir konuda basın toplantısı düzenlenmesi halinde ise, yazılı bir metnin basılarak dağıtılması değil, bir takım sözlü açıklamaların yapılması söz konusudur. Sözlü açıklamaların iyi anlaşılabilmesi için, konuşma metninin basın mensuplarına dağıtılması halinde, "yayın" veya "yayın" kavramlarından ya da benzerlerinden birinin yapıldığının, dağıtıldığının kabulü olanaksızdır. Genişletici yorum yapılmak suretiyle aksinin kabulü, başka bir deyişle sözlü açıklamaların da maddede hükmünün kapsamına dâhil edilmesi, basın mensuplarının sorularına muhatap olan dernek yöneticilerinin cevaplarının ve açıklamalarının da cezalandırılması gibi bir durum yaratacaktır ki bu da yasal olmayan bir biçimde özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır... CGK, 04.06.2002 tarih ve 9-127/266"; "... Anayasa'nın 87. maddesinde, TBMM'nin genel ve özel af ilânına karar verebilmesi için, üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun oyu aranmaktadır. Anayasa'nın böylesine önemseydiği ve nitelikli çoğunluk öngörüp sıkı koşula bağladığı bir konuda, "af" sonucunu doğuracak genişletici bir yorum kabul edilemez... CGK, 17.04.2007 10-71/98".

⁹⁰ Centel / Zafer / Çakmut, s. 92.

nun koyucunun istek ve iradesini genişletmemelidir. Fransız doktrini, şüphenin sanık lehine yorumlanmasını temelde usul kuralı olarak kabul etmekle birlikte metnin anlamının açık olmaması halinde sanık aleyhine geniş yorumlanamaması görüşünü ileri sürerken aslında yapılan daraltıcı yorum değil, titiz yorum olduğunu ileri sürer.⁹¹

Genişletici ve daraltıcı yorumunun ortak noktası, metinde yer alan ibarenin, kastedilen anlama uymamasıdır. Metindeki ibare, kastedilmek istenen anlamı aşırıysa daraltıcı, kastedilen anlamdan dar ise genişletici yorum yapılır. Metnin kastettiği anlam, her halükarda lafza üstün tutulmaktadır.⁹²

Dar yorum ile daraltıcı yorum aynı şey değildir. Dar yorum, bir ifadeye “normal olarak yorumlanan” anlamına nazaran daha dar bir anlam verilmesidir.⁹³ Daraltıcı yorum ise metindeki tek bir kelimenin kapsamını daraltan yorumdur.

Yorum bilim (hermeneutique), adı üstünde bir bilimdir. Her bilim gibi sıkı düzen (disiplin) içinde işletilir. Belli kurallara dayanır. Bunlara uyulması gerekir. Çeşitli hukuk dallarında yorumunda nasıl yapılacağı konusunda çok sayıda ülke temsilcilerinin katıldığı 1978 Louisiana bilimsel toplantısında her hukuk dalı için genel geçer kurallar saptanmıştır. Ceza hukukunda yapılacak yorumda, yalnızca metnin temel alınacağı, metinlerin dar yorumlanacağı, yargıcın erekbilimsel (gai, teleologiuqe) yoruma başvururken, bunun nesnel sınırlarına uyması gerektiği, yasal haklar güvencesinin ve hukuk güvenliğinin ancak böyle sağlanabileceği konusunda ortak görüş oluşturulmuştur. Yeni Fransız Ceza Yasasının 4. maddesine göre Ceza Yasası dar yorumlanır.⁹⁴

7. CD'nin 07.04.2009 tarih ve 3351/4849 sayılı kararı, genişletici yoruma güzel bir örnektir. Daire, anılan kararıyla; 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yer alan “aile” kavramını, uluslar arası sözleşmeler ve AİHM kararları doğrultusunda medeni nikâhla kurulmuş aileden daha geniş anlamda yorumlanmış, 4320 sayılı Kanun'un yalnızca nikâh bağına dayalı aileleri korumadığı, bu kabulün sözleşmeye de aykırılık oluşturacağı sonucuna varmış, hukuken evli olmasalar da fi-

⁹¹ Tosun, s. 26.

⁹² Erem / Danışman / Artuk, s. 108.

⁹³ Gözler, s. 183.

⁹⁴ Selçuk, CGK, 19.04.1993 tarih ve 4-16/100 sayılı karara karşıoy, *Karşıoylarım*, s. 374.

ilen normal bir evliliğe dayalı ve bütün yönleriyle aileden ayırt edilemez şekilde, istikrarlı bir aile hayatı yaşayan (resmi nikâhsız) kişilerin de İHAS'nin 8.maddesi ve AİHM'nin yerleşmiş kararlarına göre aile hayatı yaşadığı yorumunu yapmıştır. Bu yorum sonucunda; aynı çatı altında nikâhsız olarak birlikte yaşadığı eşine karşı tehdit ve şiddet içeren eylemleri nedeniyle mahkemece verilen “4 ay süreyle şiddet ve korkuya dayalı davranışlarda bulunmaması yönündeki tedbir kararına” aykırı davranıp tekrar eşine etkili eylemde bulunması nedeniyle 4320 sayılı Kanun'a muhalefet suçunun oluştuğuna karar vermiştir.

CMK'nın 231. maddesinin 6 fıkrasında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için gerekli şartlar sayılmıştır. Maddenin 6-c bendinde yer alan “mağdurun veya kamunun uğradığı zarar...” ibaresindeki “zarar” kavramı, maddi ve manevi zararı ifade edecek kadar geniştir. Yargıtay, bahsedilen zararı “maddi zarar” olarak yorumlamış, daraltıcı yorumda bulunmuştur.⁹⁵

TCK'nin m. 142/1-f bendine göre elektrik enerjisi hırsızlık suçunun konusu olabilir. TCK'nin 143. maddesi, herhangi bir ayırım yapmadan ve istisna göstermeden hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi halinde verilecek cezanın artırılmasını kabul etmiştir. Elektrik enerjisinin gece vaktinde (TCK m. 6/1-e) çalınması halinde 143. madde ile cezada artırım yapılacak mıdır? Yargıtay bu soruya olumsuz yanıt vermekte⁹⁶ gerekçe olarak “suçun niteliği”ni göstermekte, “gece vakti” ibaresini, diğer bazı hırsızlık suçlarını esas alarak daraltıcı yoruma tabi tutmaktadır. Sıvı veya gaz hâlindeki enerjinin çalınması (m. 142/3) ve bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık (m. 142/2-e) suç-

⁹⁵ “... Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesinde zarar yönünden, kanat verici basit bir araştırma ile belirlenecek maddi zararların esas alınması, manevi zararların bu kapsama dahil edilmemesi gerektiği... CGK, 03.02.2009 11-250/13; aynı yönde 1. CD, 04.11.2009 6750/6587, 2. CD, 10.11.2009 35239/42179, 4. CD, 25.01.2010 26706/587.

⁹⁶ “...Elektrik hırsızlığı suçunun niteliği gereği 5237 sayılı TCK'nın 143. maddesinin uygulanması olanağı bulunmadığı gözetilmeden, suçunun gece vakti işlendiğinden bahisle hükmedilen cezada artırım yapılması suretiyle fazla ceza tayini 2. CD'nin 17.12.2009 tarih ve 38379/47457 sayılı kararı”; Aynı yönde 2. CD'nin 13.10.2009 tarih ve 30003/38247 sayılı kararı, 2. CD, 13.10.2009 31488/38139, 2. CD'nin 03.04.2008 tarih ve 20024/6237 sayılı kararı

ları açısından da “gece vakti” ibaresi, aynı şekilde daraltıcı yoruma tabi tutulmalıdır.

3. Yorum Araçları

Bir metnin yorumunda, kabul edilen yöntemden başka başvurulacak yorum araçları da doğru yoruma ulaşmada önemli işaret taşlarıdır. Yorum aracı olarak kabul edilen metin, metnin amacı, konuluş nedeni, sistematığı gibi konulara yukarıda değinildiğinden burada tekrar etmekte yarar görmüyoruz. Metin, yorumda asıl ve en temel malzemedir. *Metin, yasa koyucunun ve yasanın gerçek iradesinin yansıtıldığı anlatımdır. O nedenle yorum, var olan bir metinden başlamalı ve onun içinde kalmalıdır. Metne yabancı öğeler, yoruma müdahale edemezler. Herkesin üzerinde birleştiği açık metni yorumlamaya gerek yoktur. İster dilbilimsel, ister ereksel, ister sistematik vb hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın, düşünsel bir etkinlik olan yorumlama, mutlak var olan bir metinden yola çıkmak ve ona anlam vermek demektir.*⁹⁷

A. Hukukun Genel İlkeleri

Kanun metinlerinde açıkça ifade edilmese de hukukun genel ilkeleri, sıklıkla başvurulan bir yorum aracıdır. Masumiyet karinesi, cezaların kişiselliği, bir suç nedeniyle bir kez cezalandırma, ahde vefa gibi hukukun genel ilkeleri, metinde aksine hüküm olmayan durumlarda başvurulan bir yorum aracıdır.⁹⁸

Hukukun genel ilkeleri, evrensel ilkeler olduğundan yorumun, bu araç yoluyla evrensel standartlar içinde kalması sağlanır.

⁹⁷ Selçuk, CGK, 19.04.1993 tarih ve 4-16/100 sayılı karara karşıoy, *Karşıoylarım*, s. 374.

⁹⁸ Dönmezer / Erman, I/179; Centel / Zafer / Çakmut, s. 90; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 167; Erem / Danışman / Artuk, s. 107; Tosun, s. 32; “...Bu nedenle usûl yasalarının düzenlemediği alanlar kişi hak ve özgürlüklerine aykırı olmak ve yasanın ruhuna uygun olmak koşuluyla yorum ve kıyasla doldurulabilmektedir.... CGK, 17.02.2009 tarih ve 1/172-26 sayılı kararı”

B. Karşılaştırmalı Hukuk

Kanunlar, farklı ülkelerde farklı metin ve uygulamaya sahip olsa bile, çoğu defa amaç, kavram, korunan hukuki yarar, evrensel ilkelere birlik gibi ortak noktalara sahiptir. Şu gerçeğin altı çizilmelidir ki hukuk, yüzyıllardır temel formüller üzerinde gelişen, ayrıntıları toplumsal bilgiye göre farklılaşan bir disiplindir. Tarih, hukuk anlayışında birkaç tane sıçrama olduğunu göstermiştir. Bu sıçramalarda hukuk başat değildir. Ekonomik, siyasal ya da felsefi düşüncelerde köklü değişiklik, hukuk mantalitesinin de değişmesini zorunlu kılmıştır. Bu açıdan toplumların değişmesinde hukuk etkileyici değil, etkilenen disiplin olma özelliğini korumuştur. Üç aşağı beş yukarı bütün hukuk sistemleri belirli temel yöntemler kullanır. Toplumsal zihniyet ya da toplumsal gerçeklik, ayrıntılar üzerinde etkilidir. Aynı toplumsal zihniyetler ya da toplumsal gerçeklikler, farklı toplumlar arasında türdeş hukuk sistemlerinin oluşumunu sağlar. Aydınlanma ile başlayan süreçte, modernizmin etkisi ile farklı toplumlar, türdeş hukuk sistemleri oluşturmuş, en azından aynı kavramları ortaklaşa kullanmaya başlamıştır. Bu durum, hukukun, kavramsallaşma, formülasyon şekli, uygulama tarzı olarak kapalı sistemler/havzalar haline geldiğini gösterir.⁹⁹

Ortak hukuk tarihi kavramlarının kullanımında karşılaştırmalı hukuktan yararlanmak, özellikle kaynak kanunun yorumlarına, uygulamalarına göz atmak, isabetli yorumun bulunmasında fayda sağlayacaktır.

Ceza kanunlarının yorumunda, karşılaştırmalı hukuk yorumlarından yeterince beslendiğimizi hatta evrensel kavramları, evrensel standartlara göre benimsediğimizi söylemek güçtür. 2005 yılından itibaren yürürlükten kaldırılan ceza mevzuatının yorumunda, kavramları ve kurumları başkalaştırma, yorum yöntemiyle metni çarpıtma gibi konularda kötü şöhretimiz bilim çevrelerinde ifade edilmiştir.

⁹⁹ Otacı, Cengiz, "Bilgi Sosyolojisi Penceresinden Hukuka Bakış", *Güncel Hukuk*, Aralık 2007, S. 46, s. 59.

C. Mantık Kuralları

Mantık, doğru düşünme demektir. Formel karakteri nedeniyle her bilim dalına uygulanabildiği gibi doğru düşünmenin nasıllığını göstermek bakımından hukukun da mantıktan yararlanması gerekir. Hukuk mantığı, metinlerden, somut olaylara uygulanacak sonuçları elde etmeyi ifade eder. Başka bir deyişle metin, doğru düşünme kurallarına göre analiz edilir ve buradan çıkartılan sonuçlar, somut olaya uygulanır.¹⁰⁰ Metin, yorumcuya "olanı" verir. Yorumcu, mantık kurallarını hiçe sayarak "olan"dan "olması gereken"e ulaşamaz. Yorum yoluyla pozitif hukuktan yola çıkılarak ideal hukuka ulaşılamaz.

Hukuk mantığı, aracılığıyla hukuksal yapıların analiz edildiği ve hukuksal akıl yürütmenin gerçekleştirildiği özel bir mantık türüdür. Hukuk normu, emredici niteliğiyle bir "önerme"dir. Mantık şeması açısından yazılı metin (norm) büyük önerme, yargılamaya konu olay ise küçük önermedir. Önce küçük önermenin (somut olay) ne olduğu kanıtlar ışığında şüpheye yer vermeyecek derecede ispatlanmalı, sonra olaya uygulanacak büyük önerme (norm) saptanmalı ve sonuca ulaşılmalıdır. (A), insan öldürdü (küçük önerme), insan öldürme suçtur (büyük önerme), o halde (A), insan öldürme suçunu işledi (sonuç). Önermelerden birinin yanlış ya da kanıtlanmaya muhtaç iken doğru kabul edilmesi halinde varılacak sonuç da yanlış olacaktır. Kavga ortamında söylenen tehdit sözlerinin korkutucu olmadığı ve suç oluşturmadığına dair terk edilen önceki yargı kararları¹⁰¹ Selçuk'un bahsettiği gibi mantık hatasına dayanıyordu. Selçuk bu konuda şunları söylemektedir; "Öfkeyle söylenen tehdit sözleri kimse tarafından ciddiye alınmaz ve bu yüzden de korkutmaz (mutlak ve genelleştirici büyük önerme) / Olayda sözler öfkeyle söylenmiştir (küçük önerme) / Öyleyse ciddi ve korkutucu (ihlal edici) değildir (sonuç). Görülüyor ki, burada varılan sonucu belirleyici olgu, öfkedir. Her öfkenin korkutucu olmadığını söylemek, yukarıda belirtildiği gibi, hem gerçekçi değildir ve hem de bu konuda genel ve a priori bir kural koymak olanaksızdır. Soğukkanlılıkla söylenen her sözün korkutucu olduğunu ileri sürmek de böyledir. Öfkenin korkutucu olmadığını mutlak biçim-

¹⁰⁰ Aral, s. 171.

¹⁰¹ Örnek olarak, CGK, 2.7.1979 tarih ve 182/312 Sayı; CGK, 8.10.1979 tarih ve 354/450 Sayı; CGK, 27.4.1981 tarih ve 158/336 Sayı; CGK, 9.11.1987 tarih ve 376/533 Sayı; 2. CD, 18.12.1990 tarih ve 12947/13395 Sayı.

de iddia etmek aslında kanıtlanmaya muhtaç bir önermedir ve bu yüzden tasım paralojiktir. Zira tasımlamada ilk önerme, "insan ölümlüdür" gibi bilimin ve herkesin üzerinde kesinkes birleştiği, tartışılmayan bir gerçeği yansıtmak zorundadır. Kanıtlanmaya muhtaç bir önermeyi kanıtlanmış gibi göstererek büyük önerme oluşturmak ise, mantık biliminde savı kanıtlama (petition de principe: petizione di principio = müsadere ale-l-matlu) denilen ve paralojizme yol açtığı için başvurulması yasaklanan bir yöntemdir. Çünkü böyle bir yöntemdeki ilk önermenin yanlışlığı bulaşıcıdır ve yanlış da sonucu belirleyicidir. O nedenle, öfkeyle söylenen sözlerin korkutucu olmadığı yolundaki mutlak önermeye dayanan mantığın ve sonucun yanlış olduğunu söylemeye bile gerek yoktur. Öyleyse doğru görüş şudur: Tehdit cürmü, ister öfkeyle ister soğukkanlılıkla işlensin, ihlal edicilik açısından her olayda işlendiği ortama ve somut koşullara göre değerlendirilmesi gereken eylemsel bir sorundur. Bu konuda önceden (a priori) mutlak bir kural getirilemez"¹⁰²

a. Kıyas / Örneksime / Analoji

Ceza hukukunda kıyas, bir eylemi suç sayan kanunun, o eyleme benzeyen ancak kanunda açıkça suç sayılmayan bir başka eyleme benzetilerek uygulanmasıdır,¹⁰³ erkler ilkesine açıkça aykırılık teşkil eder. Kıyas, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırı olduğundan ceza hukukunda yasaklanmış, bu yasak TCK'nın m. 2, 3 fıkrasında "Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz." şeklinde kabul edilmiştir. Ceza Usul hukukunda ve diğer hukuk dallarında kıyas yasak değildir.

Yazarlar kıyası, kanuna göre kıyas ve hukuka göre kıyas olarak iki başlık altında incelemektedir. Kanuna göre kıyas, kanun koyucunun suç olarak tanımladığı bir normun korumak istediği hukuki yarardan hareketle suç olarak tanımlanmayan bir eylem arasında benzerlik kurulmasıdır. Hukuka göre kıyas ise, benzer bir suç tanımlamasından

¹⁰² Selçuk, 18.1.1993 1/1 sayılı İBK'ya karşıoy, *Karşıoylarım*, s. 213.

¹⁰³ Centel / Zafer / Çakmut, s. 95; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 175; İçel / Donay, s. 83; Değişik tanımlar için bkz. Önder 1/127; Tosun, s. 45.

değil, hukukun genel ilkelerinden veya belirli kural kategorilerinden hareketle yapılan kıyastır.¹⁰⁴

Yukarıda da açıklandığı gibi ceza hukukunda yasaklanan kıyastır. Genişletici yorum yasaklanmamıştır¹⁰⁵ ancak, suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz. Geniş yorum ile kıyasın sınırları nasıl belirlenecektir? Kıyasta, kanunun açıkça düzenlediği bir eylem ile açıkça düzenlenmeyen eylem arasında karşılaştırma yapılarak yorum yoluyla yeni bir gizli norm, yeni bir suç tipi oluşturulur. Geniş/genişletici yorumda ise, var alan bir metin, kastedilen anlamı tam olarak karşılayamadığından yorumlanması suretiyle anlamının kastedilene uygun hale getirilmesidir. Genişletici yorum, kıyasa yol açma sakıncası nedeniyle tehlikelidir. Bu nedenle metin, özenle yorumlanmalıdır. Yorum ile kıyas arasındaki sınırın belirlenmesi kolay değildir. Aral, Önder ve Erem / Danışman / Artuk'a göre yorumda, metindeki kelimelerin anlamı üzerinde hareket edilmek suretiyle metnin içinde kalınırken kıyasta metnin dışına çıkılmaktadır. Metindeki kelimenin en geniş anlamının bile kabul edilmesi yorumdur. Metindeki kelime ile yapılan yorum arasında herhangi bir bağlantının kalmaması halinde artık yorumdan değil kıyastan söz edilmelidir. Yorum kanunu uygulamak, kıyas ise kanunun boşluğunu doldurarak yeni kural ihdas etmek demektir.¹⁰⁶

Kıyas yasağı, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesiyle bağlantılı olarak sanığın ne lehine ne de aleyhine kullanılabilir. Kıyas, ceza hukukunda lehe ya da aleyhe olsun, kurum olarak yasaklanmıştır. Kıyasın, aleyhe olanının yasak olduğuna, buna karşın lehe kıyasın mümkün olduğuna dair görüş¹⁰⁷ kabul edilemez.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Önder I/130; Centel / Zafer / Çakmut, s. 54; İçel / Donay, s. 84; Tosun, bu ayırımı anlamsız bulmaktadır s. 47.

¹⁰⁵ Krş. Özbilgen, "...cezada analogi geçerli değildir, ... bunun ... anlamı, ceza alanında genişletici yoruma yer olmadığı, bir diğer ve daha yerinde deyişle, suç kapsamının genişletilemeyeceğidir..." Özbilgen, s. 422.

¹⁰⁶ Aral, s. 209; Önder I/100; Erem / Danışman / Artuk, s.111; Tosun, s. 22; Benzer yorum için bkz. Gözler, s. 183, Özbilgen, s. 419.

¹⁰⁷ İçel / Donay, s. 86; Soyaslan s 118.

¹⁰⁸ Önder, I/127; Centel / Zafer / Çakmut, s. 95; Tosun, s. 48.

Kıyas, temelde benzerliklerin karşılaştırılmasıdır. Bu açıdan kıyası, olay kıyası ve norm kıyası şeklinde ikiye ayırmak mümkündür.¹⁰⁹ Ülkemizde, içtihatlar içinde yer alan olay ile yargulamaya konu olay arasında kıyas yaparak, olaylar arasında tespit edilen benzerliklerin, olaylara uygulanacak metinler arasındaki benzerliğiyle bağ kurulduğu sıklıkla görülmektedir. Taner'e göre hâkim, bir metni yorumlayıp uygularken, kanunun hazırlık çalışmalarından doktrin yorumundan bahsedemeyeceği gibi içtihatlardan da bahsedemez. Sayılan çalışma ve yorumlardan yararlanmakla birlikte hâkimin asıl görevi, kendi araştırmalarına göre edindiği kanaati, bunun sebeplerini kendi içtihadını yani somut olayla bağlantılı olarak kendi yorumunu göstermektir.¹¹⁰

5237 sayılı TCK'nın m. 184/4 fıkrasındaki *"belediye sınırları"* ibaresi, 4. CD tarafından *"müccavir alan"* şeklinde yorumlanmaktadır. Daire, 25.05.2009 tarih ve 12555/10141 sayılı kararında; *"3194 sayılı İmar Kanunu'nun 1, 2, 21. maddeleri ile "Belediye ve Müccavir Alan Sınırları İçinde ve Dışında Planı Bulunmayan Alanlarda Uygulanacak İmar Yönetmeliği" hükümlerine göre, imar planı bulunmayan alanlarda da bina yapılması için merciinden yapı ruhsatı alınmasının zorunlu olduğu ve İmar Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca, müccavir alanların imar mevzuatı bakımından belediyelerin yetki, denetim ve sorumluluğu altında bulunduğu gözetilmeden, sanığın ruhsatsız bina yapmak suretiyle imar kirliliğine neden olma suçundan hükümlülüğü yerine, binanın belediye müccavir alan sınırları içinde kaldığı ve TCK'nın 184. maddesinde ayrıca müccavir alandan söz edilmediği biçimindeki yasal olmayan gerekçe ile beraatine karar verilmesi"* görüşü ile müccavir alandaki inşaat faaliyetinin de 184. madde kapsamında olduğuna hükmetmiştir. Kanun'un m. 184/4 fıkrasında yer alan *"bu madde hükümleri ancak belediye sınırları içinde ... uygulanır"* şeklindeki düzenlemeye rağmen yapılan bu yorum genişletici yorum sayılmaz. Dairenin, madenin açık düzenlemesine rağmen, belediyelerin yetki, denetim ve sorumluluk alanından hareketle İmar Kanunu'nun 1, 2 ve 21. maddeleri gereğince kıyas yaparak, Kanun'un 2/3 maddesine aykırı şekilde yorum yoluyla suç ihdas ettiğini düşünmekteyiz.¹¹¹

¹⁰⁹ Gözler, s. 175.

¹¹⁰ Taner s. 166.

¹¹¹ Benzer yönde 4. CD, 30.06.2009 190/13021; 4. CD, 30.06.2009 199/13022.

b. Evleviyet / Önceliklilik (Argumentum A Fortiori) Kuralı

Kapsamı geniş olan bir norm, daha az kapsamlı normu da içerir ve hafif olan için yürürlükte bulunan kural, daha ağır olan için de yürürlükte. Evleviyet kuralının temelinde, çoğun içinde azın da bulunacağı veya bütün için doğru olan şeyin parçalar için de doğru olacağı, daha önemli bir durum için kabul edilen bir hükmün daha az önemli bir durum için de uygulanması gerektiği fikri yatar.¹¹² Evleviyet/önceliklilik kuralının uygulanması, genişletici yorum değildir, zira evleviyet/önceliklilik, metnin anlamından çıkartılır.¹¹³ Sözgelimi kasten yapılan bir eylem cezalandırılmıyorsa aynı eylemin ihmalen yapılması hali de cezalandırılmaz.

Selçuk' göre "*evleviyet/yeğleme (argumentum a fortiori) kuralının uygulanabilmesi için ilk koşul, özde/zatıyette/antitede değişim olmaması gerekir. Niceliğin değişmesi önemsizse de, nitelik değişmemelidir. O yüzden, mantıktan alınıp hukuka uygulanan evleviyet kuralı, nitelik açısından daraltıcı, nicelik açısından genişleticidir. Özü değiştirip genişleten uygulamadan kaçınmak zorunludur. İkinci koşul, evleviyet kuralının benzetme (analogie) kuralıyla ilgisinin olmadığı, yasanın sustuğu yerde ve fakat yasanın potansiyelinden yararlanılarak iki durumda kullanıldığı unutulmamalıdır. Birinci durum, hafif için yasak olanın ağır için haydi haydi yasak olduğu (argumentum a minori ad majus), ikinci durum, ağır için meşru olan hafif için de meşru olduğudur (argumentum a maiori ad minus).*"¹¹⁴ Evleviyet, istisnayı genişletmek için kullanılamaz. İstisnalar, yalnızca kendi sınırları içinde sonuç doğurur; örneksene yöntemiyle ve öncelik kuralına göre genişletilemezler.¹¹⁵

c. Aksi ile Kanıt / Mefhumu Muhalif

Aksi ile kanıt yöntemi, bir hukuk kuralının belirli bir durumun özelliğini dikkate alarak düzenleme yaptığı alanlarda uygulama imkânı bulur. Eğer böyle bir düzenleme varsa, yani bir hukuk kuralı belirli bir durumun özelliğini dikkate alarak, o hukuki duruma belirli bir sonuç bağlamışsa, bu durumun dışında kalan bütün diğer du-

¹¹² Gözler, s. 178.

¹¹³ Özbilgen, s. 429.

¹¹⁴ 24.05.1985 Tarih ve 2/5 sayılı İBK'ya Karşıoy, *Karşıoylarım*, s. 511.

¹¹⁵ Selçuk, *Karşıoylarım*, s. 122.

rumlar, bu sonucun aksi hukuki sonuçlarına tabi olur.¹¹⁶ Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimse (TCK m. 141) hırsızlık suçunu işlemiştir. Madde, başkasına ait olduğunu bildiği malı, yarar sağlamak için almayı suç kabul etmiştir. Bu durumda aksi ile kişinin, kendine ait olduğu zannıyla bir malı alması durumunda hırsızlık kastı oluşmayacaktır.¹¹⁷ Aksi ile kanıt, genişletici bir yorum değildir, var olan metnin ifade ettiği anlamdan, dışta bırakılan, ifade edilmeyen diğer anlam çıkarılmakta, o anlama da bir sonuç bağlanmaktadır. Aksi ile kanıt, mantık yürütmedir.

TCK'nın m. 103/1-b bendi "*Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar*" hükmünü içermektedir. Metindeki "*sadece*" ibaresi ile nitelenen eylemler dışında kalanlar, aksi ile kanıt kavramı içinde değerlendirilebilir.

Metinlerde geçen "*-se/sa bile*" ibaresi, dilbilgisi terimi olarak karşıt yargı önermelerini bağlama,¹¹⁸ aksi durumu da içine alma işlevi görür. TCK'nın 6/4 maddesi, "*Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler*" hükmünü içermektedir. Metindeki "*-sa bile*" ibaresi ile saldırı ve savunma amacıyla yapılmamış olan ancak fiilen saldırı ve savunmada kullanmaya elverişli her türlü şey silah sayılmıştır.

D. Normlar Hiyerarşisine Uygunluk

Hukuki metinler hiyerarşik bir yapılanma içindedir. Metinler, hem kendi bütünlüğü içinde hem de üstünde yer alan diğer metinlere uygun olarak yorumlanmalıdır.¹¹⁹ Normlar hiyerarşisi, hukuki metinlerin derecelendirilmesidir. Alt normun üst normla çatışma içinde olması halinde hukuk sistemimiz, yorumcuya, alt normu üst norma uygun

¹¹⁶ Gözler, s. 176; Aral, s. 212.

¹¹⁷ Özbilgen, s. 427.

¹¹⁸ Selçuk, CGK, 27.12.1982 tarih ve 453/526 sayılı kararına karşıyoy, *Karşıoylarım*, s. 452; "*-sa bile*" ibaresi 5237 sayılı TCK'nın 10, 13/3, 99/2-5, 101/2, 126, 152/1-g, 307/1, 308/3, 33/4 maddelerinde de geçmektedir.

¹¹⁹ Aral, s. 159.

yorumlama görevi vermediği gibi alt normu atlayarak doğrudan üst normu uygulama görevi de vermemiştir. Alt-üst norm çatışması halinde Anayasa Mahkemesi'ne ya da Danıştay'a müracaat etmek gerekir.

Normlar hiyerarşisinde üst norm-alt normdan başka, sonraki norm-önceki norm, özel norm-genel norm ilişkisi de bu hiyerarşiye dâhildir.

Hiçbir hukuk düzeni, gelişigüzel bir normlar yığını değildir; birbirleriyle çelişmeyen uyumlu normlar bütünüdür. Normların çelişkiye tahammülü yoktur. Üst normun kötü olması halinde, alt normun iyi olmasının aslında bir anlamı yoktur. Çünkü Gresham Yasası'na göre nasıl "*kötü para, iyi parayı kovar*"sa, kötü üst (anayasal) norm da, iyi alt (yasal) normu kovar.¹²⁰

E. Tıp, Sosyoloji, Felsefe ve Diğer Bilimler

Metinlerde her zaman hukuki terimler yer almaz. Ölüm, gebelik, ruh sağlığı gibi tıbbi, kan gütme, töre saiki gibi sosyolojik kavramların yanında siyasal, felsefi ya da başka hukuk dallarına ait terimler de yer alır. Bunların içeriğinin belirlenmesinde ilgili bilim dallarının görüş ve yorumlarından da yararlanılmalıdır. Önemle belirtmek gerekir ki ceza hukuku, diğer bilim dallarının görüşlerine teslim olmaz. Kendi amaç ve varlığı doğrultusunda bu kavramları kullanır ya da yorumlar.¹²¹

Kan gütme (TCK m. 82/1-j) ve töre saiki (TCK m. 82/1-k), sosyolojik iki kavramdır. Bu suç tiplerinin unsurlarının belirlenmesinde sosyolojik çalışma ve araştırmalardan yararlanılmış, özellikle töre saikiyle öldürme suçunun namus kavramı etrafında şekillenmesinde bu çalışmaların etkisi olmuştur.¹²²

¹²⁰ Selçuk, Sami, "Kötü Üst Norm, İyi Alt Normu Kovdu", *Star Gazetesi*, 26.01.2010.

¹²¹ Açıklamalar için bkz. Tosun, s. 39 vd.

¹²² Otacı, *Kasten*, s. 557, 596; İskender, Salih Zeki, "Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi", *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 2009.

V. Kanıtların Yorumu

Metnin yorumuna geçilmeden önce, yargılamaya konu olayın, suç olup olmadığı, dolayısıyla da bir metinde tanımlanan suç kalıbını ihlal edip etmediği araştırılacaktır. Bir eylemin suç olup olmadığına belirlenmesi için öncelikle o eylemin işlenip işlenmediği ön sorunu çözüme kavuşturulmalıdır. Eylemin işlenip işlenmediği, şüphesiz ki kanıtların da yoruma tabi olduğu gerçeğini gösterir. Kanıtlar yorumlanarak, eylemin işlenip işlenmediği sorusuna cevap verilir ve bu durumda her kanıtın yoruma açık olduğu muhakkaktır.

Savunma, tanık ve mağdur anlatımı, bilirkişi görüşü gibi söze/ dile dayalı kanıtlar karşısında hâkim nispeten şanslıdır. Çünkü bu kanıtlardaki yoruma açık kısımların, ifadelerin tekrar alınması (CMK m. 7, 52, 57), açıklattırılması (CMK m. 68), yüzleştirme yapılması (CMK m. 52/2), teşhis ettirme (CMK m. 81/1, 86, PVSK Ek 6) gibi usul yöntemleri ile giderilmesi mümkündür. Sorun daha ziyade varlığı kabul edilen maddi kanıtların ne ifade ettiği noktasında toplanmaktadır. Olay mahallinde bulunan bir mermi çekirdeği/kovanı, olayda silah kullanıldığını, silahın ateşleme gücü olduğunu gösterse bile silahın kim tarafından, ne zaman, hangi amaçla, kime karşı kullanıldığını söylemez. Olay yerinde bulunan kandamlası, ait olduğu kişinin kimliğini ispatlasa bile, kişinin oraya ne zaman geldiğini, kanın ne şekilde vücuttan çıktığını, kim tarafından neyle çıkartıldığını ispatlayamaz. Maddi/fiziksel kanıtlar çoğu defa tek boyutlu/tek dilli anlatım içerir, ne, nerede, neden, nasıl, ne zaman ve kim sorularına cevap vermez. Duruşma, kanıtların çok boyutlu olarak tartışıldığı, taraflarca anlam yüklenip sonuçlar çıkartıldığı bir faaliyet olarak oldukça anlamlı, değerli ve vazgeçilemez bir usul kuralıdır. Hâkimin, yorumlayarak anlam yükleyeceği, sonuç çıkaracağı kanıtlarla yüz yüze gelmesi kadar (CMK m. 7, 211, 217), kanıtları yorumlayacak diğer kişileri (sanık, mağdur ve vekilleri gibi) bizzat dinlemesi, görüşlerini öğrenmesi (CMK m. 209, 215, 216, 230/1), duruşmanın tartışma boyutuna derinlik kazandırmaktadır.

Hâkim, hangi kanıtı nasıl yorumladığını, yorumu ile nasıl bir sonuca ulaştığını kararının gerekçesinde göstermek zorundadır. Gerekçedeki mantıksal kronolojik dizin; iddia, savunma, kanıtlar, kanıtların yorumu, sabit kabul edilen eylem, eylemin ihlal ettiği norm, normun

yorumu ve en nihayetinde ulaşılan sonuç olarak hüküm şeklinde olmalıdır (CMK m. 230).

Hükmün, dolayısıyla dayanağını oluşturan kanıtların, duruşma yapma yetkisi olmayan Yargıtay tarafından hangi sınırlar içinde denetlenmesi gerektiği de kısaca üzerinde durmayı gerektiren bir konudur. Yargıtay'ın, temyizden incelediği davalarda yetkisinin sınırlarının ne olduğu, ne yazı ki ülkemizde yeterince tartışılmış bir konu değildir. Usul kitaplarında yer alan birkaç küçük dolaylı açıklama dışında¹²³ mevcut uygulamanın doğruluğuna dair susma yoluyla oluşmuş bir konsensüsten söz etmek mümkündür. Bunun bildiğimiz tek istisnası Selçuk'un, çalışmasıdır. Selçuk'a göre "*Temyiz yoluna başvurmamanın davayı aktarıcı etkisi (effet dévolutif) yalnızca olaya konulan hukuki tanıyla sınırlıdır. Yargıtay, bu tanıyı bütünüyle inceler ve ilk (olay) mahkemenin yerine geçerek başka bir tanıya ulaşabilir. Ancak, olay kesimi Yargıtay'a gelmez, gelemez.*

Yargıtay yargıcı, davanın (esasın) değil, kurulan hükmün yargıcıdır. Matematik kesinlikte bir sonuçtur bu. O nedenle de denmiştir ki:

- *Yargıtay, yasanın yorumunu her zaman denetler.*
- *Yargıtay, olayların kanıtlanması yargısını asla kuramaz.*
- *Yargıtay, olayların nitelendirilmesini kimi zaman denetler. Sözelimi, eylemin adam öldürmeye kalkışma mı, yoksa yaralama mı olduğuna, kasıt failin iç dünyasını ilgilendiren bir olay sorunu olduğundan, Yargıtay değil, duruşma yapan yargı organı karar verir.*

Şimdi şu sorulacaktır: Yargıtay olay yargılamasına hiç mi karışamayacaktır? Elbette karışacaktır. Ancak bu yalnızca bir denetleme olacaktır, asla ilk mahkemenin yerine geçerek, eylemin varlığı/yokluğu, sözelimi bir tanığın yalancılığı/içtenliği, kanıtların inandırıcılığı/kesinliği gibi yargılarda bulunamayacaktır.¹²⁴ Çünkü bu yargıları oluşturacak gereçlerden ve olanaklardan Yargıtay yargıcı yoksundur.

¹²³ Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul 1991 4. Bası, s. 438; Kunter, Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 1986, s. 959.

¹²⁴ Bu dipnot, tarafımızdan konulmuştur. (C. Otacı) "...Mağdurenin anlatımı bu nedenle samimi görülmediğinden, sanığın mahkûmiyetine dair Yerel Mahkeme hükmünün bozulmasına ... CGK, 16.11.1987, 5-449/556"; "...mağdurların samimi id-

Olay yargılamasını denetlemenin boyutları, sınırları ise bellidir.

Yargıtay, ilkin, maddi olayların Yargılama Yasasına uygun biçimde saptanıp saptanmadığını inceleyecektir. Buna aykırılık (vitium in procedendo) söz konusu ise, karar elbette bozulacaktır.

İkinci olarak, hükmün yargıcı olan yargıtay yargıcı, bu hükmün gerekçesini de inceleyecektir. Maddi olayların gerekçede yeterince yansıtılıp yansıtılmadığını ve yansıtılan maddi olaylara ilişkin kanıtların tartışılıp tartışılmadığını, bu tartışma yapılırken, doğa, mantık, deneyim ve hukuk kurallarına uyulup uyulmadığını inceleyecektir. Eğer, gerekçede eksiklik, çelişki, yetersizlik varsa, hüküm yine bozulacaktır. Böylece Yargıtayın, normatif, yargıçları eğitici görevi ve gerekçelerde disiplini sağlayıcı işlevi ortaya çıkmaktadır. Ancak, Yargıtay, gerekçe denetimi bahanesiyle hiçbir suretle, olay kanısı yargısı yaparak kesin sonuçlara ulaşamayacak; hükmü gerekçe kusuru nedeniyle bozduktan sonra, yeniden duruşma yaparak hüküm kurması için ilk mahkemeye geri yollayacaktır.¹²⁵

VI. Sonuç

Yorum, belirli kuralları olan bir bilimdir. Yorumcunun en temel malzemesi metindir. Metni, metin haline getirmek kanun koyucunun, onu somut olaylar karşısından yorumlamak/uygulamak ise hâkimin işidir. Parlamenter rejimde, yasama ve yargı, iki bağımsız erktir. Birinin diğerinin işini yapmaya kalkışması, yetki gaspıdır. Yasama, yorum yapma yetkisini terk ederek bu olgunluğu göstermiştir. Yargının da yorum yoluyla kanunları başkalaştırmaması, örselememesi, metne işkence yapmaması yorum yoluyla yeni kurallar ihdas etmemesi gerekir.

diaları ve bu iddiaları doğrulayan doktor raporlarından anlaşılma; suçun sübutunu kabul etmek gerekir. 8. CD, 12.10.1998 10667/12819, YKD, Ocak 1999"; "...inandırıcı nedenlere de dayanmadığından kabul edilemez... 11. CD, 26.3.2001 1517/2227, YKD, Mart 2002"; "...Müdahil mağdur (F), aşamalarda ki samimi ve istikrarlı anlatımlarında... 5. CD, 17.10.2001 585/5925 (YKD, Şubat 2002); "...çelişkilerle dolu ifadeleri ırza geçme suçunun işlendiğine dair inandırıcı bir delil olarak kabul edilemez... CGK, 7.12.1981, 5-348/414; "...mağdureyi alacağım diye kandırdığı iddiası, inandırıcı nitelikte başka bir delille doğrulanmadığı görülmektedir... CGK, 31.3.1980, 5-46/170"; "...Çelişkili beyanlarından sanığın lehine olan duruşmadaki ifadesine itibar edilmesi... CGK, 4.6.1990 - 5/101-156..."

¹²⁵ Selçuk, "Sami, Temyiz Yolu Denetimi ve Sınırları", *Karşıoylarım*, içinde s. 93, 109.

Türk hukukunda yorum ile ilgili yapılan çalışmalar incelendiğinde, kullanılan terimlerde birlik olmadığı, yorum konusunun her yazar tarafından çeşitli başlık ve sınıflandırmalar altında incelendiği, Yargıtay kararlarında, yapılan yorumda ne tür araç ve yöntemlere başvurulduğunun belirtilmediği dikkat çekmektedir. Ülkemizde hukuki metinlerin yorumu ve yorum disiplini üzerinde yeterince çalışılmadığı açıktır. Doktrin, bu alanı boş bırakmış, metinlerin yorumu gibi yorum yöntemi de yargıya havale edilmiştir. Yargı kararlarında “yorum” a dair yapılan iz sürümlerde, yorumun, kavramsal ve kuramsal olarak analiz edilmeden metinler üzerinde tatbik edildiği, bazen de yanlış sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir.

Tarihi sürecinde de açıkça görüldüğü üzere hukuki metinlerin yorumunda, yorumcu lehine genişleyen bir yetki alanından söz etmek mümkündür. Yüceltilmiş, kutsanmış kanun anlayışından, mevzuat kuşatıcılığından hukukun üstünlüğüne/hukuk devletine doğru yaşanan evrimde kanunların insanileşmesinde yorumcunun önemli katkıları olmuştur. Realist yorum teorisi olarak adlandırılan görüşler,¹²⁶ kanun koyucu-yorumcu ilişkisini neredeyse tersyüz etmekte, yorumcuyu hem kanunu koyan hem de yorumlayan kişi/kurum olarak görmektedir. Bu anlayışın yeşermesinde; kanun koyucunun aşırılmış yetkisini törpüleme isteği kadar postmodern hukuk anlayışının atomize olmuş bireyin, bireysel tercilerinin gözetilmesinin de etkili olduğunu düşünüyoruz.

Hukuki metinlerin yorumuna dair farklı hukuk sistemlerinin (Kıta avrupası-Anglo sakson) farklı yaklaşımlarının olduğu açıktır. Yeni düşünce sistem ve akımları, hukuk, kanun, toplum, insan, devlet, sosyal ilişkiler gibi anahtar kavramlar kullanarak yorum konusunda verim-

¹²⁶ Gözler, 'in özetlemesiyle realist yorumun ana düşünceleri şu cümlelerle ifade edilebilir. Norm, kanunun metni değil, bu metnin anlamıdır. Yorumun konusu norm değil, metindir. Anlamının açık olup olmadığına bakmaksızın her metin yorumun konusu olabilir. Bir hukuki metin birden fazla norm içerebilir. Yorum, metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimdir. Metinler kendi kendilerini yorumlayamaz, bu nedenle her metin yoruma ve yorumcuya ihtiyaç duyar. Yorum, yorumcuya bağlıdır. Yorum, yorumcunun serbest iradesinin ürünüdür. Gerçek kanun koyucu, kanunun yazarı değil, yorumcusudur. Yorum, tanıma işlemi değil, irade işlemidir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gözler, s. 185-195.

li çalışmalar/tartışmalar yapmaktadır. Bu çalışmalar ne yazık ki ülkemiz hukuk literatürüne yeteri kadar yansımamaktadır.

KAYNAKLAR

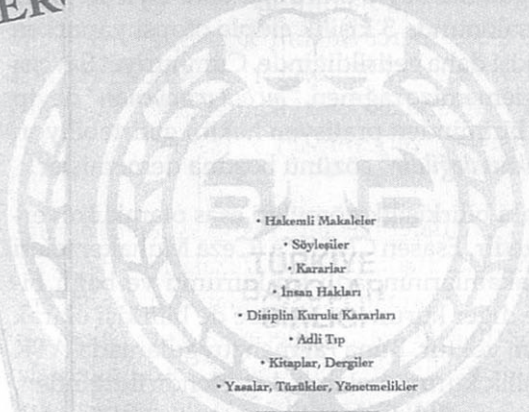
- Alan, Banu, *Bir Felsefi Yöntem Olarak Hermeneutik*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Muğla 2008.
- Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul 1979.
- Arslan, Ahmet, *Felsefeye Giriş*, Ankara 1994, Vadi yay.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen Ahmet / Yenidünya A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2007, 3. Bası, Turhan yay.
- Berki, Ali Himmet, *Hukuk Mantiği ve Tefsir*, Ankara 1948.
- Can, Cahit, *Oluşum Süreci İçerisindeki Hukuk Sosyolojisi*, Ankara 1989, S yay.
- Can, Cahit, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, Ankara 2002, 2. Bası, Seçkin yay (Can Hukuk).
- Centel, Nur / Zafer Hamide / Çakmut Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2005.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* Ankara 2005 .
- Dönmezer Sulhi / Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, İstanbul 1987, 10. Bası.
- Erem, Faruk / Danışman Ahmet / Artuk Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997 Seçkin yay.
- Günay, Mustafa, *Hermeneutik Nedir?* <http://www.genbilim.com/content/view/6364/90/> (Erişim tarihi 15.01.2010).
- Gözler, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, <http://www.anayasa.gen.tr/hgt-2-s-149-245.pdf> (erişim 05.01.2010).
- Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 1987.
- Güriz, Adnan, *Feminiz Postmodernizm ve Hukuk*, Ankara 1997, AÜHF yay.
- İşıқтаç Yasemin, *Hukuk Yazıları, (Dil, Yorumlama ve Hukuk İlişkisi)*, Ankara 2004, Yetkin yay.
- İçel, Kayıhan / Donay Sühely, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, İstanbul 1999, Beta yay.
- İskender, Salih Zeki, "Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi", *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 2009.

- Kavlak, Ahmet, Felsefi Hermeneutik ile Dini Hermeneutiğin Karşılaştırılması, Basılmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007.
- Kılıç, Muharrem, *Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz*, HFSA 12. Kitap İstanbul 2005, İstanbul Barosu yay.
- Kunter, Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 1986.
- Otacı, Cengiz, "Yargı Bağımsızlığına Terfi Penceresinden Bakmak", *Güncel Hukuk*, Şubat 2004, S. 2.
- Otacı, Cengiz, "Bilgi Sosyolojisi Penceresinden Hukuka Bakış", *Güncel Hukuk*, Aralık 2007.
- Otacı, Cengiz, *Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları*, Ankara 2009, Seçkin yay (Otacı Kasten).
- Otacı, Cengiz, "Kanunun Diğer Yüzü", *Radikal*, 08.07.2006.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1991, 1. Bası, Beta yay.
- Özbilgen, Tarık, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul 1976, İÜHF yay.
- Özgenç, İzzet, *TCK Gazi Şerhi*, Ankara 2005, 2. Bası Seçkin yay.
- Selçuk, Sami, *Bağımsız Yargı Özgür Düşünce*, Ankara 2007, İmge yay.
- Selçuk, Sami, *Karşıoylarım*, Ankara 2001 Turhan yay.
- Selçuk, Sami, "Kötü Üst Norm, İyi Alt Normu Kovdu", *Star Gazetesi*, 26.01.2010.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005, Yetkin yay.
- Şener, Esat, *Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları*, Ankara 2000 Seçkin yay.
- Taner, Tahir, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul 1959.
- Taşdelen, Vefa, *Hermeneutiğin Evrimi, Kesitler*, Ankara 2008 Hece yayınları.
- Tosun, Öztekin, "Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir", *İÜHFD*, 1962, C. XXVIII, S. 1.
- Ulukütük, Mehmet, *Anlama ve Gelenek, Gadamer'in Felsefi Hermeneutiğinde Anlamada Geleneğin Rolü Sorunu*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Van 2008.
- Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul 1991 4. Bası.
- Yücel, Mustafa Tören, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2005.
- Yüksel, Mehmet, *Modernite Postmodernite ve Hukuk*, Ankara 2004, Siyasal Kitabevi.

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-3994



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

DOSYA

YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

YIL 1304-3994/1/1304/2003

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne

abonelik için;

arayın: **(0212) 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

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

ARSA PAYI KAVRAMI, ÖNEMİ, HESAPLANMASI DÜZELTME DAVASI

Erkan ALPÖGÜNÇ*

Giriş

Günümüzde arsa fiyatlarının yüksek, müstakil konutların inşasının zor ve oldukça pahalı olması nedeni ile daha çok apartman daireleri tercih edilmektedir. Müşterek mülkiyet beraberinde bir takım hukuki sorunlar getirmekte olup, bunlar arasında müşterek mülkiyetten verilen payın yasanın aradığı çerçevede ve ölçüde olup olmadığı hak kaybına neden olup olamayacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte bu çalışmada müşterek mülkiyet payının önemi, verilen payın gerçeği yansıtıp yansıtmadığının denetimi, düzeltme davası ve bu davanın usulüne ilişkin sorunlar incelenmiştir.

I. Arsa Payı

A. Genel Olarak

634 sayılı Kanun tarifler başlıklı 2. madde (d) bendinde aynen, *“Arsanın bu kanunda yazılı esasa göre bağımsız bölümlere tahsis edilen ortak mülkiyet paylarına arsa payı denir .”* demektedir.

Toplu Yapılarda Kat Mülkiyeti ve Kat Mülkiyeti Tesisine Dair Yönetmelik (16.08.2008 tarih, 26969 sayılı *Resmi Gazete*'de yayınlanmıştır), arsa payını, *“Arsanın kanunda yazılı esasa göre bağımsız bölümlere*

* Av., Aydın Barosu.

tahsis edilen ortak mülkiyet payı” olarak tanımlamak suretiyle kanuna paralel bir tanım yapmıştır.

Bu tanımlar çerçevesinde, genelde kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulurken, ana yapının veya arsa üzerinde birden fazla yapı varsa, yapıların bulunduğu arsadan bağımsız bölümlere rayiç değerleri oranında verilen payı ifade etmektedir şeklinde tanımlanabilir.

Kat Mülkiyeti Kanunu madde 5 /1 de “*Kat mülkiyetinin başkasına devri veya miras yoluyla geçmesi halinde, ona bağlı arsa payı da birlikte geçer; arsa payı, kat mülkiyetinden veya kat irtifakından ayrı olarak devredilemeyeceği gibi, miras yoluyla da geçmez ve başka bir hakla kayıtlanamaz*”; 2. fıkrada ise, “*Ana gayrimenkulde, kat mülkiyetine bağlanmamış veya kat irtifakı kurulmamış arsa payı bırakılamaz*” demek sureti ile arsa payı ile kat mülkiyeti ve kat irtifakı arasındaki sıkı bağ vurgulanmıştır. Nitekim Yargıtay da öteden beri çeşitli kararlarında bu bağın önemine işaret etmektedir. “*Arsa paysız bağımsız bölümün tescili olanaksızdır...*” (14. HD, 1976/6278 E.,1977/518 K.,25.01.1977 T.) (Yargıtay Kararları Dergisi, Eylül 1977, s. 1277).

B. Arsa Payının Tespiti

Kat mülkiyeti yasası, 3. madde 1. fıkrasında kat mülkiyetini, “*arsa payı ve ana gayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyettir.*” şeklinde tarif etmektedir. Aynı maddenin değişiklikten önceki 2. fıkrası 1. cümlesinde, “*Kat mülkiyeti bu mülkiyete konu olan ana yapının bağımsız bölümlerden her birine kat irtifakının kurulduğu tarihteki doğrudan doğruya kat mülkiyetine geçilme halinde ise bu tarihteki değeri ile oranlı olarak tahsis edilen arsa payının, ortak mülkiyet esaslarına göre açıkça gösterilmesi suretiyle kurulur*” denmekte idi.

634 sayılı Kanun’un 3. madde 2. fıkrası 5711 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile değiştirilmiştir. Aslında 2. fıkranın sadece 1. cümlesi değiştirilmiş olup, fıkranın 1. cümle dışındaki metni değişiklikte aynen korunmuştur. Değişen şekli ile 2. fıkra 1. cümle, “*Kat mülkiyeti ve kat irtifakı , bu mülkiyete konu olan ana gayrimenkulün bağımsız bölümlerinden her birinin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleri ile oranlı olarak projesinde tahsis edilen arsa payının ortak mülkiyet esaslarına göre açıkça gösterilmesi suretiyle kurulur....*” şekline dönüşmüştür.

Bu maddenin bu şekli ile değiştirilmesine ilişkin, 15.02.2005 tarihli hükümet tasarısı gerekçesinde, *“Madde ile kat mülkiyeti ve kat irtifakına konu olan bağımsız bölümlerin arsa paylarının tespiti, mülkiyet sahiplerinin kişisel beyanlarına bağlı olarak değil, proje müellifi olan uzmanlaşmış mimar veya mühendislerin teknik bilgilerine göre ve bağımsız bölümlerin konumları ile büyüklükleri esas alınarak hesaplanan değerleri ile oranlı olarak, projesinde tahsis edilen arsa paylarının açıkça gösterilmesi suretiyle, arsa paylarına dayalı hak kayıplarının önlenmesi ile kat mülkiyetine geçişte yazılı istem zorunluluğunun kaldırılması amaçlanmıştır.”* denmektedir. (22. dönemde tasarı kanunlaşamadığı için, 14.11.2007 tarihli TBMM birleşiminde, -02.06.2007 tarihli 894 sayılı kararı ile İçtüzüğü 77. madde 1. fıkrasına eklenen hüküm uyarınca, önceki dönem Adalet Komisyonu raporu ve metni 23. dönem Adalet Komisyonu rapor metni ile aynen benimsenerek- 5711 sayı ile yasalaşmıştır. Adalet Komisyonu raporu aynen benimsendiğinden yukarıdaki gerekçe 5711 sayılı Kanun’un gerekçesini oluşturmaktadır.)

Kısaca ifade etmek gerekirse, değişiklikten sonra, arsa payının, proje müellifi tarafından tahsis edilmesi benimsenmiştir. Ancak 2. fıkraya 1. cümlelerin değiştirilmesi (yani kat irtifakının veya kat mülkiyetinin kurulduğu tarihin metinden çıkarılması) maddenin tatbikatında bir değişiklik yapmamıştır. Çünkü 634 sayılı Kanun 12. maddesi uyarınca, kat mülkiyeti kurulması için ibrazı zorunlu belgeler arasında proje bulunmaktadır. Yine kat irtifakını düzenleyen 14. madde kat mülkiyeti yasınının 12 (a) ve (b) bentlerine atıfta bulunduğundan, ister kat irtifakı kurulsun, isterse doğrudan doğruya kat mülkiyeti kurulsun, proje ibrazı zorunlu olduğundan, gerek kat irtifakı ve gerekse kat mülkiyeti kurulması aşamasında arsa payları bu tarihler itibariyle proje müellifi tarafından hesaplandığından, hesaplamanın doğru olup olmadığı, oran hesaplamasında hata olup olmadığı bu tarihler göz önüne alınarak incelenmelidir. Nitekim Yargıtay da kararında bu hususa değinerek, kat irtifakı tesis edildiği (veya doğrudan kat mülkiyetine geçilmesi halinde) kat mülkiyeti tarih itibariyle incelemenin yapılması gerektiğini kararlaştırmıştır. *“...Proje müellifi tarafından bağımsız bölümlere arsa payı dağıtılırken, yukarıda belirtilen objektif ölçüleri en geç kat irtifakı tesis edildiği tarihteki değerleri itibarı ile bağımsız bölümlere dağıtmış olması gerekir. Yargıtay kararında belirtilen hususlar dikkate alınmadan bağımsız bölümlere alelusul taşınmazın toplam değerinin bölünmesi suretiyle ortaya çıkan değer arsa payı olarak tahsisi de hakkaniyete uygun değildir...”* (18.

HD, 2008/13132 E.,2009/1268 K.,17.02.2009T.) (Yargıtay Kararları Dergisi, Eylül 2009)

Tatbikatta proje müellifinin teknik bilgisine göre objektif olarak arsa payını hesaplaması gerekirken, ender de olsa ticari endişelerle (özellikle proje müellifinin aynı zamanda müteahhit olduğu hallerde) arsa payını objektiflikten uzak bir şekilde tespit etmesi halinde, arsa payının düzeltilmesi sorunu ortaya çıkmaktadır.

Yasamız arsa payının konum ve büyüklüğe göre objektif bir şekilde tespitini ön görmüştür. Bu objektiflik proje çizim tarihindeki koşullara göre hesaplama yapılmasını amaçlamaktadır. Bu amacı pekiştirmek için de, Kanun'un 3. madde 2. fıkra 3. cümlesinde, "Bağımsız bölümlerden her birine bu fıkra uyarınca tahsis edilen arsa payı o bölümlerin değerinde sonradan meydana gelen çoğalma veya azalma nedeniyle değiştirilemez." denmektedir. Aynı hüküm değişiklikten önce de mevcuttu.

"... Değerlendirmeye esas alınacak tarihten sonraki imar durumu ile cins ve manzara değişiklikleri, bakım ve onarım çalışmaları nedeniyle meydana gelen değer artış ve eksilmeleri dikkate alınmaz... Ana taşınmazda kat mülkiyetinin kuruluşundan önce kat irtifakının kurulu olup olmadığı, kurulu ise kat irtifakının kim veya kimler tarafından kurulduğu tapu sicil müdürlüğünden sorulup, buna ilişkin akit tablosu ve ilgili diğer belgeler dosyaya getirtilerek davacıların iyi niyetli olup olmadıklarının ve davayı açmakta korunmaya değer hukuki yararlarının bulunup bulunmadığının incelenmemiş olması, ana taşınmazda kat mülkiyetinin kuruluşundan önce kat irtifakının kurulu olduğunun tespiti halinde, kat irtifakının hangi tarihte kurulduğunun Tapu Sicil Müdürlüğü'nden ayrıca ve açıkça sorulup, değerlendirmenin bu tarih esas alınarak yapılması gerektiğinin düşünülmemiş olması..." (18. HD, 2008/10404 E., 2009/700 K., 05.02.2009 T.) (Yargıtay Kararları Dergisi, Aralık 2009)

C. Ana yapı ve Bağımsız Bölümün Değerini Etkileyen Unsurlar

Bir bağımsız bölümün satın alınması aşamasında emlak eksperlerinin esas aldıkları kriterleri gözden geçirmekte fayda ummaktayım. Genelde emlak işi ile uğraşanlar, inşaat alanı, konutun kullanım alanı, sosyal tesislerin olup olmaması, yeşil alanın olup olmaması, taşınmazın mevkii, deniz manzarası, doğa manzarası, güvenlik sistemi, spor

kompleksi, kapıcı dairesi, asansör, hidrofor ve su deposu, otopark, havuz, balkon, ulaşım kolaylığı, semt özelliği, zemin durumu, ısınma sistemi ve güneş alma durumu, bulunduğu kat, malzeme kalitesi, bina özelliği (apartman veya bağımsız ev olması), dış cephesi, yapım yılı, alış veriş merkezlerine olan uzaklığı, şömine ve barbekü, özel dekorasyon, ulaşım, prim getiri potansiyeli gibi unsurların değerleri olumlu yada olumsuz etkileyeceğini kabul etmektedirler.

Ancak konumuz itibarı ile bağımsız bölümlere özgülenen arsa payının hakkaniyete uygun olup olmadığının tespitinde, bu unsurlardan projeden anlaşılabilenler bizi ilgilendirmektedir. Tabii ki proje müellifi proje tanzimi sırasında sadece projeden anlaşılacak unsurlara göre arsa payı hesaplamasını ve tahsisini yapacaktır.

D. Arsa Payının Önemi

Arsa payının önemini kat mülkiyeti yasası ve ana yapının dolayısı ile kat mülkiyetinin ortadan kalkma olasılığına karşı çıplak mülkiyet açısından ikiye ayırmak sureti ile ele alacağız.

1. Kat Mülkiyeti Kanunu Açısından

a. Ortak Yerler Karşısındaki Durumu

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 16/1 maddesi kat maliklerinin ana gayrimenkulün ortak yerlerine arsa payları oranında ortak mülkiyet hükümlerine göre malik olacaklarını amirdir.

Aynı madde 2. fıkrası ise aksine sözleşme olmadıkça ortak yerler üzerindeki kullanım hakkının arsa payı ile oranlı olduğu belirtilmiştir.

Kat maliklerine tanınan kullanma ve yararlanma hakkı, onların bağımsız bölümlerinde kira sözleşmesine veya kullanma hakkına ya da başka bir nedene dayanarak sürekli olarak oturanlara da tanınmış bulunmaktadır. (HGK, 2006/18-794 E., 2006/816 K., 20.12.2006 T.) (Hukuk Türk-içtihat bankası)

b. Bir Kısım Ortak Giderlere Katılma Yükümlülüğü

Kat Mülkiyeti Kanunu 20. madde (b) bendi uyarınca, kat maliki bu bentte yazılı giderlere (başka türlü anlaşma olmadıkça), arsa payı oranında katılmakla yükümlüdür.

c. Sigorta Giderleri ve Sigorta Bedelinin Paylaşımı

Kat malikleri aksine sözleşme olmadıkça 21. madde uyarınca, sigorta giderlerine arsa payı oranında katılmak zorunda oldukları gibi, sigorta tazminatını da arsa payları oranında paylaşırlar.

d. Kat Mülkiyetinin Devir Alınması

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 25. maddesi, borç ve yükümlülüklerini yerine getirmeyen kat malikinin bu tutumu diğer kat malikleri açısından çekilmez bir hal aldığı takdirde, o kat malikinin müstakil bölümü üzerindeki mülkiyet hakkının kendilerine devredilmesini hakimden isteyebilirler. 5711 sayılı Kanun ile değişik ikinci fıkrası uyarınca, o kat malikine bedeli ödenerek mülkiyetin arsa payları oranında diğer kat maliklerine devri mahkmeden istenebilir. Bu davanın açılabilmesi için, aksi kararlaştırılmamışsa, kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile karar vermesi gerekir.

e. Toplantı ve Karar Yeter Sayısı

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 30. maddesi kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından yarısından fazlası ile toplanacağını kararların oy çoğunluğu ile verileceğini, yeter sayı sağlanamadığı takdirde ikinci toplantı yapılması halinde kararın katılanların salt çoğunluğu ile verileceğini amirdir.

Kanun'un 34. madde 4. fıkrası uyarınca yönetici veya yönetim kurulu, 41. madde 3. fıkra uyarınca denetçi veya denetim kurulu kat maliklerinin hem sayı hem arsa payı bakımından çoğunluğu tarafından atanacağını hükme bağlamıştır.

f. Ortak Yerler Üzerinde Yenilik ve İlaveler Yapılması

42. madde uyarınca Ortak yerlerde faydalı olan yenilik ve ilaveler kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile verecekleri karar ile yapılabilir.

g. Bağımsız bölümün harap olması ve Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 47. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi halinde, harap olan bölümün arsa payını, değeri karşılığında, onaran kat malikleri, arsa payları karşılığında kendilerine devredilmesini isteyebilirler.

2. Genel Hükümler Açısından

Ana yapının tümü harap olmuş ise (depremde binanın yıkılması gibi), ana gayrimenkul üzerindeki kat mülkiyeti kendiliğinden sona erer. Kat malikleri ana yapının üzerinde kurulu bulunduğu zeminde müşterek malik durumuna gelirler (paydaş olurlar) ve ilişkileri de paylı mülkiyet haline dönüşür. Bu durumda kat maliklerinin zemini kullanma, zeminden yararlanma ve zeminin korunması konusunda 4721 sayılı TMK'nın 693. maddesi hükümlerine göre aralarındaki hukuki münasebetin tayin ve takdiri gerekmektedir. Bu durumda arsa payı bağımsız bölüm malikinin zeminden pay alma ölçüsü olmaktadır. (3. HD, 2007/5053 E., 2007/6800 K.,26.04.2007 T.) (3. HD, 2008/1876 E., 2008/3763 K., 06.03.2008 T.)(Hukuk Türk- içtihat bankası)

Arsa Payının Düzeltilmesi Davası ve Usul Sorunları

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun, 5711 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değişik 3. madde 2. fıkrasının 2. cümlesi, "*Arsa paylarının bağımsız bölümlerin payları ile oranlı olarak tahsis edilmediği hallerde, her kat maliki veya kat irtifakı sahibi, arsa paylarının yeniden düzenlenmesi için mahkemeye başvurabilir*" demektedir.

I. Davanın Tarafları

A. Davacı

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca arsa paylarının bağımsız bölümlerin payları ile oranlı olarak tahsis edilmediği iddiası ile dava açmak yetkisi sadece kat maliki veya kat irtifakı sahibi veya onların mirasçılarıdır. Kat maliki veya kat irtifakı sahibi olmayan kişi, isterse yönetici olsun arsa payı düzeltilmesi talebi ile dava açamaz. Kiracı veya intifa hakkı sahibinin de dava açmak hakkı bulunmamaktadır.

Dava açan kat malikinin her şeyden önce iyi niyetli olması gerekir. Bu nedenle iyi niyete açıklık getirilmesi gerekmektedir.

Bilindiği üzere 634 sayılı Kanun'un 12. maddesi, kat mülkiyetinin kurulması için ana taşınmazın kat mülkiyetine çevrilmesi hususunda malik veya bütün paydaşların 12 a) maddesinde yazılı nitelikteki mimari proje ile yapı kullanma izin belgesi ve b) bendinde yazılı yönetim planı ile birlikte tapu idaresinde istemde bulunmaları gerektiğini belirtmektedir. 14. madde 1.fıkrasında ise, arsanın malik veya bütün paydaşlarının kat irtifakının kurulması ve tapu siciline tescil edilmesi için 12. maddenin (a) bendindeki proje ile (b) bendindeki yönetim planını tapu idaresine vermeleri gerektiğini, 3. Fıkrasında ise yapının tamamlanmasından sonra, yetkili idarece yapı kullanma izin belgesinin verildiği tarihten itibaren 60 gün içinde ilgili tapu dairesine gönderilmesi üzerine kat irtifakının kat mülkiyetine çevrileceğini hükme bağlamıştır.

634 sayılı Kanun'un 2814 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile değişik 13. madde 1. fıkrasında ise, *"tapu memuru kendisine verilen belgelerin tamam ve usulüne uygun, dilekçeyi verenlerin veya istemde bulunanların yetkili olduklarına kanaat getirdikten sonra kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmasına dair resmi sözleşmeyi düzenler. Bu sözleşme aynı zamanda tescil istemi sayılır."* demektedir.

Bütün bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, ister önce kat irtifakı kurulmuş sonra kat mülkiyetine geçilmiş olsun, isterse paydaşlarca doğrudan kat mülkiyeti kurulmak istensin, arsa payı düzeltilmesi istemleri karşısında öncelikle, tapu sicil müdürlüğünden kat irtifakı veya kat mülkiyetine ilişkin resmi senet örneği getirilmeli, davacının kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmasını isteyenler arasında olup olmadığı incelenmelidir. Resmi senette imzası bulunan, projeyi ve proje müellifi tarafından bağımsız bölümlere tahsis edilen arsa paylarını bilen bir bağımsız bölüm malikinin, borçlar kanununun iradeyi ortadan kaldıracı sebepler hariç, arsa payının düzeltilmesi talebinin, iyi niyetli olmaması nedeniyle reddi gerektiği uygulamada kabul edilmektedir.(18. HD, 2008/10404 E., 2009/700K., 05.02.2009 T.)(*Yargıtay Kararları Dergisi*, Aralık 2009).

Kat irtifakının kurulduğu veya kat irtifakı kurulmadan doğrudan doğruya kat mülkiyeti kurulduğu takdirde, kat irtifakı veya kat mülki-

yeti kurulmasına ilişkin resmi senedin tanzimine iştirak etmemiş, resmi senette imzası bulunmayan kat irtifak hakkı sahibi veya kat malikinin arsa payının yanlışlığına dayalı olarak dava açmak hakkı olduğu kabul edilmektedir. *“Yargıtay’ın yerleşmiş uygulamalarında arsa paylarını bizzat hazırlayıp bilerek bunun tapuya tescilini sağlayan malik veya paydaşların sonradan arsa paylarının yanlışlığına dayanarak dava açmalarının iyi niyet kuralları ile bağdaşmadığı kabul edilmekte ise de kat mülkiyeti kurulduktan sonra malik olanlar ile kuruluşunda bizzat hazır bulunup tapuda imzası olmayan kat maliklerinin yasanın yukarıda açıklanan hükmüne dayalı olarak arsa paylarındaki yanlışlığın düzeltilmesini mahkemeden isteyebilecekleri kabul edilmektedir.”* (18. HD, 2002/7706 E., 2002/8323 K., 19.09.2002 T.) (Meşe yazılım içtihat ve mevzuat bankası)

Kat mülkiyetinin mahkeme kararı ile kurulduğu hallerde, arsa paylarının düzeltilmesi, kesin hüküm nedeni ile, talep edilemez. (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 237)

B. Davalı

Bu davanın davalısı kat maliki veya kat irtifakı sahipleridir. Arsa payı veya paylarının oranlı olarak tahsis edilmediği hallerde, dava sonucu arsa payının düzeltilmesine karar verilmesi durumunda, sadece bir bağımsız bölümün arsa payı değil, düzeltmeye bağlı olarak diğer bağımsız bölümlerin de arsa paylarının düzeltilmesi ve bu değişikliğin tapuya tesciline karar verilmesi gerekir. Bu nedenle de davacı dışındaki tüm kat maliki veya kat irtifakı sahiplerinin davalı olarak gösterilmesi veya davada taraf olmaları gerekir. (18. HD, 2005/1500 E., 2005/3483 K., 11.04.2005 tarihli karar)(Meşe yazılım mevzuat ve içtihat bankası)

Arsa payı düzeltilmesi davası sadece kat maliki veya kat irtifakı sahibi veya onların yerine geçenlere karşı açılabilir. Mülkiyet hakkı olmayana karşı açılmaz. Kat maliki olmayan yöneticinin pasif husumet ehliyeti yoktur.

C. Görevli Mahkeme

634 sayılı Kanun’un ek 1. maddesi, *“bu kanunun uygulanmasından doğacak her türlü uyuşmazlık sulh mahkemelerinde çözümlenir.”* de-

diğinden, kat mülkiyeti kanunu uygulamasından doğan uyuşmazlık ister yönetimden, ister hakimın müdahalesini gerektiren işlerden, ister devir mecburiyeti veya arsa payının düzeltilmesi isteminden ve yahut aynı hakka dayanan bir anlaşmazlıktan doğsun, tüm bu davaların görülmesinde görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir. (18. HD, 2008/1175 E., 2008/11689 K., 10.11.2008 T.) (18. HD, 2008/137 E., 2008/1166 K., 11.02.2008 T.) (HGK, 2000/105 E., 2000/ 109 K., 16.02.2000 T.) (Meşe yazılım içtihat ve mevzuat bankası)

D. Yetkili Mahkeme

Hukuk usulü muhakemeleri kanununun13.maddesi uyarınca dava ana taşınmazın bulunduğu mahal mahkemesinde görülür.

E. Dava Açma Süresi

Arsa paylarının düzeltilmesine ilişkin davalar ana yapının kat mülkiyeti veya kat irtifakı statüsünü koruduğu sürece açılabilir. Bu davanın açılması herhangi bir hak düşürücü süre ile de sınırlandırılmamıştır. (18. HD, 2007/9977 E., 2008/2872 K., 03.03.2008 T.) (Meşe yazılım içtihat ve mevzuat bankası)

F. Bilirkişi İncelemesi

634 sayılı Kanun'un 3. maddesinin değişiklikten önceki metninde, arsa payının hesaplama zamanını, kat irtifakının kurulduğu veya kat mülkiyetinin kurulduğu tarih olarak ayırmış olduğunu, yapılan değişikliği, değişiklikten sonra arsa payı tespitinin hangi tarihler esas alınarak yapılması gerektiğini yukarıda "*arsa payının tespiti başlığı*" altında incelemiş uygulamaya da değinmiştik.

Yasa gerekçesinde proje müellifinin teknik bilgisi çerçevesinde objektif verilere göre arsa payı hesaplaması yapacağı, hükümet tasarısında ve komisyon raporlarında açıklanmış ve TBMM. de Adalet komisyonu raporu aynen kabul edilerek teklif yasalaşmış olmakla, kanun koyucu da bu gerekçeyi paylaşmış olmaktadır. Ancak proje müellifinin aynı zamanda projenin uygulayıcısı ve pazarlayıcısı olduğu du-

rumlarda ender hallerde de olsa objektiflikten uzaklaşıldığı, yüksek fiyatlarla pazarlanması umulan bağımsız bölümlere oranlama dışına çıkılarak farklı arsa payları tahsis edildiği, hak kayıplarına neden olan arsa paylarının ortaya çıktığı ve ihtilafların doğduğu görülmektedir.

Bu itibarla proje müellifinin ihtisasına güvenilmesi gerektiğinden hareketle yapılan düzenlemenin hak kayıplarının önlenmesi ve dolaylı olarak ihtilafları ortadan kaldırmaya yetmediği anlaşılmaktadır.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 3. maddesinde, arsa payının bağımsız bölümün konum ve büyüklüğüne göre hesaplanması gerektiğini hükme bağlamıştır.

Bağımsız bölümlere olan talebi etkileyen unsurları yazımızın önceki bölümlerinde belirtmiştik. Bu unsurlar arasında, konumu belirten, bağımsız bölümün bulunduğu kat, yola cephesi, cephesi varsa yolun ana yol mu tali yol mu olduğu konusundaki ayırım, deniz manzarası bulunup bulunmadığı, güneş alıp almadığı, ısınma sistemi gibi unsurlar objektif unsurlar olup proje çizim aşamasında, projeden anlaşılabilen, proje müellifinin hesaplamasına esas alabileceği, değeri etkileyen unsurlar olarak öne çıkmaktadır. Projeden anlaşılabilen proje dışında kalan, gerek dış etkenlerle(imar planı değişikliği, yeni yol açılması gibi) ve gerekse farklı aksesuar kullanılması gibi sebeplerle bağımsız bölümün değerinde meydana gelen değişiklikler gerekçe gösterilerek tahsis edilen arsa payı değiştirilemez. O halde mahkemece tayin edilen bilirkişiler:

i. Objektif kıstaslara göre değer takdir etmelidirler

“Yasa gereğince; arsa payı düzenlemesinin yeniden yapılabilmesinin ilk şartı, arsa paylarının bağımsız bölümlerin değerleriyle oransız olarak belirlenmiş olmasıdır. Bu hususa dayalı istemlerde mahkeme tüm kanıtları değerlendiren bağımsız bölümün değeri ile bölüme özgülenen arsa payını karşılaştırıp denklik sağlanmalıdır. Söz konusu işlem yapılırken de bağımsız bölümlerin cinsi, bulunduğu kat, alanı, ısınma sistemi, aydınlanması, mimari kullanımı ve konumu, cephesi ve manzarası, kullanma amacı (konut, işyeri vs.), eklentileri, güneşten yararlanma, rüzgar ve diğer dış etkenlerden etkilenme olayı gibi hususlar değerlendirme için esas alınır. Değerlendirmeye esas

alınacak tarihten sonraki imar durumu ile cins ve manzara değişiklikleri, bakım ve onarım çalışmaları nedenleriyle meydana gelen değer artış ve eksilmeleri dikkate alınmaz” (18. HD, E. 2008/10404, K. 2009/700, T. 05.02.2009) (Yargıtay Kararları Dergisi, Aralık 2009.)

“... Kat Mülkiyeti Kanunu’nun 3. maddesi hükmüne göre, bağımsız bölümlere özgülenmiş olan arsa paylarının, kat irtifakının ya da kat mülkiyetinin kurulduğu tarihteki değerleri ile oranlı olup olmadığının saptanması gerekir. Bunun için mahkemece ana taşınmazın yerinde uzman bilirkişi aracılığıyla inceleme yapılarak, her bir bağımsız bölümün değerini etkileyen unsurlar belirlenmelidir. Bu konuda düzenlenecek olan bilirkişi raporunda; arsa paylarının saptanmasına esas olmak üzere bağımsız bölümlerin –kat irtifakının ya da kat mülkiyetinin kurulduğu tarihteki– değerlerinin hesaplanmasında her birinin alanı, konumu, biçimi ve diğer farklılıkları göz önünde bulundurulmalı, bu bağlamda her bir bağımsız bölümün yüzölçümü, yararlanma, rüzgar ve diğer dış etkenlerden etkilenme oranları gibi unsurlar dikkate alınmalıdır.” (18. HD, 2008/1313 E., 2009/1268 K., 17.02.2009 T)(Hukuk Türk-Bilgi Bankası)

ii. Bilirkişiler oranlamaya esas değer tespitlerinde, ana gayrimenkulde kat irtifakı tesis edilmişse kat irtifak tesis tarihini, doğrudan kat mülkiyeti kurulmuş ise kat mülkiyetinin kurulma tarihini, esas almak zorundadırlar.

“Davalılar savunmalarında yapının 1972 yılında inşa edildiği ve kat irtifakı tesis edildiği, o tarihlerde yapının üst katının deniz gördüğü, kuzey cephesinde sokak bulunmadığını ileri sürerek o tarihteki durumu itibariyle deniz gören katların bu nitelikleri değerlerine yansıtılarak daha çok arsa payı verildiği, ayrıca yapının kuzey cephesinde yol vs. sokak mevcut değil iken, daha sonra bir sokak açıldığı, bu sebeple o tarihte değerlerine uygun olarak belirlenen arsa paylarında, sonradan çoğalma ve azalma olduğunu ileri sürmüşlerdir. Sözü edilen 3. maddenin 2. fıkrasının son cümlesi karşısında değere etkili olan unsurlardaki sonraki değişiklikler, bağımsız bölümlerin değerinde çoğalma veya azalma meydana getirdiği takdirde dahi, bunların dikkate alınmayacağını hükme bağlamış bulunduğundan, davalıların bu hususa yönelik itirazlarının bilirkişi raporunda incelenmediği dikkate alınarak, bu konuda ek rapor alınarak deniz manzarası konusunda gerekirse tanık da dinlenerek hasıl

olacak sonuca göre karar verilmelidir..." (18. HD, 1998/5277 E.,1998/8427 K.,07.07.1998 tarih) (Meşe yazılım, içtihat ve mevzuat bankası)

iii. Kat irtifakı kurulduğu tarihten veya doğrudan kat mülkiyeti kurulduğu tarihten sonra meydana gelen değişiklikler dikkate alınmaz.

"...Somut olayda kat irtifakı kurulduktan sonra bağımsız bölümü satın alan kat irtifak hakkı sahibi davacı kendi bağımsız bölümü ile davalıların bağımsız bölümlerine özgülenen arsa paylarının kat irtifakının kurulduğu tarihteki değerleri ile oranlı olmadığını ileri sürerek bu bağımsız bölümlerin arsa paylarının yeniden düzenlenmesini istediğine göre; mahkemece anılan yasa hükmü göz önünde tutularak yerinde gerekli inceleme bilirkişi aracılığı ile yaptırılıp ana taşınmazda kat irtifakının kurulduğu tarih itibarıyla her bir bağımsız bölümün o tarihteki değerlerinin saptanıp, mevcut arsa paylarının bu değerlerle oranlı olup olmadığının açıkça belirlenmesi gerekir. Bu inceleme yapılırken bağımsız bölümlerden her birine özgülenen arsa payının o bölümlerin değerinde sonradan oluşan çoğalma veya azalmanın dikkate alınmaması, bu bağlamda her bir bağımsız bölüm değerlerinin ve dolayısıyla özgülenmesi gereken arsa paylarının belirlenmesinde bağımsız bölümlerin nevi, konumu (cephesi, katı, vs.) ile büyüklüklerinin göz önünde tutulması, buna göre, dava konusu edilen bağımsız bölümlerin tapuda yazılı arsa payları ile saptanacak olan arsa payları arasında bir oransızlık bulunup bulunmadığının açıkça belirlenmesinden sonra oluşacak sonuç doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken..." (18. HD, 2006/2548 E., 2006/5350 K., 27.06.2006 T.) (Terazi Hukuk Dergisi, Eylül 2006.)

"Proje müellifi tarafından bağımsız bölümlere arsa payı dağıtılırken, yukarıda belirtilen objektif ölçüleri en geç kat irtifakı tesis edildiği tarihteki değerleri itibarı ile bağımsız bölümlere dağıtmış olması gerekir. Yargıtay kararında belirtilen hususlar dikkate alınmadan bağımsız bölümlere alelusul taşınmazın toplam değerinin bölünmesi suretiyle ortaya çıkan değer arsa payı olarak tahsisi de hakkaniyete uygun değildir. Yargıtay bağımsız bölümlerin değerlerine olumlu ya da olumsuz etki eden tüm unsurların birlikte değerlendirilmesi gerektiğini, bu yapılmadan salt bağımsız bölümlerin yüzölçümlerine göre hesaplama yapılmasının yanlış olacağını belirtmiştir." (18. HD, 2008/13132 E.,2009/1268 K., 17.02.2009 T.) (Yargıtay Kararları Dergisi, Eylül 2009.)

G. Bilirkişi Seçimi

Arsa payının düzeltilmesi davasında mahkeme tarafından emlak değerinden anlayan iki teknik ve bir hukukçu olmak üzere üç kişilik bilirkişi heyeti kurulması uygun olur. (HGK, 1996/6-349 E., 1996/496 K., 19.06.1996 T.) (14. HD, 1999/130 E., 1999/891 K., 12.02.1999 T.) (6. HD, 2001/1110 E., 2001/1278 K., 15.02.2001 T.) (Meşe yazılım içtihat ve mevzuat bankası)

H. Arsa Payının Düzeltilmesi Davalarında Harç ve Vekalet Ücreti

Arsa payının düzeltilmesi davası bir ayın davası olmayıp, tapuda kayıt düzeltilmesi davası niteliğindedir. (5. HD, 03.03.1980 T., 1451 E., 1666 K.) (Ali Haydar Karahacıoğlu, *Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Kanunlar*, 1994 basımı.) Bu yönü ile maktu harç ve vekalet ücretine hükmedilmesi gerekir.

Yargıtay kat mülkiyeti yasasının uygulanmasından doğan ve konusu para alacağı olmayan davalarda, yargı harçları ile avukatlık ücretlerinin maktu tarifeler üzerinden hesaplanıp hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir. "*Kat mülkiyetinin uygulanmasından doğan ve konusu doğrudan para alacağı olmayan davalarda, yargı harçları ile avukatlık ücretleri maktu tarifeler üzerinden hesaplanıp hükmedilmektedir.*" (18. HD, 2004/3650 E., 2004/5470 K., 29.06.2004 T.) (*Yargıtay Kararları Dergisi*, 2004 Kasım, s. 1739.)

TÜRK HUKUKU VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ARAMA, ELKOYMA VE GÖZALTI

Ezgi KIZILKAYA*

1. GİRİŞ

Avrupa Birliği içerisinde hukukun birleştirilmesi konusunda somut hukuki çalışmalar, çeşitli uluslararası organizasyonların çalışmaları ile desteklenmekte ve hayata geçirilmektedir.¹ Bunun sonucu olarak temel stratejik hedef olarak belirlenen AB üyeliği için Türkiye, katılım müzakerelerinin başlaması için ön şart niteliğinde olan “*Kopenhag Siyasi Kriterleri’ni*” yerine getirmek amacıyla kapsamlı anayasal ve yasal değişiklikler reformuna başlamıştır. Bu amaçla 2001 yılının ekim ayında anayasal değişiklikle başlayan uyum çalışmaları Şubat 2002 ve Temmuz 2003 döneminde çıkarılan yedi uyum paketiyle temel hak ve özgürlük, demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları, azınlıkların korunması ve saygı görmesi alanlarında düzenlemeler yapılmıştır ve hala yapılmaya devam edilmektedir. Hukukun birleştirilmesi yolunda adımlar atan AB’ye üye olma yolundaki ülkemizde hukuk alanında yapılan bu uyum çalışmaları ve diğer ülkelerin hukuk sistemleriyle kıyas, şüphesiz *karşılaştırmalı hukukun* önemini ortaya koymaktadır.

Evrensel bir kavram olan insan hayatı sosyal bir yapılanmayı gerektirir. Bu sosyal yapılanmada insanın en temel gereksinimlerinden

* Stj. Av., Muğla Barosu.

¹ Oğuz Arzu, “Hukuk Eğitiminde Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimindeki Rolü”, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2003-52-04/AUHF-2003-52-04-Oguz.pdf> B.T. 14.02.2009

biri de güvenlidir. Sosyal yapılanma yani modern anlamda devlet, insanların bu güven ihtiyacı nedeniyle kamu düzenini sağlamak amacıyla suç ve suçlulukla mücadele eder. Devlet, egemenliği kullanan organları eliyle; milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın korunması ve suç islenmesinin önlenmesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu “önleyici” tedbirlere rağmen suç işlenmiş ise bu kez; oluşan zarar ve tahribatın giderilmesi, suçun delil ve faillerinin belirlenmesi ve ceza yargılamasının yapılarak, sonuçta verilecek yaptırımların infazını sağlamak amacıyla “koruma” tedbirlerine başvurulacaktır.²

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşabilmek ve sonuçta verilen kararların uygulanabilmesini sağlamak amacıyla başvurulması gereken tedbirlerdir. Koruma tedbirleri başlı başına bir amaç olmayıp, birer araçtır. Araç olmasının doğal sonucu olarak koruma tedbirleri geçicidir, ihtiyaç olduğu sürece bunlara başvurulur ve sonrasında sona erdirilir. Koruma tedbirlerinin mutlaka bir kanun hükmü ile düzenlenmesi gerekir. Koruma tedbirlerine başvurabilmek için bir suç şüphesinin bulunması gerekir. Koruma tedbirlerine başvurma, ancak bu tedbirlere başvurmanın gerçekten de zorunlu olduğu hallerle sınırlı olmalıdır.

Koruma tedbirlerinin her birinin uygulanmasında bir temel hak ve hürriyet tehdit altındadır. Bu noktada olumsuz sonuçları önlemek bakımından, bu tedbirlerin en azından başvurulduğu anda haklı görülmesi gerekir. Bu haklılık özde değil, görünüşte haklılık olacaktır. Koruma tedbirlerine başvurulurken orantılılık ilkesinin de gözetilmesi, yani bu tedbirlere başvurmak suretiyle elde edilecek yarar ile bu tedbirlerin kişi üzerindeki sonuçları arasında bir denge, oran bulunması gerekir.³

Bu çalışma, AB’ye girme yolundaki Türkiye’nin hukuk sisteminin uyum sürecinde faydalı olması adına, Türk ceza muhakemesi hukuku içerisinde koruma tedbirleri kapsamında yer alan arama, el koyma, gö-

² Aksoy Şemsettin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama”, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 5.

³ Hakeri Hakan / Ünver Yener, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 151-156

zaltı konularının Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta incelenmesi için hazırlanmıştır.

2. TÜRK HUKUKU VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ARAMA, ARAMANIN TÜRLERİ VE ŞARTLARI

1.1. KAVRAM

Teknik olarak, gözle görülemeyen, kulakla işitilemeyen, koklamayla hissedilemeyen bir nesnenin veya gizlenmiş olan kişinin araştırılması şeklinde ifade edilen “*arama*”;⁴ kamu emniyetini veya kamu düzenini tehlikeye sokan kişi veya eşyaları bulmak ve onları muhafaza altına almak için (*önleme araması*) veya suç islendikten sonra, suç ve suçlunun ortaya çıkarılması için (*adli arama*) başvurulmuş bir tedbirdir.⁵

Aramanın konusu ise; aranan araç, gereç ve maddeler ile bir çalınmış mal veya uyuşturucu olabileceği gibi; suç işlemek için kullanılacak veya bir suçta kullanılmış olan, bıçak, silah gibi her türlü tehlikeli, zarar verici madde veya delil niteliği taşıyan bilgi, belge veya kâğıt olabilir.⁶

Arama gizli ve saklı olan şeylerin bulunmasını hedef alan bir faaliyettir. Bu nedenle gizli tutulmamış ve kişi tarafından isteği ile alenileştirilen şeyler arama kapsamında değildir. Ayrıca gözle görülen, burnla koklanan ve kulakla duyulan şeyler de gizli tutulmuş sayılmaz. Dolayısıyla bu tür şeylerin bulunmaya çalışılması teknik anlamda arama sayılmaz. Örneğin uyuşturucu madde olup olmadığının tespiti için çantanın köpeğe koklatılması teknik anlamda arama değildir.⁷

Her somut olayı kendi koşulları içinde değerlendirip, özel hayatın gizliliğine müdahale olup olmadığını değerlendirmek gerekir. Buna

⁴ Özbek Özer Veli, CMK İzmir Şerhi: *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 394.

⁵ Kunter Nurullah, Yenisey Feridun, Nuhoğlu Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Arıkan Yayınları, 14. baskı, İstanbul 2006, s. 914.

⁶ Aksoy, a. g. e., s. 19-20.

⁷ Yenisey Feridun, *İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade alma*, Ankara, 1995, s.7

göre; özel hayatın gizliliği beklentisinin ihlali halinde, yapılan araştırma işleminin “*arama*” olduğu söylenebilir.⁸

1.2. ARAMANIN TÜRLERİ

Türkiye’deki mevzuatta ve uygulamalarda iki çeşit aramadan söz edilebilmektedir. Bunlar *Adli ve Önleme Aramasıdır*. Belçika’da bu aramalara ek olarak nezaret öncesi arama ve uzman polislerce yapılan arama olmak üzere iki çeşit arama eklemiştirlerdir. Nezaret öncesi arama, aynı cinsten polis tarafından ve bir amir nezaretinde yapılmalıdır. Kendisine ve başkalarına zarar verebilecek objelerden arındırılmasıdır. Makul sürede yapılmalıdır. Uzman polislerce yapılan arama ise tren garları ve havaalanlarında sistematik olarak yapılan aramalardır.⁹

I. ADLİ ARAMA

Ceza muhakemesi hukukunun ve bunun ifadesini oluşturan ana kanunun temel amacı, insan hakları ihlallerine yol açmadan gerçeğe ulaşmaktır.¹⁰ Temel hak ve özgürlüklere müdahale sonucu doğuran koruma tedbirlerinden birisi de; bir suçun ortaya çıkması üzerine, saklanan şüpheli veya sanığın yakalanması, suçun delillerinin tespiti ve müsadereye tabi eşyaların ele geçirilmesi amacıyla, kişilerin konutlarında, etrafı çevrili sair mahallerinde, üstlerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemini ifade eden “*adli arama*” tedbiridir.¹¹

Belçika hukukuna göre adli arama mutlaka bir polis tarafından ve bir amir gözetiminde yapılmalıdır. Cüzdan çalmış bir kişi üstünde cüzdanı bulmak için aranmaktadır. Bu tür aramalar 6 saati geçemez.

⁸ Scoot Optican, “Amerika, Kanada ve Yeni Zelanda’da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar,”

“*Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller*”, Çev. Feridun Yenisey, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 43.

⁹ Özdemir Erol, “Belçika Gezisi Ardından”, *Polis Dergisi*, Sayı 42, <http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/index.htm> B.T. 26.02.2009

¹⁰ Öztürk Bahri, “*Ceza Muhakemesi Kanunu*”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm>

¹¹ Kunter, Yenisey, Nuhoglu a. g. e., s. 926.

Aranan obje ilk on dakika içinde bulunmuşsa zaman var diye aramaya devam edilmez.¹²

A. KONUSU İTİBARIYLA ADLİ ARAMA ÇEŞİTLERİ

a. Üst Araması

Kişilerin üzerlerinin aranmasına “üst araması” denir. Çoğu zaman suça ait deliller sanığın veya şüpheli veya üçüncü bir kişinin üzerinde bulunur. Üzeri aranan kişi çoğu zaman bir suç işlediğinden şüphe edilen biri, bazen de suç işlememiş de olsa suç delillerini üzerinde bulduran üçüncü bir kişidir.¹³ Aramanın gerçekleştirileceği yerde, öncelikle kişilerin kaçmasını ve saldırmalarını engelleyecek şekilde gerekli güvenlik tedbirleri alınır. Kolluk görevlileri, kolluk görevlisi olduğunu ispatlayan kimliğini gösterir. Üst araması, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır. Üst ve eşya araması sırasında, yapılan aramanın konusu olan eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepler ilgiliye açıklanır. Üst araması sırasında, kişinin beraberinde olan eşya da, mümkünse elektromanyetik cihazlarla, değilse beş duyu organı aracılığıyla aranır. Kişi direndiği takdirde üst ve eşya araması orantılı güç kullanılarak gerçekleştirilir. Üst ve eşya araması, kişinin veya aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Gerektiğinde kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir. Üst araması sırasında, kişinin üstünde veya eşyasında rastlanan özel kâğıt ve zarflar, içinde müsadereye tâbi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz; açıksa dahi yazılı bilgiler okunamaz. Üst araması, kıyafetlerin üzerinde yoklama suretiyle yapılır. Ancak, kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşamaması halinde, üst araması giysiler çıkartılmak suretiyle yapılabilir. Arama, kişinin utanma duygusunu en az ihlâl edecek bir şekilde

¹² Özdemir, “Belçika...” <http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/index.htm> B.T. 26.02.2009.

¹³ Soyaslan Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yetkin Yayınları, Güncelleştirilmiş 2. bs. , Ankara 2006, s. 292ç

de yapılır. Arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir.¹⁴

Federal Almanya Polis Kanunu'nun 9. maddesine göre, polis bu maddede belirtilen hallerde kişinin kimliğini tespit etme yetkisine sahiptir. Ayrıca, polisin kişinin kimliğinin tespiti için gerekli görülen hallerde yakalama, üstünü ve eşyalarını arama yetkisi de bulunmaktadır.¹⁵ Alman Polis Kanunu'nun 17. maddesine göre; kişi bu kanun veya diğer kanunlara göre nezaret altına alınabiliyorsa, üzerinde muhafaza altına alınabilecek olan eşyalar taşıdığını kabul etmeyi haklı gösteren olaylar varsa kişinin irade serbestisini ortadan kaldıran bir vaziyette veya yardıma muhtaç bir durumda bulunduğu açık bir şekilde belliyse, hâkim kararı gerek olmaksızın polisin arama yetkisi bulunmaktadır.¹⁶

Amerika'da New York metro istasyonunun bombalanmasından sonra, polisin metroya binmek isteyen sırt çantalı kişileri rastgele herhangi bir şüphe olmadan izinsiz, terörizmi önlemek amacıyla aramasını Amerikan Yüksek Mahkemesi doğru bulmuştur. Çok az sayıda teröristi engelliyor olabilmek bu aramayı haklı kılmıştır.¹⁷

b. Eşyada Yapılan Adli Arama

Maddi bir varlığa sahip olan ve delil olabilecek, taşınabilen ve mülkiyete konu olabilen her şey eşyadır. Eşyaya sahip olma bir hakka dayanmak zorunda olmakla birlikte, bu hakkın niteliğinin önemi yoktur. Bu bakımdan eşyanın mutlaka aranan kişinin mülkiyetinde olması gerekmez; fiili bir kullanım yeterlidir.¹⁸

Kanada, Yeni Zelanda ve Amerikan hukukunda arabalar arama izni olmadan aranabilmektedir. Bunun nedeni ise arabaların ha-

¹⁴ Yerdelen Erdal, Soruşturma ve Koruma Tedbirleri, Adil Yayınevi, 2006, s. 98-99.

¹⁵ İçel Kayıhan / Yenisey Feridun, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları*, 4. Baskı, İstanbul 1994, s. 126.

¹⁶ İçel, Yenisey a. g. e., s. 525.

¹⁷ Yenisey Feridun, *Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller*, İstanbul 2007 s. 59, 60.

¹⁸ Özbek, a. g. e., s. 118.

reket edebilirliği sebebiyle özel hayat gizliliği beklentisinin düşük olmasıdır.¹⁹

İngiliz hukukunda arama yetkisinin kullanılabilmesi için aranacak olan eşyanın çalınmış veya yasaklanmış olması, aramanın konusunu oluşturan, çalınmış veya yasaklanmış eşyanın durdurulacak olan bir kişinin üzerinde veya bir araçta olduğuna dair makul şüphe olması gerekir.²⁰

c. Konut, İşyeri ve Diğer Kapalı Yerlerde Adli Arama

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, konut kavramını, “devamlı veya geçici olarak, kişilerin yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli yerler” şeklinde tanımlamıştır.²¹ Konut dokunulmazlığı insanın temel haklarındanır.²²

Konut dokunulmazlığı ihlal suçu açısından kanun koyucunun korumayı amaçladığı hak maddi bir şey olan konutun bizatihi kendisi değil, özel hayatın gizliliği ve kişi özgürlüğü haklarıdır.²³ Bu yüzden konutta, işyerinde ve diğer kapalı yerlerde gece arama yapılamaz (CMK m.118). Suç delillerinin, müsadereye tabi eşyaların ve/veya şüpheli/sanığın yakalanması amacıyla işyerinde de arama yapılabilir (CMK m.116). İşyeri, bir kimsenin mutad sanatını icra ettiği yerdir.

Arama kararı bakımından, işyerine de konut gibi özel bir önem verilmiş ve buralarda kural olarak hâkim kararıyla, gecikmesinde sakınca olan hallerde ise Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile arama yapılabileceği belirtilmiş, kolluk amirine işyerinde arama yapılması konusunda yetki verilmemiştir (CMK m. 119/1). Diğer kapalı yerleri ise konut ve işyeri niteliğinde olmayan, özel mülkiyete ait, taşınmaz nitelikte

¹⁹ Yenisey, “Mukayeseli Hukukta...” s. 57.

²⁰ Eryılmaz M. Bedri, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Ankara 2003, s. 106.

²¹ YCGK'nın 21.06.1993 tarih ve 155 E.-184 K. sayılı kararı.

²² Şimşek Oğuz, Konut Dokunulmazlığı Temel Hakkı (Anayasa Hukuku Açısından Bir Yaklaşım), *İz. BD*, Nisan 1998, s. 88-89.

²³ Özbek a. g. e., s. 106.

ve etrafı özel mülkiyete tahsis iradesini ortaya koyacak surette duvar, parmaklık çit gibi engellerle kapatılmış yerler olarak tanımlayabiliriz.²⁴

CMK m. 130 avukat bürolarının aranmasına ilişkin özel hükümler getirmiştir. Bu düzenlemeye göre avukat büroları ancak mahkeme kararıyla ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde ve baro başkanı veya belirleyeceği bir avukatın huzuruy-la aranabilecektir. Bunun temel nedeni savunma hakkını korumaktır. Avukat ile müvekkil arasındaki ilişkilerin tam bir gizlilik içinde yürütülmesi, savunma hakkını korumanın ve avukatın mesleki sırlarını korumanın temel koşuludur.²⁵ Madde kaleme alınırken, avukatların konutlarını da bazen büro olarak kullanabildikleri göz önüne alınmadığı görülmektedir. Bu durumda CMK m. 136 kıyasen uygulanmalı müdafide olduğu gibi madde avukatların konutlarını da kapsar duruma getirilmelidir.²⁶

Avusturya CMUK'nın 140-141. maddelerinde "kamu güvenlik hizmeti ifa eden organlar hâkim kararı olmaksızın; şayet umumi ilk yardım yükümlülüğünü yerine getirmek için veya tehlikeli bir saldırıyı önlemek için gerekli olursa, gayrimenkullere, evlere, binalara ve de hava, kara ve deniz taşıtlarına girme yetkisine haizdir. Ayrıca gayrimenkullere, evlere, binalara ve taşıtlara, silah kullanılmasına mahal bırakılmayacak şekilde girme yetkisine haizdir."²⁷

d. Bilgisayar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama

Bir suça ilişkin *soruşturma sırasında* başka surette delil elde edilmesi imkânı yok ise, *Cumhuriyet savcısının istemi üzerine* şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, kayıtlardan kopya çıkarılmasına, kayıtların çözülüp metin haline getirilmesine *hâkim* tarafından karar verilir (CMK m. 134/1).

²⁴ Özbek, *a. g. e.*, s. 111.

²⁵ Yerdelen, *a. g. e.*, s. 111.

²⁶ Saygılar, F. Yasemin, "Arama", *Uğur Alacakaptan' a Armağan*, C. 1, s. 63 5, 636.

²⁷ İçel, Kayıhan, Ünver Yener, *Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları*, İstanbul, Eylül-2004, s. 402.

Bireye ait bilgisayar kayıtlarındaki kişisel bilgiler, temel insan hakları arasında yer almaktadır.

Bu yüzden bu tür aramada kolluk amirine ve Cumhuriyet savcısına yetki verilmediği söylenebilir. Bu tedbire sadece soruşturma aşamasında ve ancak C. savcısının istemi halinde başvurulabilir.

II. ÖNLEME ARAMASI

Önleme araması, makul ve kabul edilebilir bir sebebe bağlı olarak, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti toplum açısından tehlike yaratacak kişilere ulaşmak amacıyla yapılabilir (AÖAY m. 19). PVSK'nın 9/2. maddesinde, suçun önlenmesi amacıyla "kişilerin üstlerinin, araçlarının, özel kâğıtları ve eşyalarının" aranabileceği sınırlı olarak sıralanmış, "önleme amacıyla konutta arama yapılmasına imkân tanınmamıştır". PVSK'nın 20. maddesinde ise, konutta önleme araması yapılamayacağına dair bu kurala bir istisna getirilmiştir. Buna göre, toplum için veya kişiler bakımından mevcut bulunan hayati bir tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine kolluk görevlileri eve girebilir. Kanada, Yeni Zelanda ve Amerika hukuku da aynı istisnayı içermektedir.²⁸

Belçika hukukunda önleme aramasına güvenlik araması da denilebilmektedir. Elbisenin dışından yapılan aramadır. Ya da çanta aramasıdır. Kişinin şüpheli hareket etmesi üzerine yapılmaktadır. Terli yorsa, telaşlanıyorsa arama yapılabilir. Kelepçe takılması öncesinde, herhangi bir madde veya silah taşıyıp taşımadığının tespiti için arama yapılabilmektedir. Gösteri sırasında toplum düzenini tehlikeye sokmaması için, maçlar için yapılabilmektedir. Terörizm kapsamı içerisinde, örneğin tren garı veya büyükelçilik etrafındaki kişilerin araması yapılabilmektedir. Toplumsal olaylarda veya tehdit amacıyla aramalarda, kendi cinsi arama yapılmalıdır.

²⁸ Yenisey, "Mukayeseli Hukukta Arama...", s. 55.

Bu tür aramalar için mahkeme kararına gerek yoktur. Polis, kendi kanunlarının verdiği yetkiye dayanarak ya da kendi inisiyatifiyle bu aramaları yapabilmektedirler.²⁹

İngiltere’de kolluk, terörle mücadele amacı ile Terörü Önleme Kanununa dayanarak, yayaları, araçları ve içindekileri, belirli bir bölgede, belirli bir süre için, rutin olarak, tamamını ve bazılarını seçerek önleme araması yapabilir. IRA’nın Londra’da araçların içine bomba yerleştirerek terör eylemleri gerçekleştirmesi üzerine kolluğa bu tip bir yetki verilme ihtiyacı hissedilmiştir.³⁰

1.3. ARAMANIN ŞARTLARI

I. MAKUL ŞÜPHE, MAKUL SEBEP

i. Makul Şüph

Aramanın olmazsa olmaz şartıdır. CMK’nın 116. maddesi arama koruma tedbiri açısından makul şüph gerektiğini açıkça düzenlemiştir. Makul şüph eldeki delillere göre yapılacak yargılama sonrasında sanığın mahkûm olma ihtimalinin beraat etme ihtimalinden daha yüksek olduğu anda var olan şüphedir. Sayısal bir değerle ifade etmek gerekirse, sanığın mahkûm olma ihtimalinin % 51 e ulaştığı anda söz konusu olan şüphedir.³¹ Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması ve belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır.³²

Diğer kişilerle ilgili aramanın düzenlendiği CMK’nın 117. maddesinde, aramanın yapılmasının makul şüpheye ek olarak, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlı tutulmuş olması, kanun koyucunun bu kişiler açısından makul şüphenin daha yo-

²⁹ Özdemir, “Belçika...” <http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/index.htm> B.T. 26.02.2009.

³⁰ Eryılmaz, a. g. e., s. 131.

³¹ Eryılmaz, a. g. e., s. 48.

³² Koparan Reşat, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm> B.T. 18.02.2009.

ğün gerçekleşmesi şartını aradığı anlaşılmaktadır.³³ Çünkü suçla ilgisi olmayan kişilerin sadece şüphe nedeniyle arama tedbirine tabi tutulması, kişinin özel hayatının ihlali niteliğindedir. Bu sınırlama, şüphelinin bulunduğu kesin olarak bilinen yerler ile şüpheli veya sanığın takip edilirken girdiği yerlerin aranması halinde geçerli değildir (CMK m. 117/3). Bu halde, arama yapılabilmesi için şüphe aranmayacak, kesinlik aranacaktır. Söz konusu kesinlik, şüpheli veya sanığın yere girmiş olması ve orda bulunmasıdır.³⁴

Amerika, Yeni Zelanda ve Kanada hukukunda makul şüphe tartışmalarında bir dengeleme teorisi göz önünde bulundurulur. İki menfaat dengelenmektedir. Biri özel hayatın gizliliği hakkı; diğeri ise suçun ortaya çıkarılmasındaki toplum menfaati vardır. Terazinin iki ucunda bu değerler tartılır.

Eğer kişinin özel hayatının gizliliği beklentisi olayda daha üstün değerse, makul şüphe yoktur kararına varılır. Toplum menfaati ön plandaysa makul şüphenin olduğu ve anayasal hak ihlalinin olmadığı kararına ulaşılmaktadır.³⁵

ii. Makul Sebep

Önleme araması suç işlenmeden önce söz konusu olan bir arama olduğundan, şüphe söz konusu değildir. Bu nedenle, önleme araması için ön şart aramanın makul ve kabul edilebilir bir sebebinin varlığıdır.

Makul sebep, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir.³⁶

³³ Şahin Cumhur, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005, s. 331.

³⁴ Soyaslan *a. g. e.*, s. 294.

³⁵ Yenisey, "Mukayeseli Hukukta Arama...", s. 52, 54.

³⁶ Eski Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 15/2.

II. HAKİM KARARI

Almanya'da olduğu gibi Türk hukukunda da kolluk kuvvetlerine re' sen arama yetkisi tanınmamıştır. Türk hukukunda "hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile" kolluk kuvvetlerine arama yetkisi verilmiştir. Böylece kolluk kuvvetlerinin keyfi bir şekilde arama yapmaları engellenmiştir.³⁷ (AÖAY m. 7/1, CMK m. 119/1) Ancak burada arama ve elkoyma yapmak için gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi kanunla yetkili kılınmış merciin "yazılı emrinin" aranması, uygulamada bir hukuk devletinde asla kabul edilemeyecek sonuçların doğmasına yol açacaktır. Örneğin, bir canlı bombanın polis tarafından fark edilmesi halinde üstünde arama yapılamayacak; ancak derhal etkisiz hale getirilmesi için yakalama yapılabilecek; arama için yazılı emir alınması gerekecektir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri olmadan arama ve elkoyma yapılması halinde, bu suretle elde edilen deliller, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamayacaktır (CMK m. 217/2).³⁸

Aramaya hangi hâkimin karar vereceği konusunda yasada açık bir düzenleme yoktur. Bu bakımdan genel görev kuralları uygulanmalıdır. Buna göre aramaya soruşturma sırasında sulh hâkimi, kovuşturma sırasında ise işin esasına bakan mahkeme arama kararı verir.³⁹ Hâkimin vereceği arama kararında; aramanın nedenini oluşturan fiil, aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya ve kararın geçerli olacağı zaman süresi, aranılacak eşyanın ele geçirilmesi halinde el koyulup koyulmayacağı gösterilir (AÖAY m. 7/7, CMK m. 119/2).

Önleme aramalarında arama yapılabilmesi kural olarak hâkim kararıyla mümkündür. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı arama emri üzerine arama yapmak mümkündür (PVSK m. 9/1, AÖAY m. 20/2).

³⁷ Şafak Ali / Şafak Ahmet Şükrü, *Güvenlik Kuvvetleri ve Polis Mevzuatı*, 9. Baskı, Ankara Mart 2005, s. 253.

³⁸ Saygılar, *a. g. e.*, s. 632.

³⁹ Özbek, *a. g. e.*, s. 69.

İtalyan CMUK'nın 251. maddesinde, "Suçu önleme ve suçüstü durumlarında üst ve yer araması için herhangi bir izne gerek olmaksızın kolluk tarafından arama yapılmakta ve aramadan sonra 48 saat içinde adli makamdan gerekli onay alınmalıdır." ifadesine karşılık gelen kanun metni yer almaktadır.

III. ARAMANIN YAPILACAĞI ZAMAN

Adli aramalar kural olarak gündüz yapılır. Konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde, kural olarak gece arama yapılması yasaklanmıştır (CMK m. 118/1). Bunun nedeni, kişinin gece vakti konut ve işyerinde veya diğer kapalı yerlerde rahatsız edilmek istenmemesi ve bu bakımdan kişinin konutunda özgürce yasama hakkına saygıdır. Esasen bu Anayasaca koruma altına alınmış konut dokunulmazlığı hakkının bir yansımasıdır.⁴⁰ Ancak, suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla gece arama yapılmasına olanak tanınmıştır (CMK m. 118/2). Önleme aramaları ile idari denetim ve kontroller her zaman yapılabilir (AÖAY m. 31/son). Önleme aramaları ve idari denetimlerin gündüz yapılması şart değildir. Tam tersine, gerçekleştirilme sebepleri nedeniyle, önleme aramaları ve denetimler daha çok gece vakti gerçekleştirilen tedbirlerdir.

IV. ARAMADA BULUNABİLECEKLER VE ADLİ TANIKLAR

Adli aramada, arama yapılacak yerin sahibi veya aranan eşyanın zilyedi hazır bulunabilir.

Kendisi bulunmazsa, temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya bir komşusu hazır bulundurulur (CMK m. 120). Aramaya maruz kalan kişinin avukatının hazır bulunmasına engel olunamaz (CMK m. 120/3).

⁴⁰ Özbek, a. g. e., s. 97.

Cumhuriyet savcısı olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için, aramanın yapıldığı yerdeki ihtiyar heyetinden veya komsularından iki kişi hazır bulundurulmalıdır (CMK m. 119/4). Bu kişilere *adli tanık* adı verilir.

Aramanın hâkim veya savcı katılımıyla gerçekleştirilmesi halinde ise, bu adli tanıkların bulunmasına gerek yoktur.⁴¹

4. TÜRK HUKUKU VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK'TA ELKOYMA

3.1. KAVRAM

Elkoyma, ceza muhakemesinde delil olabilecek ya da ileride müsadere edilebilecek eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması demektir.⁴²

Elkoyma, muhafaza altına almaktan farklı bir kavramdır. Sahipsiz veya zilyedin rızasıyla elinden alınarak tasarruf yetkisinin kaldırılması hallerinde ortada bir elkoyma yoktur, bu halde yapılan işlem muhafaza altına almadır.⁴³

3.2. ELKOYMANIN ŞARTLARI

I. MADDE BAKIMINDAN

A. Suç Şüphesinin Bulunması

Elkoyma konusunu içeren CMK m. 123'e bakıldığında, hükümde şüpheye ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığı görülür.

Burada aranan şüphe, kural olarak, kuvvetli şüphe ise de, somut olayın durumuna göre yeterli şüphe hatta bazen ispatı son derece zor, istisnai durumlarda, örneğin organize suçluluğun söz konusu olduğu durumlarda basit şüphe ile yetinilebilmelidir. Böyle bir düşünce kaynağını oranlılık ilkesinde bulur.⁴⁴

⁴¹ Saygılar, *a. g. e.*, s. 638.

⁴² Centel Nur / Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2003, s. 260.

⁴³ Yerdelen, *a. g. e.*, s. 104.

⁴⁴ Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan, Özer Veli Özbek, *Uygulamalı Ceza Muhakeme-*

Kanada, Amerika ve Yeni Zelanda anayasalarında makul sebeple arama yapılabilir ve elkoyma gerçekleştirilebilir, makul sebebin olmaması anayasal hakların ihlali demektir.⁴⁵

B. Elkonulacak Bir Eşyanın Bulunması

a. Eşyanın Delil Niteliğinde Olması

CMK m. 123'e göre ispat aracı olarak yararlı görülen eşyaya el konulabilir. Bir fiilin fail tarafından işlenmiş olup olmadığı konusunda, muhakeme yetkililerinin tam bir kanaate ulaşabilmesini mümkün kılmak için hukuk düzeni tarafından kabul edilmiş bulunan, beş duyumuzla öğrenilebilen, akılcı olan, olayı temsil eden veya aksettiren, ispat bakımından faydası olan araçlara delil denir. Bu nitelikleri taşımayan araçlar delil niteliğini haiz sayılmazlar ve bu durumda olan eşyaya da el konulamaz.⁴⁶

b. Eşyanın Müsadereye Tabi Olması

TCK m. 54' de eşya müsaderesinin şartları belirtilmiştir. Buna göre, "Bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen bir eşya" olmalıdır. İşlenen suç kasıtlı olmalıdır. Bu eşya iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamalıdır. Buradaki iyi niyetten kasıt söz konusu suçta kişinin iştirak etmemesi, suçtan haberi olmamasıdır. Müsaderenin suça nazaran daha ağır sonuç doğurmaması gerekir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya ise, suçun icra hareketlerine henüz başlanmamışsa, sadece bu nedenle müsadere edilemeyecektir.

Ancak bu eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir. Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsadere edilmesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanak-

si Hukuku, Ankara, 2000, s. 673.

⁴⁵ Yenisey, "Mukayeseli Hukukta Arama...", s. 45.

⁴⁶ Öztürk, Erdem, Özer, a. g. e., s. 673.

lı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir. Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunur.

Müsadere kavramı, elkoyma kavramından farklıdır. Müsadere güvenlik tedbiri niteliğini taşıırken, elkoyma koruma tedbiri niteliği taşır. Elkoymada delil olacak veya müsadere edilecek olan eşya sadece adliyenin eli altına alınırken, müsadere için el konulan eşyanın mülkiyeti, el konulma anında değil daha sonra yapılan müsadere işlemi ile devlete geçmesidir.⁴⁷

c. Elkonulması Yasak Eşyalar

i. Sanıkla Tanıklıktan Çekinme Hakkı Olan Kişiler Arasında Gönderilmiş Mektuplar

CMK m. 126'ya göre, şüpheli veya sanık ile 45. ve 46. maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde bulundukça elkonulamaz. Nezdinde bulunmaktan maksat yalnız kişinin üzeri olmayıp, mektup ve belgelerin yerleşim yerinde veya işyerinde bulunması da, kavramın kapsamı içindedir. Tanıklıktan çekinebilecek olanların soruşturulan veya kovuşturulan suça iştirak veya yataklık etmiş olmaları şüphesi varsa, söz konusu mektup veya belgelere elkonulabilecektir.⁴⁸

ii. İçeriği Devlet Sırrı Niteliğindeki Belgeler

CMK m. 125 ile "devlet sırrının yargıdan gizlenememesi ilkesi" benimsenmiştir. Bu nedenle bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz.

Açıklanması, devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler devlet sırrı sayılır (CMK m. 47).⁴⁹

⁴⁷ Öztürk, Erdem, Özberk, a. g. e., s. 670.

⁴⁸ Yaşar Osman, *Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, Ankara 2005 s. 517.

⁴⁹ Sırma, Özge, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Elkoyma", *Uğur*

Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir (CMK m. 125/2).

Devlet sırrına ilişkin belgelerin incelenebilmesi ve önemli hususların tutanağa geçirilebilmesi için, yargılaması yapılan suçun cezasının alt sınırının beş yıl veya daha fazla olması gerekir (CMK m. 125/3).

II. KİŞİ BAKIMINDAN

A. Elkoyma Kararı Vermeye Yetkili Merciler

Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, elkoyma işlemini gerçekleştirebilir (CMK m. 127). Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar.

Amerikan hukukunda hâkim kararı olmadan bir elkoyma yapıldığı durumlarda, mahkeme yapılmış olan aramanın makul olup olmadığını denetlemek mecburiyetindedir.⁵⁰

B. Elkoyma Kararının Şekli ve Muhtevası

Elkoyma işlemi bir tutanağa bağlanır. Bu tutanakta işlemi gerçekleştiren kolluk görevlisinin açık kimliği yazılır (CMK m. 127/2). Elkonulan eşyanın tam bir defteri yapılır ve mühürlenir veya bir işaret konulur (CMK m. 121/3).

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 111e/3 maddesinde, "*el koyma işlemi suçtan zarar görene, bilinmesi veya muhakeme sürecinde tanınması durumunda gecikmeksizin bildirilir*" denmektedir. Bu hüküm Türk hukukunda CMK m. 127/5'de ifadesini bulmuştur: "*El koyma işlemi, suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir*". Böylece mağdurun kendisine ait olabilecek eşyaların akıbeti hakkında bilgi sahibi olması istenmiştir.

Alacakaptan'a Armağan, C. 1, 2008, s. 647.

⁵⁰ Yenisey, "*Mukayeseli Hukukta Arama...*", s. 90.

Alman hukukunda, Türk hukukunda Suç Eşyası Yönetmeliğin'de olduğu gibi bildirim daima savcılıkça yapılması gerektiğini ileri süren yazarlar olduğu gibi (Löwe-Rosenberg/Schäfer), davanın açılmasından sonra bildirim mahkeme tarafından yapılması gerektiğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Bildirim, el koyma kararının infazından sonra yapılacaktır. Zira kanun el koyma kararının değil, el koyma işleminin bildirilmesinden bahsetmektedir.⁵¹

III. ZAMAN BAKIMINDAN

Elkoyma kural olarak günün her saatinde yapılabilir. Ancak gece vakti arama yapılamayacak durumlarda, arama neticesinde ortaya çıkabilecek delil niteliğinde olan ya da müsadereye tabi eşyaya da el konulamaz.⁵²

IV. YER BAKIMINDAN

Kural olarak usulüne uygun arama yapılabilen yerlerde, el koyma da mümkündür. Avukat büroları açısından ise bir sınırlama söz konusudur.

Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur (CMK m. 130) Ancak avukat bürosunda bulunan eşyaya el koyma konusunda, avukatın ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde yakalandığı durumlarda şahsi suçlarıyla ilgili olarak genel hükümleri uygulanacaktır. Avukatın görev suçu işlemesi halinde ise, Adalet Bakanlığı'ndan izin alınacaktır.⁵³

Amerikan hukukuna göre, yapılan arama sırasında açıkça ortada olan ve gözle görülen (in plain view) eşyaya el konulabilir; bu tür bir

⁵¹ Hakeri Hakan, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanuna Göre Elkoyma Tedbiri", s. 3 http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/44/web/makaleler/Doc_Dr_Hakan_HAKERI.htm B.T.:27.02.2009

⁵² Gökçen Ahmet, *Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, Ankara 1994, s. 249.

⁵³ Gökçen, a. g. e., s. 239.

elkoymanın hukuka uygun olmasının ön şartı, kolluk memurunun o eve hukuka uygun bir şekilde girmiş olmasıdır.⁵⁴

3.3. ELKOYMANIN YERİNE GETİRİLMESİ USULÜ VE ZOR KULLANMA

Muhafaza altına almaya tabi eşya ve diğer mal varlığı değerlerini yanında bulunduran kişi, istem üzerine bu şeyi göstermek ve teslim etmekle yükümlüdür (CMK m. 124). Rıza ile teslim edilmediği takdirde, zor kullanılarak elkonulabilir (CMK m. 123/2). Kişi eşyayı göstermekten kaçınırsa, bu şeyin zilyedi hakkında CMK m. 60' da yer alan disiplin hapsine ilişkin hükümler uygulanır. Tanıklıktan çekinme yetkisi bulunan kişilerle şüpheli veya sanık hakkında disiplin hapsi hükümleri uygulanmaz (CMK m. 124/2).⁵⁵

Alman hukukçu Freyberg elkoymanın mahiyeti itibariyle zor kullanmayı mecburi kılmadığını, zor kullanmanın ancak elkoymaya hazırlık olarak nitelenebilecek arama ve tutuklamada söz konusu olduğunu ileri sürer.⁵⁶

3.4. ÖZEL ELKOYMA TÜRLERİ

I. TAŞINMAZ HAK VE ALACAKLARA ELKOYMA

CMK m. 128/2' deki katalog suçlar kapsamında, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait; taşınmazlara, kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına, banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba, gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara, kıymetli evraka, ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına, kiralık kasa mevcutlarına, diğer malvarlığı değerlerine, elkonulabilir. Bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, elkoyma işlemi yapılabilir (CMK m. 128/1).

⁵⁴ Yenisey, "Mukayeseli Hukukta Arama...", s. 92.

⁵⁵ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, a. g. e., s. 939.

⁵⁶ Gökçen, a. g. e., s. 257.

Taşınmazlara elkoyma tapu kütüğüne, ulaşım araçlarına elkoyma kayıtlı buldukları sicile şerh verilmek suretiyle icra olunur. (CMK m. 128/3 ve 4) Bu hükmün 3 ve 4. fıkralarının şekillendirilmesinde de Alman CMK m. 111c hükmünden yararlanılmıştır.⁵⁷

Banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba elkonulması banka veya mali kuruma, şirketteki ortaklık paylarına elkoyma ilgili şirket yönetimine ve şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicil müdürlüğüne, hak ve alacaklara elkoymayla ilgili gerçek ve tüzel kişiye, teknik iletişim araçlarıyla elkoyma kararının bildirilmesi suretiyle icra olunur ve elkoyma kararı daha sonra bunlara tebliğ edilir. Bu tebliğden sonra bu kararı etkisiz kılmak için hesaplar üzerinde yapılan işlemler gersizdir.

Elkoyma kararının gereklerine aykırı hareket edilmesi halinde “*muhafaza görevini kötüye kullanma suçu*” oluşur, TCK m. 289 uygulanır.⁵⁸

II. BASILMIŞ ESERLERE ELKOYMA

A. Süreli ya da Süresiz Yayınların Toplatılması

Müsadereyi gerçekleştirmek için yapılan ve tüm nüshalara elkoymaya “*toplatma*” denir.⁵⁹ Ana. m. 27/8’de süreli veya süresiz yayınların, Basın Kanunu’nun gösterdiği suçların soruşturma ve kovuşturulmasına geçilmiş olması hallerinde hâkim kararı ile devletin ülkesi ve bölünmez bütünlüğünün, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel ahlakın korunması ve suçların önlenmesi bakımlarından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet başsavcılığının kararı yeterlidir. Bu karar en geç yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulur. Kırk sekiz saat içinde hâkim tarafından onaylanmaması halinde Cumhuriyet başsavcılığının kararı hükümsüz kalır.⁶⁰ Maddede dikkati çeken bir ibarenin belirtilmesi şarttır. Bu ibare “*soruşturma veya kovuşturmanın başlatılmış olması şartıyla*” olarak belirtilmiştir. Bu şart gerçekleşti-

⁵⁷ Hakeri Hakan, “*Yeni Ceza Muhakemesi...*”, s. 2 http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/44/web/makaleler/Doc_Dr_Hakan_HAKERI.htm B.T.:27.02.2009

⁵⁸ Yerdelen, *a. g. e.*, s. 110.

⁵⁹ Yurtca, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul, 2005, s. 349.

⁶⁰ Sırma, *a. g. e.*, s. 653.

ğinde, yargıç kararıyla, maddede söz konusu olan suçlar için toplatma mümkün olabilecektir.⁶¹ 5187 sayılı Basın Kanunu m. 25/3: *“Hangi dilde olursa olsun Türkiye dışında basılan süreli veya süresiz yayın ve gazetele- rin ikinci fıkrada belirtilen suçları içerdiklerine dair kuvvetli delil bulunması halinde, bunların Türkiye’de dağıtılması veya satışa sunulması, Cumhuriyet başsavcılığının talebi üzerine sulh ceza hâkiminin kararı ile yasaklanabilir.”* Buna göre yabancı ülkelerde yayınlanmış basılı eserlerin Türkiye’de dağıtılmasının ve satışa sunulmasının yasaklanması mümkündür.

III. POSTADA ELKOYMA

Anayasa ile güvence altına alınmış haberleşmenin gizliliği ilkesi ve bu ilkenin demokratik hayat biçimindeki çok önemli üstün değeri dolayısıyla postada el koyma CMK m. 129’da ayrıca düzenlemiş bulunmaktadır.

Postada bulunan mektup, telgraf veya elektromanyetik araçlarla gönderilmiş bilgileri içeren yazı, belge veya diğer gönderilere el konulabilmesi için; bunların suçun delil, iz, eser ve emarelerini oluşturduğundan şüphe edilmesi temel koşuldur. Ancak bu yeterli olmayıp ayrıca adliyenin eli altında olması zorunlu sayılmalıdır. Cumhuriyet savcısı ve kolluk memurları elkoydukları şeyleri açmadan hemen yetkili hâkime teslim edecektir. Böylece kendisine teslim edilen mühür altındaki şeyleri açıp açmamaktaki karar hâkim tarafından verilecektir.⁶² Soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar vermek olasılığı bulunmadıkça, alınmış tedbirler ilgililere bildirilmesi gerekir (CMK m. 129/3). Açılmamasına veya açılıp da içeriği bakımından adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderiler, hemen ilgililerine teslim olunur (CMK m. 129/4).

IV. AVUKAT POSTASINA ELKOYMA

CMK m. 30/2’ye göre bürosunda arama yapılan avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olan şeylere el konulamaz. Arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosun-

⁶¹ Yurtcan, *a. g. e.*, s. 349.

⁶² Yaşar, *a. g. e.*, s. 129.

da arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir.⁶³

V. BİLGİSAYARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE BİLGİSAYAR KÜTÜKLERİNDE ELKOYMA

CMK m. 134'e göre bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir. Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır. İstemesi halinde, bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır. CMK m. 134'ün gerekçesinde bu tedbire iki yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren durumlarda başvurabileceği belirtilmiştir.

Anılan bu koruma tedbiri son derece ağır sonuçlar doğurduğundan sıkı koşullara bağlanmıştır. Gerçekten sadece bilgisayarla iş yapan bir şirketin bilgisayarlarına el konulması demek; o şirketi iş yapamaz hale sokmak demektir.⁶⁴ Bu yüzden öngörülen şartlara sıkı sıkıya uyulmalıdır.

VI. ŞİRKET YÖNETİMİ İÇİN KAYYIM TAYİNİ

CMK m. 133/4' de sayılan katalog suçlar hakkında suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için

⁶³ Yaşar, *a. g. e.*, s. 130.

⁶⁴ Ölmez Aslan, "Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Kopyala ve Bunlara Elkoyma", *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 30, Şubat 2009.

gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilir. Atama kararında, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığı veya yönetim organının yetkilerinin tümüyle kayyıma verildiği açıkça belirtilir.

Kayyım tayinine ilişkin karar, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunur (CMK m. 133/1). Bir şirket, olağan yönetiminden alınarak, kayyımın yönetimine verildiğine göre, bu işlem de niteliği bakımından bir elkoymadır.

VII. BİLGİSAYARLARA ELKOYMA

Bilgisayarda arama ve elkoyma işleminin yapılabilmesi için başka şekilde delil elde etme imkânı bulunmamalıdır. Asıl olan bilgisayarlarla elkonulmadan sistemde arama yapıp gerekli verilere elkoymaktır. CMK m. 134/2'ye göre bilgisayarlara elkoyma ancak, bilgisayar programlarına ve kütüklere şifre nedeniyle girilememesi ya da gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde mümkün olabilir. Gerekli bilgilere ulaşıldıktan sonra ve gerekli kopyalar alındıktan sonra bilgisayar gecikmeden iade edilecektir.⁶⁵

3.5. ELKOYMA İŞLEMİNİN SONA ERMESİ VE EŞYANIN İADESİ

Elkoyma işlemi gerçekleştirildikten sonra elde edilen bilgi, belge ve bulgular adli makamlar tarafından incelenir. Yapılan değerlendirme sonucunda elkoyma işlemine tabi tutulanlar delil niteliği kazanabilir, müsadere edilebilir veya iade edilmesine karar verilebilir.

Genel olarak elkoyma işleminin süreci şu şekilde belirtilebilir; itiraz veya istem üzerine elkoymanın kaldırılması (CMK m. 127/4), süresinde hâkim onayına sunulmama nedeniyle elkoymanın kalkması (CMK m. 127/3), süresinde incelememe nedeniyle elkoymanın kalkması (CMK m. 127/3), açılmamasına ya da açıldıktan sonra el konulmasına gerek bulunmaması sebebiyle ilgiliye teslim (CMK m. 129/4),

⁶⁵ Sırma, *a. g. e.*, s.651.

Cumhuriyet savcısı, hâkim ve mahkeme tarafından sanığa iade ile elkoymanın kalkması (CMK m. 131/1), mağdura veya sahibine iade (CMK m. 131/2), Elden çıkarma (CMK m. 132/1), muhafaza amacıyla geçici iade (CMK m. 132/5), rayiç değer karşılığı iade (CMK m. 132/6), elkonulan eşya eğer müsadere edilirse mülkiyeti devlete geçer.⁶⁶

3.6. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE ARAMA VE ELKOYMA

AİHS'nin 8. maddesine göre; herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Mahkeme, taraf devletlerin bazı suçlar hakkında fiziksel kanıt elde etmek için konutların aranması ve mallara el konması gibi önlemlere başvurması gerekebileceğini kabul etmektedir. Bu tür önlemler normalde bireyin özel hayatına ve aile hayatına müdahale anlamına gelmesine rağmen, bu önlemleri açıklamak için kullanılan nedenler ilgili ve yeterli olmalıdır ve hedeflenen amaca göre orantısız olmamalıdır. Ayrıca Mahkeme, ilgili kanunların ve uygulamaların istismara karşı bireylere yeterli ve etkin koruma mekanizmaları sağladığı konusunda tatmin olmalıdır.⁶⁷

Arama, sadece sınırlı sayıda üst düzey devlet memuru tarafından hazırlanmış yazılı bir emir ile ve bu amaç için özel eğitim görmüş yetkililer tarafından gerçekleştirilebilir. Evlerde ve başka yerlerde, ancak bir şüphelinin orada saklanma olasılığı varsa veya bir suçun işlendiğini göstermek için el konulabilecek veya kanıt olabilecek eşya veya değerli şeylerin bulunma olasılığı varsa, arama yapılabilir. Önemli durumlar veya yakın bir tehlike olan durumlar haricinde, aramalar pazar günü ve tatil günlerinde veya gece yapılamaz.⁶⁸

⁶⁶ Kaygusuz Ziyaettin, "Hukukumuzda Göre Polisin; Olay Yeri İnceleme ve Diğer Görevlerinde Elkoyma İşlemleri", *Polis Dergisi*, Sayı 48, 2006, s. 167.

⁶⁷ Kil Kelly Ursula, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, s. 68.

⁶⁸ Kil Kelly, *a. g. e.*, s. 69.

4. TÜRK HUKUKU VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA GÖZALTI

4.1. KAVRAM

Kanunun verdiği yetkiye göre yakalanan kişinin, hakkındaki işlemlerin tamamlanması amacıyla, adli mercilere teslimine veya serbest bırakılmasına kadar kanuni süre içerisinde sağlığına zarar vermeyecek şekilde özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanıp alıkonulmasıdır (YGAİ-AY m. 4).

4.2. GÖZALTINA ALMAYA KARAR VERECEK OLAN MAKAM

Kişinin özgürlüğünün belirli bir sürede olsa gözaltına alma tedbi-riyle kısıtlanması söz konusu olduğu için, gözaltına alma kanun koyu-cu tarafından sıkı koşullara bağlanarak, Cumhuriyet savcılığının tak-dir yetkisi sınırlandırılarak keyfilik önlenmiştir. Cumhuriyet savcılı-ğı ancak soruşturmanın tamamlanması amacıyla, soruşturma yönün-den zorunlu ise ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emare-lerin varlığı söz konusuysa yakalanan kişinin gözaltına alınmasına ka-rar verebilir (CMK m. 91/1, 2).

4.3. GÖZALTI SÜRESİ

Türk hukukunda gözaltı süresi, yakalama anından itibaren 24 saa-ti geçemez. Ancak toplu olarak işlenen suçlarda, yani aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından islenen suç-larda delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çoklu-ğu göz önünde bulundurularak bu sürenin, Cumhuriyet savcısı tara-fından her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatıl-masına yazılı olarak emir verilebileceği ve bu yazılı emrinde gözaltına alınana derhal tebliğ edileceği öngörülmüştür (CMK m. 91/3).

Gözaltına alma konusundaki bu süreler olağanüstü hal, sıkı-yönetim veya savaş hallerinde uzatılabilir (An. m. 19/5). 5271 sayılı TCK'nın 250. maddesi kapsamına giren suçlarda, yakalananlar ve gö-zaltına alınanlar için yirmi dört saatlik süre kırk sekiz saat olarak uy-gulanır. Anayasa'nın 120. maddesi gereğince olağanüstü hâl ilân edi-

len bölgelerde bu suçlardan yakalanan kişiler hakkında CMK m. 91/3 maddesinde dört gün olarak belirlenen süre, Cumhuriyet savcısının talebi ve hâkim kararıyla yedi güne kadar uzatılabilir. Hâkim, karar vermeden önce yakalanan veya tutuklanan kişiyi dinler (CMK m. 251/5).

Gözaltı süreleri azami süreler olup, gözaltına alınan kişilerin işlemlerinin en kısa sürede bitirilmesi esastır. (YGAİAY m. 17/3)

Şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir (CMK m. 95/1).

Alman hukukunda polis bir kimseyi hâkim kararı olmaksızın yakalandığı günden ertesi günün sonuna kadar tutabilir. Pratikte bu süre en fazla 47 saate kadar sürebilir. Bu sürede kişi polis tarafından yasal hakları kısıtlanmaksızın sorguya çekilir. Kişi gözaltı bitimi olan ertesi günün sonuna kadar sorgulanmamış ise buna son verilir. Gözaltı süresi bakımından ferdi suç toplu suç ayrımı yapılmamıştır.⁶⁹

İngiltere’de, bir kimse suçlama olmaksızın yakalanmasından itibaren 24 saatten fazla gözaltında tutulamaz. Adli bir olay nedeni ile gözaltı süresi 24 saat olup delillerin toplanabilmesi için bu süre yetmeyecekse, özellikle ağır suçlarda üst düzey bir emniyet amirinin yetkisi ile bu sürenin daha fazla uzatılması mümkündür.⁷⁰ Üst düzey bir polis yetkilisinin emri ile gözaltı süresinin 24 saatten 36 saate çıkarılabileceği haller şunlardır: kişinin gözaltında tutulmasına sebep olan suça ilişkin delillerin korunması, delillerin karartılmasının önlenmesi yahut ifade alma için bir süre daha gözaltında tutulması gerekiyorsa, kişinin gözaltında tutulmasına neden olan suç, tutuklanabilir ağır nitelikli bir suçsa, soruşturma hızlı bir şekilde, çabuk ve gayretlilik içinde sürdürülüyorsa.⁷¹ Polis kişiyi 36 saatten fazla gözaltında tutmak isterse, gözaltı süresi hâkim tarafından 36 saatlik bir süre daha uzatılabilir. Fakat toplam gözaltı süresi hiçbir halde 96 saati geçemez.⁷²

⁶⁹ Şahin, Cumhuriyet, “Polis Tarafından Yapılan Sanık Sorgusunun Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi”, *SÜHFD, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Son Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı*, 1994, C. 4, S. 1-2, s. 60.

⁷⁰ Şahin, *a. g. e.*, s. 67.

⁷¹ İçel, Kayıhan / Yenisey, Feridun, *Ceza Kanunları TCK, CİK, CMUK*, 7. B., İstanbul 1995, s. 144.

⁷² Şahin, *a. g. e.*, s. 69.

1989 tarihli Terörizmi Önleme Kanunu'nun IV. bölümünde polis yetkileri düzenlenmektedir. Buna göre polis, terör suçu işleyen veya işleme hazırlığında olduğundan şüphe edilen bir kişiyi tutuklama olmadan gözaltına alarak 48 saat gözaltında tutabilir.

Bu sürenin İçişleri Bakanının emri ile 5 gün daha uzatılması ve 7 güne çıkartılması mümkündür.⁷³

Fransa'da adli polis kural olarak 24 saat gözaltında tutabilir. Eğer bu süreden fazla gözaltında tutmak isterse, ilgiliyi dinledikten sonra, Cumhuriyet savcısının önüne götürmek zorundadır. Çünkü bu uzatma, Cumhuriyet savcısının bu konuda aksine yazılı ve gerekçeli bir kararı yoksa kişinin önceden Cumhuriyet savcısının önüne çıkarılmasını gerektirir. Cumhuriyet savcısı, 24 saatten fazla olmamak üzere gözaltı süresinin yeni bir süre uzatılmasına yazılı olarak izin verebilir. İstisnai durumlarda, ilgilinin yokluğunda sadece yazılı gerekçeli bir karar ile gözaltı süresinin uzatılmasına karar verebilir.⁷⁴

İtalyan CMUK'a göre, poliste gözaltı süresi 24 saattir (m. 386/3). Polis bu süre içinde sanığı savcı önüne çıkarmak zorundadır. Savcının sanığı 48 saat gözaltında tutma yetkisi bulunmaktadır (m. 390/1). Bu sürenin bitiminde savcı sanığı serbest bırakmak istemiyorsa, derhal hâkim önüne sevk etmek zorundadır. Hâkim ise sanığı 48 saat gözaltında tutma hakkına sahiptir. Bu süre sonunda hâkim ya sanığın tutuklanmasına ya da serbest bırakılmasına karar verecektir.⁷⁵

4.4. GÖZALTINA ALINAN KİŞİNİN HAKİM ÖNÜNE ÇIKARILMASI

Gözaltına alınan kişi bırakılmazsa, en geç gözaltı sürelerinin sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir. Sorguda müdafii de hazır bulunur (CMK m. 91/6). Gözaltına alınan kişinin yakalandığı yere en yakın hâkim önüne çıkarılması için gerekli olan süre,

⁷³ Vural Savaş / Mollamahmutoğlu Sadık, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu*, C. II, Ankara 1995, s. 2763.

⁷⁴ Şahin, *a. g. e.*, s. 76.

⁷⁵ İçel, Ünver, *a. g. e.*, s. 282.

Anayasa ve kanunlarda belirlenen gözaltı sürelerinin dışında tutulmuştur. Bu süreye “*yol süresi*” denilir.

Uygulamada, hâkime veya Cumhuriyet savcısına ulaşılamaması gibi gerekçelerle, sürenin aşılması durumu ile karşılaşılmaktadır.

Gözaltı süresi bitiminde veya gözaltı sebeplerinin ortadan kalkmış olması halinde, kişi kolluk tarafından ya Cumhuriyet savcısına bilgi verilerek serbest bırakılır veya adli makamlara sevk edilir. Kolluk tarafından araç bulunamaması, teknik imkânların yetersiz olması, hâkime ya da Cumhuriyet savcısına ulaşılamaması gibi gerekçelerle gözaltı süresi aşılamaz. Aksi uygulama, “*kişi özgürlüğünün haksız olarak kısıtlanması*” sonucunu doğurur. Gözaltına alınan kişi, hâkim önüne çıkarıldıktan sonra, sorgusunu müteakip ya tutuklanacak ya da serbest bırakılacağından, tekrar nezarethaneye götürülmesi düşünülemez.⁷⁶

4.5. YAKALAMA VE GÖZALTINA ALMA YASAĞI

Gözaltı süresinin dolması veya sulh ceza hâkiminin kararı üzerine serbest bırakılan kişi hakkında yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve Cumhuriyet savcısının kararı olmadıkça bir daha aynı nedenle yakalama işlemi uygulanamaz (CMK m. 91/5). Bu düzenlemeyle aynı olay sebebiyle kişilerin birden fazla gözaltına alınmaları suretiyle gözaltı süresi konusundaki sınırlamaların dolaylı olarak aşılması önlenmek istenmiştir. Bu düzenleme, insan hakları ihlallerinin önlenmesi açısından önemli bir durumdur.

4.6. GÖZALTINA ALMA KARARI ÜZERİNE YAPILACAK İŞLEMLER

Yakalanan kişinin gözaltına alınmasına karar verilmesi durumunda nezarethane işlemi yapmadan önce mutlaka sağlık kontrolünden geçirilmesi, yakalama anındaki sağlık durumunun tespit edilmesi gereklidir. Aynı şekilde, gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılması, serbest bırakılma-

⁷⁶ Gölcüklü, Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği”, *AÜSBFD*, C. 49, Haziran-Aralık 1994, s. 82.

sı veya adli mercilere sevk edilmesi işlemlerinden önce de sağlık durumunun hekim raporu ile belirlenmesi esası getirilmiştir.

Gözaltına alınan kişinin ifadesini alan veya soruşturmayı yürüten kolluk görevlisi ile bu kişiyi sağlık kontrolüne götüreren kolluk görevlisinin farklı olması zorunludur. Ancak personel yetersizliği nedeniyle farklı kolluk görevlisinin görevlendirilememesi hâlinde bu durum belgelendirilmelidir. Sağlık kontrolünü yapan doktor, muayene esnasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 94. maddesinde belirtilen işkence, 95. maddesinde belirtilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence ve 96. maddesinde belirtilen eziyet suçlarının işlendiği yolunda herhangi bir bulguya rastlarsa, durumu zaman kaybetmeksizin Cumhuriyet savcısına bildirir (YGAİAY m. 9). Esasen gözaltındaki kişinin, kolluğun sorumluluk alanına her giriş çıkışında sağlık kontrolünden geçirilmesinin nedeni ileride ortaya çıkabilecek işkence iddialarının önüne geçmektir.

Gözaltı işlemlerinin denetimi Cumhuriyet başsavcıları veya görevlendirecekleri Cumhuriyet savcıları tarafından yapılacaktır. Cumhuriyet başsavcıları veya görevlendirecekleri Cumhuriyet savcıları, adli görevlerinin gereği olarak, gözaltına alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethaneleri, varsa ifade alma odalarını, bu kişilerin durumlarını, gözaltına alınma neden ve sürelerini, gözaltına alınma ile ilgili tüm kayıt ve işlemleri denetler; sonucunu "*Nezarethaneye Alınanlar Defteri*"ne kaydederler (CMK m. 92/1).

Gözaltına almaya ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı hemen serbest bırakılmayı sağlamak için kanun Sulh ceza hâkimine başvurulabileceğini öngörmüştür. Bu başvuruyu, yakalanan kişi bizzat yapabileceği gibi onun müdafisi veya kanuni temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımları da yapabilir. Sulh ceza hâkimi incelemeyi evrak üzerinde yaparak derhal ve nihayet yirmi dört saat dolmadan başvuruyu sonuçlandırır. Hâkim, gözaltına alma veya gözaltı süresini uzatmanın yerinde olduğu kanısına varılırsa başvuru reddeder, aksi halde yakalananın derhâl soruşturma evrakı ile Cumhuriyet savcılığında hazır bulundurulmasına karar verilir (CMK m. 91/4).

İngiltere'de 24 saat olarak sınırlandırılmış olan gözaltında bulundurulma süresinin yalnızca 6 saati belli edilmemiş karakollarda geçi-

rilebilir. Normal olarak 6 saatten az tutulacak kişinin herhangi bir polis merkezine; 6 saatten fazla tutulacak kişinin bu iş için tahsis edilmiş bir merkeze götürülmesi gerekmektedir. Aynı şekilde kendisine veya üçüncü kişiye zarar veren kişiler tahsisli merkezlere götürülürler. Kuzey İrlanda'da ise fiziki bir tehlike söz konusu olduğu takdirde kişiler herhangi bir polis merkezine götürülebilirler.⁷⁷ Her polis teşkilatı, 24 saatten fazla gözaltında tutulan kişilerin sayısını, uzatma başvurularını ve sonuçlarını, uzama süresini, kişinin geçirdiği süreyi ve son olarak bu kişinin suçlandırılıp suçlandırılmadığını veya serbest bırakılıp bırakılmadığını gösterir kayıtları tutar.⁷⁸

4.7. HUKUKA AYKIRI YAPILAN GÖZALTI LAR

I. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE GETİRİLMEMESİ

Aydınlatma yükümlülüğü; gözaltına alınan kişiye isnat edilen suçun ne olduğunun anlatılmasını, isnat konusunda susma ve müdafiden yararlanma haklarının bulunduğunu, yakalandığını yakınlarına duyurabileceği ve şüpheden kurtulması için lehine olan somut delilleri ileri sürebileceğini bildirmeyi kapsar.

Şüpheli veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde CMK m. 147/1 b-c-e-f fıkraları gereğince aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmelidir. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi, tazminat ödenmesine konu olabilir.

II. KİŞİYE SAHİP OLDUĞU HAKLARIN KULLANDIRILMASI

Türk hukukunda müdafiden yararlanma hakkının kullandırılması, görevlilerin hileli davranışları ile engellenmemelidir. Yapılan işlemin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için, ilgili kişinin tamamen kendi ihmali ve kusurlu hareketi ile bu tür durumlara neden olmaması gerekir.

⁷⁷ Şahin, *a. g. e.*, s. 69.

⁷⁸ İçel, Yenisey, *a. g. e.*, s. 144.

Gözültına alınan kişi haklarını bildirdikten sonra kişinin hiç cevap vermemesi, olumlu veya olumsuz hiçbir Şey söylememesi, haklarını öğrenmiş ve bundan vazgeçmiş olduğunu göstermez.⁷⁹ Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki suçlar için gözültındaki Şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla 24 saat süre ile kısıtlanabilir; ancak bu süre içinde ifade alınamaz (Terörle Mücadele Kanunu m. 10).

İngiliz hukukunda gözültına alınan kişi, bu aşamada hem müdafie danışabilme ve hem de gözültında iken yapılan sorgusunda yanında avukat bulundurabilme hakkına sahiptir.⁸⁰ Ancak 1989 tarihli Terörizmi Önleme Kanunu'na göre gözültına alınanlar ile avukat arasında ilk 48 saatlik sürede hiç temas yapılamamaktadır.

48 saatten sonra da İngiltere ve Galler'de Adalet Bakanının izni ile görüşme sağlanabilir. Gözültında bulunan kişinin avukatını görüp göremeyeceği polisin rızasına bağlıdır. Polis bunu kabul etmek zorunda değildir. Ancak kişi suçlandığı andan itibaren avukatla görüşebilecektir.⁸¹ İngiltere'nin terörle mücadele çerçevesinde Kuzey İrlanda'da yaptığı uygulamalar, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi kararlarına konu olmuş ve hem Komisyon hem de Mahkeme aldığı kararlarda, İngiliz hukuk sistemi ve uygulamasının Sözleşme'de öngörülen asgari standartlara aykırı olduğu sonucuna varmıştır.⁸²

Fransa'da gözültına alınan kişi, gözültına alınmasını takiben 20 saat sonra bir avukat ile görüşmeyi talep edebilir. İlgili, avukatı kendisi seçebilir veya baro başkanının resen bir avukat görevlendirmesini talep edebilir. Avukat ile görüşme 30 dakika ile sınırlıdır. Terör ve uyuşturuocu suçlarında, gözültı süresinin uzatılması durumunda bu hak 72 saat sonra kullanılabilir.⁸³

⁷⁹ Yenisey, *a. g. e.*, s. 156.

⁸⁰ Şahin, *a. g. e.*, s. 77.

⁸¹ Savaş, Vural, "Terörizmin Yaygınlaştığı Demokratik Ülkelerde Alınan Tedbirler ve CMUK'umuzun Bu Açıdan Değerlendirilmesi", *SÜHFD*, C. 4, 1994, S. 1-2, s. 93.

⁸² Bkz. Başvuru No:5310/71 18.01.1978 tarihli İrlanda Cumhuriyeti-İngiltere Kararı ve Başvuru No: 14553/89 26.05.1993 tarihli BRANNIGAN ve McBRIDE-İngiltere Kararı.

⁸³ Şahin, *a. g. e.*, s. 78.

Belçika’da ne polis ne de sorgu hâkiminin şüpheliye susma hakkını hatırlatmak zorunluluğu bulunmamaktadır. Yine polis aşamasındaki sorgu esnasında veya sorgu hâkiminin önünde kişinin avukat bulundurma hakkı yoktur. Ancak sorgu hâkimi önündeki sorgulama sürecinin sonunda şüpheli, avukat bulundurma ve susma hakkı olduğu konusunda bilgilendirilir.⁸⁴

Hollanda’da yakalanan polisteki ilk 6 saatlik gözaltı süresinde avukat yardımına başvurma hakkına sahip değildir. Ancak, üst düzey polis yetkilisi veya savcı tarafından gözaltı süresinin 48 saat daha uzatılmasına karar verilmesi halinde bu aşamada avukatı ile görüşebilir.⁸⁵

4.9. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NE GÖRE GÖZALTI

AİHS’nin 5. maddesiyle bir karine öngörülmüş ve herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı olduğunu ifade edilmiştir. Bu açıdan cezai süreç için özgürlükten mahrumiyet söz konusu olduğunda, işlediği suç nedeniyle AHİS m. 5/1-c’de öngörülen koşullara dayanarak yakalanan veya tutulan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmalıdır. Mahkeme olağan hallerde gözaltında tutma süresini azami 4 günle sınırlamış ve bu sürenin üzerindeki tutmaları Sözleşme’nin ihlali olarak yorumlamıştır.⁸⁶ Olağanüstü hallerde ise, Hükümetin Sözleşmenin 15. maddesi gereğince yükümlülüklerinde azaltma yaptığı yönündeki bilgiyi Avrupa Konseyi’ne bildirmiş olması halinde, Mahkeme, gözaltı sürelerinin “durumun gerektirdiği zorlukları karşılayacak nitelikte olması” kistasına göre derhal hâkim önüne çıkarma ilkesinin ihlal edilip edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme, Taş⁸⁷ başvurusuna ilişkin kararında 4 günden fazla süren gözaltının da, olağanüstü durumlarda Sözleşme’ye uygun düşebileceğini belirtmiştir.

⁸⁴ Şahin, a. g. e., s. 90.

⁸⁵ Şahin, a. g. e., s. 92.

⁸⁶ Bkz. Dejong, Baljet ve Van Den Brink / Hollanda başvurusu, 22.05.1984 tarihli karar (7, 11,16 günlük süreler), Duinhof ve Duijf / Hollanda başvurusu, 22.05.1984 tarihli karar (11 ve 12 günlük süreler).

⁸⁷ Bkz. Taş /Türkiye Başvurusu, 14.11.2000 tarihli karar, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr> (B.T. 13.03.2009).

Sözleşme'nin 5. maddesinin 2. fıkrasına göre, maddenin 1. fıkrasında istisna edilen haller nedeniyle kişi özgürlüğü kısıtlanan, yani yakalanan, tutulan (gözaltına alınan veya tutuklanan) her kişiye, bu işleme maruz tutulmasının nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilmelidir.

5. KORUMA TEDBİRLERİ NEDENİYLE TAZMİNAT

Kişiler, koruma tedbirleri nedeniyle tazminatı düzenleyen CMK m. 141 gereği koruma tedbirlerinin uygulanmasından doğan haksız sonuçlardan dolayı maddi ve manevi her türlü zararlarını, devletten isteyebilirler. Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir. Ayrıca iç hukuk yollarını tükettikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne de başvurabilirler.

6. SONUÇ

Arama, elkoyma kişinin özel hayatını ve haberleşme özgürlüğünü sınırlandıran koruma tedbirleridir. Gözaltı ise kişi özgürlüğünü sınırlandıran bir koruma tedbidir. Bu yüzden arama, elkoyma ve gözaltı koruma tedbirlerine maruz kalanlar Anayasalarla ve kanunlarla koruma altına alınmışlardır. AB'ye üye olma yolundaki ülkemizde insan hakları odaklı olarak yapılan kanun değişikliklerinden biri 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girmesidir. 5271 sayılı CMK, eski dönemdeki yanlış, insan hakları ile barışık olmayan, tutum ve davranışlara karşı bir tepki yasasıdır. Bu tepki uygulayıcılara duyulan güvensizliğin bir sonucudur. Ancak Avrupa'da polisin yetkilerinin daha kapsamlı olduğu göz önüne getirilirse Türk polisinin de suç ve suçlu ile mücadelesini sekteye uğratabilecek yasal boşluklar en kısa sürede doldurulmalıdır.

Suçlu olarak kaçan bir kişinin kaçarken bir eve sığınması esnasında hâkim ve savcıdan eve girmek için izin isteme zorunluluğunun olması veya daha önceden uygulamada olan (bu olay için) ev sahibinin rızası dâhilinde yapılan arama konusunun artık uygulama alanı bulmaması, bir canlı bombanın polis tarafından fark edilmesi halinde üstünde arama yapılamayacak; ancak derhal etkisiz hale getirilmesi için

yakalama yapılabilecek; arama için yazılı emir alınması gerekmesi karşımıza önemli yasal boşluklar olarak çıkmaktadır.

Günümüzde bir devlet düzeninin veya bir rejimin değerlendirilmesinde, insan hakları karşısında takınılan tavır belirleyici rol oynar. Bireye düşen haklarının farkına varmaktır, insan hakları konusunda asgari bilgiye ve bilince ulaşmak ve çevresini aydınlatmaktır. Görev yapılan toplumu korumada hizmette etkinlik ve saygınlık, soruşturma yetkililerinin, kolluk kuvvetlerinin her seviyede bu kurallara uyabilme yeteneği ile doğru orantılıdır. Bu ise diğer unsurlar yanında, etkin bir öğretim ve eğitime, bunlardan da önce, insan hakları kavramının işlevinin iyi anlaşılabilmesine bağlıdır.

KAYNAKLAR

KİTAPLAR

- Aksoy Şemsettin, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2003.
- Eryılmaz, M. Bedri, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Ankara 2003.
- Gökçen, Ahmet, *Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fak. Yayınları, Ankara 1994.
- Gölcüklü, Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği", AUSBFD, C.49, Haziran-Aralık 1994
- Hakeri Hakan / Ünver Yener, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara Adalet Yayınevi, 2007.
- İçel, Kayıhan / Yenisey, Feridun, *Ceza Kanunları TCK, CİK, CMUK*, 7. B, İstanbul 1995.
- İçel, Kayıhan / Ünver Yener, *Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları*, İstanbul Eylül 2004.
- İnceoğlu Mehmet Murat, *Uğur Alacakaptan' a Armağan*, C. 1, İstanbul, 2008.
- Kilkelly, Ursula, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*.

- Kunteri Nurullah / Yenisey Feridun / Nuhoğlu Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. b., İstanbul Arıkan Yayınları, 2006.
- Özbek Özer Veli, *CMK İzmir Şerhi: Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Öztürk Bahri / Erdem Mustafa Ruhan / Özer Veli Özbek, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2000.
- Soyaslan Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncelleştirilmiş 2.b., Ankara, Yetkin Yayınları.
- Şafak, Ali / Şafak Ahmet Şükrü, *Güvenlik Kuvoetleri ve Polis Mevzuatı*, 9. B., Ankara Mart 2005.
- Şahin Cumhuri, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005.
- Şimşek Oğuz, *Konut Dokunulmazlığı Temel Hakkı (Anayasa Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)*, İz. BD, Nisan 1998.
- Vural Savaş / Mollamahmutoğlu Sadık, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu*, C. II, Ankara 1995.
- Yaşar Osman, *Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, Ankara, 2005.
- Yenisey Feridun, *İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade alma*, Ankara 1995.
- Yenisey Feridun, *Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller*, İstanbul 2007.
- Yerdelen Erdal, *Soruşturma ve Koruma Tedbirleri*, Adil Yayınevi, 2006.
- Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul 2005.

MAKALELER

- Hakeri Hakan, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanuna Göre Elkoyma Tedbiri*.
- Kaygusuz Ziyaettin, *Hukukumuzda Göre Polisin; Olay Yeri İnceleme ve Diğer Görevlerinde Elkoyma İşlemleri*.
- Koparan Reşat, *Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama*.
- Oğuz Arzu, *Hukuk Eğitiminde Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimindeki Rolü*.
- Ölmez Aslan, *Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Kopyala ve Bunlara Elkoyma*.
- Özdemir Erol, *Belçika Gezisi Ardından*.
- Savaş, Vural; "Terörizmin Yaygınlaştığı Demokratik Ülkelerde Alınan Tedbirler ve CMUK'umuzun Bu Açıldan Değerlendirilmesi".

Saygılar, F. Yasemin, Arama.

Sırma, Özge, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Elkoyma.

Şahin, Cumhur; "Polis Tarafından Yapılan Sanık Sorgusunun Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi".

İNTERNET SAYFALARI

<http://auhf.ankara.edu.tr>

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>

<http://www.egm.gov.tr>

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

T. 1.10.2009
E. 2008/73
K. 2009/120

* Avukat hakkında, başka baroya nakille ilgili incelemeye ilişkin Avukatlık Kanunu m. 69/1'in son cümlesinin iptali

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEME: Ankara 7. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 69. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 5., 11., 13., 23., 48. ve 49. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Bakılmakta olan iptal davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasa'nın çalışma hürriyeti ve kişilerin öğrenim ve mesleklerini seçme hakları ve temel insan hakları çerçevesinde, kişilerin tercih ederek mezun oldukları Yüksek öğretim kurumunun, salt mezun

olunması nedeniyle sağladığı, “serbest meslek statüsünün” (avukat, doktor, diş hekimi, veteriner, eczacı, mühendis, kimyager vb) engellenmesi mümkün değildir. İlgililer mezun oldukları okulun kendileri için sağladığı mesleki unvan nedeniyle serbest veya kamuda çalışmak isteyebilirler. Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışmak isteyenlerin, ilgili kurum mevzuatı ile belirlenen objektif ölçütler ve mevzuatla getirilen koşulları taşımaları, özel ve serbest olarak mesleklerini icra etmek isteyenlerin ise, meslek odalarının belirlenen (staj vb) koşulları yerine getirmeleri esas olup bu esasları yerine getirerek meslek unvanını ve bu unvanın sağladığı hakları elde edenlerin, serbest olarak mesleklerini istedikleri yerde icra edebilmeleri Anayasal bir haktır.

Dava, avukat olan davacının, Denizli Barosu’ndan Ankara Barosu’na nakil talebinin reddine ilişkin Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu’nun 10.6.2006 tarihli ve E:2006/425, K:2006/1773 sayılı işleminin iptali ve 1136 sayılı Yasa’nın 69/1. maddesinin Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne gönderilmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Anayasa’nın 5. maddesinde; “... kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak” devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır

Anayasa’nın 11. maddesinde; “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.” hükmüne, 13. maddesinde, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” hükmü ve 23. maddesinde “Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir.

Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak;

Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek;

Amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir...” hükmüne, 48. maddesinde; “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” hükmüne, 49. maddesinde ise; “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.

Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.” hükmüne yer verilmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 69/1. maddesinde; “Nakil isteği ile başvuru baronun yönetim kurulu, istekte bulunan avukat hakkında gerekli gördüğü her türlü inceleme ve işlemleri yapar ve özellikle avukatın disiplin kovuşturması altında olup olmadığını, ödenecek borcu bulunup bulunmadığını levhasına yazılı olduğu barodan sorar. Disiplin kovuşturmasının sonuçlanmasından veya avukatın baroya borçlarını ödemesinden evvel hiçbir işlem yapılamaz.” hükmü yer almaktadır.

Yukarıda açık hükmüne yer verilen yasal düzenleme incelendiğinde, serbest avukat olarak çalışanların, bir barodan başka bir baroya nakil talebinde bulunması halinde, başvurularının, haklarında varsa disiplin kovuşturmasının sonuçlanmasından veya avukatın baroya borçlarını ödemesinden evvel hiçbir işlem yapılamayacağı yolundaki yasal düzenlemenin, avukatların ülkenin her yerinde iş alabilecekleri, her bir baronun üyeleri üzerinde aynı yetkilere sahip olduğu göz önüne alındığında, anılan Kanun maddesinin “... Disiplin kovuşturmasının sonuçlanmasından veya avukatın baroya borçlarını ödemesinden evvel hiçbir işlem yapılamaz...” yolundaki hükmü, Anayasa’nın 5, 11, 13, 23, 48 ve 49. maddelerine aykırıdır. Zira, maddenin anılan hükmü ile serbest avukatlık yapanlara, çalışma yerini istediği zaman değiştirmesine engel getirilmek suretiyle Anayasanın çalışma hürriyetine ilişkin tanıdığı haklar ile 13. maddesi ihlal edilmiş olmaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler ancak, Anayasanın özüne ve ruhuna uygun olarak, yasa ile sınırlanabilir. Anayasanın temel insan hak ve hürriyetlerinden olan çalışma hürriyetinin, Yasa ile sınırlanması sırasında da, kamusal gereklilikler ile temel insan hak ve özgürlükleri yönünden "ölçülülük" ilkesi gözetilerek düzenleme, yapılması esastır. Yasa ile barolar arası nakillere kısıtlama getirilmesi kamusal gereklilik içinde değerlendirilse dahi, "Disiplin kovuşturmasının sonuçlanmasından veya avukatın baroya borçlarını ödemesinden evvel hiçbir işlem yapılamaz" yolundaki düzenleme amaca ulaşmak için ölçülülük ilkesinin de ihlalini oluşturmaktadır. Anayasa yargısı kararlarında da, değinildiği üzere, temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalarda, orantılılık ilkesi açısından, aracın kullanılması amaca ulaşmak için elverişli olmalıdır. Ayrıca, aracın kullanılması, amaca ulaşmak için zorunlu olmalıdır. Yani yasa ile temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahale ile yaratılan durum dışında, amaca ulaşmak için başka bir yol bulunmaması gerekir. Olayda ise, nakil talepleri hakkında hiç bir işlem yapılamaması biçimindeki uygulama, serbest meslek yoluyla avukatlık hizmeti sunumunda son ve zorunlu, tek seçenek olarak kalan bir uygulama olmayıp, Türkiye Barolar Birliği tarafından tercih edilerek, avukatların temel hak ve özgürlüklerini ihlal eden bir uygulamadır."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun itiraz konusu birinci fıkrayı da içeren 69. maddesi şöyledir:

"Nakil isteği ile başvuru baronun yönetim kurulu, istekte bulunan avukat hakkında gerekli gördüğü her türlü inceleme ve işlemleri yapar ve özellikle avukatın disiplin kovuşturması altında olup olmadığını, ödenecek borcu bulunup bulunmadığını levhasına yazılı olduğu barodan sorar. Disiplin kovuşturmasının sonuçlanmasından veya avukatın baroya borçlarını ödemesinden evvel hiçbir işlem yapılamaz.

Nakil isteminin kabulü halinde verilecek karar, nakledilen baro yönetim kurulu tarafından Türkiye Barolar Birliği'ne ve avukatın ayrıldığı baroya derhal bildirilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 5., 11., 13., 23., 48. ve 49. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim Kılıç, Osman Alifeyyaz Paksüt, Sacitadalı, Ahmet Akyalçın, Mehmet Erten, Mustafa Yıldırım, Cafer Şat, Ali Güzel, Serdar Özgüldür, Şevket Apalak ve Serruh Kaleli'nin katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, sınırlama sorununun esas inceleme evresinde ele alınmasına, 5.8.2008 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Uygulanacak Kural Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırsa bu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidir. Ancak bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için, elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde, ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kurallardır.

Bakılmakta olan davada itiraz yoluna başvuran Mahkeme, Türkiye Barolar Birliğinin davacı avukat hakkında Denizli Barosunda disiplin kovuşturması bulunması nedeniyle nakil isteğinin reddine ilişkin kararının iptal edilmesi gerekip gerekmediğini 1136 sayılı Yasa'nın 69. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesinde yer alan "...Disiplin kovuşturmasının sonuçlanmasından... evvel hiçbir işlem yapılamaz." hükmü kapsamında inceleyecektir. Bu nedenle 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 69. maddesinin birinci fıkrasına ilişkin esas incelemenin, fıkranın son tümcesinde yer alan "Disiplin kovuşturmasının sonuçlanmasından veya ..." ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına, bunun dışında kalan bölümünün itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu bölüme ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine, 1.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

B- İtiraz Konusu Kuralın Anlam ve Kapsamı

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde kamu hizmeti olan avukatlığın serbest bir meslek olduğu, avukatın yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil ettiği; 66. maddesinde her avukatın, bölgesi içinde sürekli olarak avukatlık edeceği yerin baro levhasına yazılmakla yükümlü olduğu, bir baro levhasına yazılmış olan avukatın sürekli olmamak şartıyla, memleketin her yerinde avukatlık yapabileceği; 43. maddesinde her avukatın, levhaya yazıldığı tarihten itibaren üç ay içinde baro bölgesinde bir büro açmak zorunda olduğu ve bir avukatın birden fazla bürosunun olamayacağı hükme bağlanmıştır.

Avukatların başka bir baroya nakilleri, 1136 sayılı Kanun'un 69. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, nakil isteği ile başvuru alan baronun yönetim kurulu, istekte bulunan avukat hakkında gerekli görüldüğü her türlü inceleme ve işlem ile avukatın disiplin kovuşturması altında olup olmadığını, ödenecek borcu bulunup bulunmadığını levhasına yazılı olduğu barodan sorabilecek; disiplin kovuşturmasının sonuçlanmasından veya avukatın baroya borçlarını ödemesinden evvel hiçbir işlem yapamayacaktır.

1136 sayılı Kanun'un 158. maddesinin ikinci fıkrasında avukatlar

hakkındaki disiplin işlemleri ve cezalarının avukatlık onurunu, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarını ve itibarını korumak, mesleğin amaç ve gereklerine ve adalete uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla uygulanacağı belirtilmiştir. Kanun'un 139. maddesinin birinci fıkrasına göre disiplin kovuşturmasına karar verme ve kovuşturmayı yürütme yetkisi kovuşturmanın dayandığı şikâyet veya ihbarın vaki olduğu yahut Cumhuriyet savcısının kovuşturma isteğinde bulunduğu veya kovuşturmaya esas teşkil eden eylem veya davranışın re'sen haber alındığı tarihte avukat hangi baronun levhasında yazılı ise, o baroya aittir. Aynı Kanun'un 140. maddesinde, avukat hakkında başlamış olan ceza kovuşturmasının, disiplin işlem ve kararlarının uygulanmasına engel olmayacağı, ancak, disiplin işlem ve kararına konu teşkil edecek bir eylemde bulunmuş olan avukat hakkında aynı eylemlerden dolayı ceza mahkemesinde dava açılmış ise, avukat hakkındaki disiplin kovuşturmasının, ceza davasının sonuna kadar bekletileceği belirtilmiştir.

C- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, hakkında disiplin kovuşturması bulunan bir avukatın, bir barodan başka bir baroya nakil talebinde bulunması halinde, disiplin kovuşturmasının sonuçlanmasından önce hiçbir işlem yapılmayacağı şeklindeki düzenlemenin, avukatların ülkenin her yerinde görev yapabilecekleri, her bir baronun avukat üzerinde aynı yetkilere sahip olduğu göz önüne alındığında, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 5., 11., 13., 23., 48. ve 49. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Anayasa'nın 48. maddesine göre, herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.

İtiraz konusu kurala göre nakil isteğinde bulunan avukat hakkında bir disiplin kovuşturmasının devam etmesi halinde bu kovuşturma sonuçlanmadan önce nakil isteği ile ilgili hiçbir işlem yapılamaya-

caktır. Hakkında disiplin kovuşturması yürütülen bir avukatın, üyelerine karşı sahip olduğu hak ve yetkiler bakımından eşit konumda olan başka bir baroya nakledilmesi, kovuşturmayı yürüten baronun yetkilerinde bir değişiklik meydana getirmeyecek ve devam etmekte olan kovuşturmayı etkilemeyecektir. Kovuşturma sonucunda suçu işlemediğine ya da hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilebileceği de dikkate alındığında, avukatın başka baroya nakil talebiyle ilgili olarak, disiplin kovuşturması sonuçlanana kadar hiçbir işlem yapılmaması ve başka bir baro bölgesinde sürekli olarak çalışmasının engellenmesi, çalışma özgürlüğünün sınırlandırılmasına yol açacak niteliktedir. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulmuştur. Anayasa'nın çalışma özgürlüğünün düzenlendiği 48. maddesinde bu özgürlüğün sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Bu nedenlerle çalışma özgürlüğünü sınırlandıran kural Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 5., 11., 23. ve 49. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 69. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesinde yer alan "Disiplin kovuşturmasının sonuçlanmasından veya ..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, 1.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

FARKLI GEREKÇE

Avukatlık Kanunu'nun 69. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasının son tümcesinde yer alan kurala göre, nakil isteğiyle başvuru baronun yönetim kurulu avukatın disiplin kovuşturması altında olup olmadığını araştırarak, varlığını tespit ettiğinde de disiplin kovuşturmasının sonuçlanmasından evvel idari işlem niteliğinde olan nakil isteğiyle ilgili hiçbir işlem yapmayacaktır.

Hakkında disiplin kovuşturması yürütülen bir avukatın, üyelerine

karşı aynı hak ve yetkiye sahip bir başka baroya nakledilmesi, disiplin kovuşturmasını yürüten baronun yetkilerini değiştirmeyecek, devam eden kovuşturma da bundan herhangi bir şekilde etkilenmeyecektir.

Bununla birlikte, kovuşturma aşamasında olan bir disiplin işleminin nasıl sonuçlanacağına önceden bilinemeyeceği, kovuşturma sonucunda disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ya da disiplin cezasını gerektiren eylemin işlenmediğine karar verilebileceği de dikkate alındığında, henüz disiplin cezası almamış olan ve masumiyet karinesinden yararlanması gereken bir avukatın, hakkında disiplin kovuşturmasının bulunduğu ileri sürülerek başka bir baro bölgesine naklinin kovuşturma sonuçlanıncaya kadar engellenmesi hukuk güvenliğini ihlal edici niteliktedir.

Bu itibarla kural Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Kuralın bu gerekçeyle iptali gerekir.

Üye
Mehmet ERTEN

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 05.12.2007

E. 2007/18-913

K. 2007/948

* Alacak

* Yüklenme senedi

* Sözleşmelerin inşai ve bağlayıcı olma özelliği

(5401 sayılı Askeri Öğrencilerden Başarı Gösteremeyenler Hakkındaki K. m. 3)

Taraflar arasındaki "*alacak*" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Karşıyaka Asliye 3. Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 26.06.2006 gün ve 2005/451 E. - 2006/218 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 05.02.2007 gün ve 2006/11003-2007/681 sayılı ilamıyla; (...Davacı vekili dava dilekçesinde, davalılardan M.G.'nin Maltepe Askeri Lisesi'nde öğrenci iken 7.9.2005 tarihinde okuldan ayrılarak ilişkisinin kesildiğini; bu nedenle davalıya yapılan 9.624,63 YTL masrafın sarf tarihinden itibaren yasal faiziyle beraber davalılardan tahsilini istemiş, mahkemece, alınan bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasal gerektirici nedenlere ve özellikle kanıtların takdirinde bir isabetsizlik görülmesine göre sair temyiz itirazları yerinde değildir. Ancak;

1- Dosya içerisinde bulunan Bornova 6. Noterliği'nce 4.8.2004 tarihinde düzenlenmiş yüklenme senedinde *"Taahhütlerime aykırı hareket etmem, beyanlarımın gerçek dışı olduğunun tespit edilmesi, herhangi bir nedenle öğrenimimi kendiliğimden terk etmem, Okul Yönetmelik ve Yönergelerine göre okul idaresine ibraz ettiğim belgelerden herhangi birinin gerçeğe aykırı olduğunun anlaşılması, derslerden başarı gösterememem, Okul Yönetmelik ve Yönergelerine aykırı harekette bulunmam, yetkili merciler veya mahkemelerce hakkında verilen herhangi bir ceza nedeniyle yetkili merci veya kurullarca ittihaz olunan karara istinaden okuldan çıkarılmam halinde Silahlı Kuvetler adına askeri öğrenci olarak öğrenime başladığım tarihten ilişkiğimin kesilmesine kadar Milli Savunma Bakanlığınca zimmetime tazminat olarak tahakkuk ettirilecek tazminatı yiyecek (yemek pişirme ve su masrafı dahil), giyim-kuşam, öğrenci aylıkları, kitap ve kırtasiye, vize, diploma, sınav ve benzeri harçlar, öğretim ve eğitimin gerektirdiği ulaşım hizmetleri, ilaç ve tedavi giderleri, barındırma (aydınlatma, ısıtma, temizlik, yakıt, yatı masrafları ve benzeri masraflar), askeri liseler hazırlık sınıfları yabancı dil eğitimi, atış, amortisman, personel giderleri sarf tarihinden tahsil tarihine kadar geçen süre için hesap edilecek kanuni faizi ile birlikte ayrıca hükme gerek kalmaksızın Hazine emrine ödeyeceğimi şimdiden kabul eyler, yüklenirim."* denilerek taahhüt altına girilmiştir. Sözü edilen yüklenme senedinden de anlaşılacağı üzere 13.2.1992 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan *"Askeri Okullara Alınan Öğrenciler ile Silahlı Kuvetler Hesabına Fakülte ve Yüksek Okullarda Okuyan Öğrenciler İçin Yüklenme Senedi Düzenlenmesine ve Bu Okullardan Çeşitli Sebeplerle Ayrılacak Öğrencilere veya Kefillerine Ödettirilecek Tazminata Dair Yönetmelik"*e uygun olarak düzenlenmiş bulunan maliyet çizelgesinde yer alan personel ve amortisman giderinden de davalılar sorumludur. Buna rağmen mahkemece davalıların personel ve amortisman giderinden sorumlu olmadığı düşüncesiyle hazırlanan bilirkişi raporunun hükme esas alınarak davalıların borçlu olduğu miktarın tespit edilmesi,

2- Kefil H.'nin soyadı *"Erez"* iken hükümde maddi hata sonucu *"Evez"* olarak gösterilmesi, doğru görülmemiştir.

Mahkemece, yukarıda sözü edilen 1 numaralı bozma doğrultusunda davalıları personel ve amortisman giderinden de sorumlu tutmak suretiyle borçlu oldukları asıl borç ile işlemiş faizini hesap eden ek rapor alınmalı, alınan bu raporun bozmaya uygunluğu da denetlendikten sonra hasıl olacak sonuç doğrultusunda karar verilmelidir. Bu iti-

barla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...) 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, eğitim ve öğretim gideri alacağı olarak 9.624,63 YTL alacağın sarf tarihinden itibaren faiz ve masraflarla birlikte tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili; davalılardan M.G.'nin Maltepe Askeri Lisesi'nde okumakta iken 7.9.2005 tarihinde okuldan ayrılarak askeri öğrencilikle ilişığının kesildiğini, Bornova 6. Noterliği'nin 4.8.2004 gün ve 4284 yevmiye no.'lu yüklenme senedini imzalayan davalıların, öğrencinin eğitimini tamamlamaması halinde tahakkuk ettirilen öğrenim giderlerini müştereken ve müteselsilen ödemeyi taahhüt ettikleri halde bugüne kadar herhangi bir ödeme yapmadıklarını ileri sürerek, davalıya yapılan 9.624,63 YTL masrafın sarf tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı M.G.'ye velayeten A.G. vekili; davacı idare tarafından tahakkuk ettirilen masrafın bir kısmının ödenmiş olmasına rağmen mahsup edilmediğini; personel ve amortisman masraflarının yüklenme senedinde gösterilmesinin ilgili yönetmeliğe ve hakkaniyete aykırı olduğunu, personel ve amortisman giderleri öğrenciye doğrudan yapılan masraflar olmadığından ve öğrencinin devlete maliyeti ile bir ilgisi bulunmadığından öğrenim gideri olarak kabul edilemeyeceğini, idarece yapılan faiz hesabının da yasal olmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini cevaben bildirmiş; davalı H.E. ise, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemenin; idarece belirlenen harcamalardan personel ve amortisman giderleri düşülerek değerlendirme yapan bilirkişi raporunu benimsemek suretiyle ve *"personel ve amortisman giderleri her ne kadar yüklenme senedinde yer almakta ise de, bu masrafların öğrenciye doğrudan yapı-*

lan masraflar olmadığı ve askeri okulun personel ve malzeme ekipmanları alınacak öğrencilere göre değil eğitimin amacına uygun olarak ve öğrenci okula kaydolmadan yapılmış giderler olduğu, bu itibarla personel ve amortisman giderlerinden davalıların sorumluluğunun bulunmadığı” gerekçesiyle “davanın kısmen kabulüne, 4.252,66 YTL asıl alacak ve 124,43 YTL işlemiş faiz toplamı 4.377,10 YTL’nin davalılardan müstereken ve müteselsilen tahsiline, asıl alacağına 6.12.2005 dava tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmesine” dair verdiği karar, Özel Daire’ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; yerel mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Davalılar tarafından imzalanan ve Bornova 6. Noterliği’nce düzenlenen 4.8.2004 tarih ve 14284 yevmiye numaralı yüklenme ve kefalet senetlerinde; “Taahhütlerime aykırı hareket etmem, beyanlarımın gerçek dışı olduğunun tespit edilmesi, herhangi bir nedenle öğrenimi kendiliğimden terk etmem, okul yönetmelik veya yönergelerine göre okul idaresine ibraz ettiğim belgelerden herhangi birinin gerçeğe aykırı olduğunun anlaşılması, derslerde başarı gösterememem, okul yönetmelik ve yönergelerine aykırı harekette bulunmam, yetkili merciler veya mahkemelerce hakkımda verilen herhangi bir ceza nedeniyle yetkili merci veya kurullarca ittihaz olunan karara istinaden okuldan çıkarılmam halinde, Silahlı Kuvvetler adına askeri öğrenci olarak öğrenime başladığım tarihten ilişkiğimin kesilmesine kadar; Milli Savunma Bakanlığınca zimmetime tazminat olarak tahakkuk ettirilecek tazminatı yiyecek (yemek pişirme ve su masrafları dahil), giyim-kuşam, öğrenci aylıkları, kitap ve kırtasiye, vize, diploma, sınav ve benzeri harçlar, öğretim ve eğitimin gerektirdiği ulaşım hizmetleri, ilaç ve tedavi giderleri, barındırma (aydınlatma, ısıtma, temizlik, yakıt, yatı masrafları ve benzeri masraflar), askeri liseler hazırlık sınıfları yabancı dil eğitimi, atış, personel ve amortisman giderleri sarf tarihinden tahsil tarihine kadar geçen süre için hesap edilecek kanuni faizi ile birlikte ayrıca hükme gerek kalmaksızın hazine emrine ödeyeceğimi şimdiden kabul eder, yüklenirim.” şeklinde taahhüt verildiği ve davalı M.G.’nin başarısızlık nedeniyle askeri okulla ilişkiğinin kesildiği hususunda uyuşmazlık mevcut değildir. Uyuşmazlık; davalı tarafça imzalanmış bulunan yüklenme senedinde tazminat olarak ödenmesi gereken harcama kalemleri arasında gösterilen personel ve amortisman giderlerinden, davalıların sorumluluğunun bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Öncelikle belirtilmelidir ki; bir hukuki işlem olarak sözleşme, inşai ve bağlayıcı olmak üzere, iki tür sonuç doğurur. Sözleşmenin inşai sonucu, tarafların beyan edilen iradelerine uy-

gun olarak meydana gelen hukuki sonuçtur. Sözleşmenin doğurduğu ikinci sonuç ise, tarafları bağlayıcı sonuç olup; bundan amaç, tarafların beyan edilen iradeleriyle ve sözleşme ile bağlanmış olmaları ve dolayısıyla içlerinden birinin tek taraflı irade beyanıyla bu sözleşmeyi ortadan kaldıramaması, irade beyanlarına uygun olarak kurulmuş bulunan hukuki durumla bağlı olmasıdır. Doktrin ve uygulamada sözleşme yerine “akit”, “mukavele” veya “bağıt” kavramları da kullanılmaktadır (Prof. Dr. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 187 vd).

Borç ilişkilerini düzenleyen başlıca kanun Borçlar Kanunu olmakla birlikte, bu Kanun dışında diğer bazı kanunlar da borç ilişkilerini düzenlemekte ya da borç ilişkileriyle ilgili özel hükümler içermektedirler.

Bu noktada, 5401 sayılı Askeri Öğrencilerden Başarı Gösteremeyenler Hakkındaki Kanun’un 3. maddesinde “Sağlık sebepleri dışında okullarla yüksek öğrenim kurumlarından çıkarılan öğrencilere devlet tarafından yapılan bilimum masraflar faizi ile birlikte mukavelesi gereğince ödettirilir.” hükmü öngörülmüştür.

Şu durumda; askeri öğrencilerin, sağlık sebepleri dışında hangi nedenle olursa olsun okuldan çıkarılması halinde ödenmesi gereken tazminatın belirlenmesinde, Borçlar Kanunu hükümleri ve özellikle 5401 sayılı Askeri Öğrencilerden Başarı Gösteremeyenler Hakkındaki Kanun’un 3. maddesinde işaret edilen, öğrenci ile okul yönetimi arasında yapılan “mukavelenin”, eş söyleyişle “yüklenme senedinde” taahhüt edilen edimlerin ve harcama kalemlerinin esas alınması gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır.

Bundan ayrı; Askeri Okullara Alınan Öğrenciler ile Silahlı Kuvvetler Hesabına Fakülte ve Yüksek Okullarda Okuyan Öğrenciler için Yüklenme Senedi Düzenlenmesine ve Bu Okullardan Çeşitli Sebeplerle Ayrılacak Öğrencilere veya Kefillerine Ödettirilecek Tazminata Dair Yönetmeliğe Ekli Örnek 2 Çizelgenin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik’te yer verilmiş bulunsa bile; yüklenme senedine derç edilmeyen masraflar ve getireceği maliyetten haberdar edilmeyen akindin, bu kalem masraflardan sorumlu tutulmasının Borçlar Kanunu ve 5401 sayılı Askeri Öğrencilerden Başarı Gösteremeyenler Hakkındaki Kanun’un 3. maddesine aykırılık teşkil edeceği açıktır.

Sonuç itibariyle; öğrenci ve yasal temsilcisi ile kefilin, yüklenme senedinde harcama kalemleri arasında açıkça yer verilen giderlerden sorumlu oldukları; aksi takdirde, yüklenme senedinde gösterilmeyen giderlerden sorumlu tutulmalarına olanak bulunmadığı kuşkusuzdur. Nitekim; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.11.2006 gün ve E: 2006/15-743 K:2006/740; 29.12.2006 gün ve E: 2006/18-757 K:2006/763; 02.05.2007 gün ve E: 2006/18-229 K:2007/238; 03.10.2007 gün ve E: 2007/18-643 K:2007/714; 03.10.2007 gün ve E: 2007/18-644 K:2007/715; 31.10.2007 gün ve E: 2007/18-785 K:2007/806; 31.10.2007 gün ve E: 2007/18-796 K:2007/800; 14.11.2007 gün ve E: 2007/18-863 K:2007/836 sayılı kararlarında da aynı ilke benimsenmiştir.

Somut olayda; Bornova 6. Noterliği'nce düzenlenen 4.8.2004 gün ve 14284 yevmiye numaralı yüklenme ve kefalet senetlerinde tazminat olarak ödenmesi gereken harcama kalemleri arasında personel ve amortisman giderlerine açıkça yer verildiği ve davalıların personel ve amortisman giderlerini ödemeyi taahhüt ettikleri anlaşılmaktadır.

Az yukarıda açıklandığı üzere; davalılar tazminat olarak yüklenme senedinde açıkça belirtilen giderleri ödeme taahhüdünde bulduklarından, burada gösterilen personel ve amortisman giderlerinden sorumludurlar.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece, aynı yöne işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma ilamına uyularak, davalıları personel ve amortisman giderlerinden de sorumlu tutmak suretiyle borçlu oldukları asıl borç ile işlemiş faizini hesap eden ek rapor alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; davalıların personel ve amortisman giderlerinden sorumluluğu bulunmadığına dair verilen direnme kararı usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 09.05.2007
E. 2007/11-214
K. 2007/257

* Maddi tazminat
* Kooperatif Yönetim Kurulu
üyelerinin kendi döneminde
oluşan borçlardan sorumluluğu

Taraflar arasındaki “*maddi tazminat*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Eskişehir 1. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 30.12.2003 gün ve 2003/781 E. 2003/1086 K. sayılı kararın incelenmesi davalılar vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay

11. Hukuk Dairesi’nin 1.3.2005 gün ve 2004/3816 E. 2005/1872 K. sayılı ilamı ile, (...Davacı (karşı davada davalı) vekili, davalıların 16.02.1997-22.02.1998 döneminde müvekkili kooperatif yönetim kurulu üyeleri olup, yapıları usulsüzlüklerle kooperatifin zarara uğratıldığını, 31.05.1998 tarihli olağan genel kurul toplantısında davalıların ibra edilmeyerek, haklarında sorumluluk davası açılmasına karar verildiğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla (40.000.000.00) TL’nin faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı V.F. vekili, müvekkilinin yönetimde yer aldığı dönemde imzasıyla yapılan tek işlemin, bankadan kredi çekilmesi olduğunu, bu paranın da SSK’ya olan prim ve vergi borçları ile yapılan imalata harcadığını belirterek, davanın reddini istemiş, birleşen davasında ise, ortak olarak yatırdığı paranın faiziyle tahsilini istemiştir.

Davalı M.E. vekili, davacı iddialarının yersiz olduğunu belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Davalı K.K. vekili, müvekkilinin 16.02.1997 tarihinde göreve geldikten sonra, kooperatifte yapılan usulsüzlüklerden rahatsız olarak 04.08.1997 tarihinde yönetim kurulu üyeliğinden istifaen ayrıldığını, müvekkilinin kooperatif zararına olan işlemlerden imzası bulunmadığı gibi, bilgisi ve kusurunun da olmadığını belirterek, müvekkil açısından davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, dosyadaki kanıtlar ve bilirkişi asıl ve ek raporlarına nazaran, davalıların yönetim kurulu üyeliği görevlerini gereği gibi yapmayarak kooperatifi toplam (39.664.387.696) TL

zarara uğrattıkları, bu zararın (20.584.571.172) TL'nin yeni yönetime teslim edilmeyen paralar, SSK ve vergi dairesine geç ödemedi kaynaklanan faiz toplamı olup, davalılardan K.'nin bu zararın görevde kaldığı dönemine isabet eden (9.376.799.267) TL'den sorumlu olacağı, (14.792.392.227) TL'lik bölümden davalı M. E.'nin, inşaat harcamaları ve ayrılan ortaklara tek imzalı olarak verilen borç senetlerinden doğması nedeniyle bu şahsın tek başına sorumlu olacağı, yine (456.080.000) TL tutarındaki kooperatife ait malzemenin bu şahıs tarafından götürüldüğü gerekçeleriyle, davanın kısmen kabulü ile (39.664.387.696) TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek faiziyle davalılardan alınıp davacıya verilmesine, bu miktarın (15.248.472.222) TL'den davalılardan M. E.'nin tek başına, bakiye (24.415.915.469) TL'den müştereken ve müteselsilen, davalı V. F.'nin (24.415.915.469) TL'den, davalı K.K.'nin (9.376.799.267) TL'den müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağına, birleşen davanın kabulü ile (605.000.000) TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte davalıdan alınarak bu davanın davacısı V. F.'ye verilmesine karar verilmiştir.

Karar, davalılar vekillerince ayrı ayrı temyiz edilmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalılardan M. E. ve V. F. vekillerinin tüm, davalı K. K. vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davalılardan K. K., davacı kooperatifin yönetim kurulunda 16.02.1997-07.08.1997 tarihleri arasında görev yapmış olup, sorumluluğu da bu dönemle sınırlıdır. Mahkemece, bu davalının sorumluluğuna ilişkin diğer alacak kalemlerine yönelik yapılan hesaplamada bir yanlışlık yok ise de, adı geçen görev yaptığı dönem belirli olduğundan, salt vergi dairesi ve SSK'ya fazladan yapılmak zorunda kalınan ödemeler nedeniyle oluşan zararın davalının görev yaptığı dönemden kaynaklanıp, kaynaklanmadığının, kaynaklanıyorsa davalının sorumluluğunu gerektirir miktarın, vergi dairesi ve SSK'dan getirtilecek kayıtlarla tereddütsüz biçimde belirlenmesi mümkünken bu hususta yeterli araştırma yapılmaksızın davalı K. K.'nin bu kalemden kaynayan kooperatif alacağından sorumlu tutulması doğru olmamış ve kararın açıklanan nedenle davalılardan K. K. yararına bozulmasına karar ver-

mek gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmele, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURUL KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre,

Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi

T. 15.02.2010
E. 2010/669
K. 2010/2180

* **Avukat kimliklerinin
tüm resmi ve özel kuruluşlarca
kabul edilecek resmi bir
kimlik belgesi olması.**
(Av. K. m. 9)

Dava dilekçesinde 5050 TL maddi-manevi tazminatın faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir Mahkemece davanın 500 TL üzerinden kısmen kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Uyuşmazlığa konu alacak miktarı 1.400 TL'yi geçmemektedir.

HUMK'nın 21.07.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5219 Sayılı Yasa ile değişik 427. maddesi uyarınca bu gibi kararlara karşı temyiz yolu-

na başvurulamayacağından, 1.6.1990 gün ve 1989/3 E-1990/4 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı uyarınca temyiz İsteminin REDDİNE, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 15.02.2010 günü oybirliği ile karar verildi.*

ANKARA 8. SULH HUKUK MAHKEMESİ

ESAS NO : 2009/762

KARAR NO : 2009/1545

Maddi ve manevi tazminat davasının Mahkememizde yapılan açık yargılaması sonunda;

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ

Davacı vekili dava dilekçesinde; S. Ç. vekili Av. S. E. sıfatı ile gönderilen 50,00 TL tutarındaki parayı almak üzere postaneye giden davacının avukatlık kimliği belgesini kimlik belgesi olarak kabul edilmediğini parayı alamadığını, neden kabul edilmediğini, davalı kuruma sorduğunda davalının 20.03.2009 tarihli cevabında “Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terör Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Yönetmeliği”nin 6. maddesinde kimlik belgesi olarak nüfus cüzdanı ehliyet ve pasaportun sayıldığı, diğer belgelerin kimlik olarak kabul edilmediği gerekçesinin gösterildiğini avukatlık kanununun 29.maddesinde avukatlara tek tip kimlik belgesi verileceği ve 8. maddede avukat kimliklerinin tüm resmi ve özel kuruluşlar tarafından kabul edilecek resmi kimlik hükmünde olduğu hükmüne aykırı davranılarak yapılan haksız işlemde 2000-2002 yıllarında Ankara Baro Başkanlığı görevini de yürüten davacının rencide olduğunu, onurunun zedelendiğini iddia ederek alınamayan havale tutan 50,00 TL. maddi tazminat ile 5.000.00 TL. manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalıdan alınmasına karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili 08.05 2009 tarihli cevap dilekçesinde; 4208 sayılı Kara

* Ankara 8. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 24.07.2009 tarihli ve 2009/762-E, 2009/1545-K sayılı kararının temyizi üzerine verilen kararın anlaşılabilirliği için atılan yerel mahkeme kararını da yayımlıyoruz.

Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun'un uygulanmasını gösterir yönetmeliğin 6. maddesine göre işlem yapıldığını, avukat kimliğinin yönetmelikle geçerli sayılan nüfus hüviyet cüzdanı, sürücü belgesi ve pasaport gibi tanınmış olmadığını, akçeli işlerle uğraşan tüm kurumlarla ilgili uygulamanın aynı yönde olduğunu, Danıştay 8. Dairesi'nin 2005/1614 esas, 2006/1140 sayılı kararında da avukat kimliklerinin kimlik belgesi olarak sayılmadığını savunmuş davanın reddini istemiştir.

Davacı vekili delil olarak havale kağıdına, PTT Genel Müdürlüğü'nün 20.03.2009 tarihli cevap yazısına ve bilirkişi İncelemesine dayanmış, davalı vekili Danıştay kararına dayanmıştır.

Avukatlık Kanunu'nun 8. maddesinde avukat kimliklerini tüm resmi ve özel kuruluşlarca kabul edilecek resmi kimlik belgesi olduğu, amir hüküm olarak yürürlüktedir. Buna rağmen 4208 sayılı Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun'un uygulanmasına dair yönetmeliğin 6. maddesi de yürürlüktedir. Ancak kanun ve yönetmelik çeliştiğinde kanun uygulanır. Devlet avukat kimliğini kanunla resmi belge saydığı halde yönetmelikte kimlik belgesi olarak saymamıştır. PTT'nin talebi reddetmesinde yönetmeliğe aykırılık bulunmamaktadır. Ancak kanun ihlal edilmiştir. Tereddüt halinde davacının kimliği araştırılarak avukat olup olmadığı öğrenilebilir. Gerçeğe ulaşmadan işlem yapılmaması yani havale parasının ödenmemesi avukat için de geçerli kimlik belgesini ibraz eden başkaları için de rencide edicidir. Anayasaya ve Avrupa İnsan Haklarına Sözleşmesi'ne de aykırıdır. Duyulan manevi üzüntünün giderilmesi ve davalı kurumun yanlış işlem yaptığının tespiti için BK'nın 49. maddesi uyarınca uygun bir meblağa hükmetmek gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan gerektirici nedenlerle;

1- Davanın kısmen kabulüne, maddi tazminat talebinin reddine, 500,00 TL. Manevi tazminatın olay tarihi 20.03.2009 tarihinden itibaren işleyecek kanuni faizi ile davalıdan alınıp davacıya ödenmesine, fazla talebin reddine,

2- Yargılama giderlerinin kabul ve ret oranında paylaşılmasına,

3- Harçlar Kanunu gereğince alınması gereken 27,00 TL nispi ilam harcının peşin harçtan mahsubuna artan 41.20 TL'nin karar kesinleşti-

ğinde istek halinde davacıya iadesine.

4- Davacı tarafından yatırılan 36,80TL harcın davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

5- Kabul edilen miktar üzerinden AAÜT uyarınca hesaplanan 310,00 TL maktu vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

6- Reddedilen miktar üzerinden AAÜT uyarınca hesaplanan 546,00 TL nispi vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

7- Davacı tarafından yargılama gideri olarak yapılan 9,60 TL davetiye giderinden davanın kabul ve ret oranına göre 0,95TL'nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, kalan kısmın davacı üzerinde bırakılmasına,

Dair, davacı vekili ile davalı vekilinin yüzüne karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren 8 gün içinde Yargıtay yolu açık olmak üzere verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı. 24/07/2009

DANIŞTAY KARARLARI

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu*

T. 18.2.2010

E. 2010/114

K. 2010/247

Özeti: Danıştay dava daireleri ile idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarına karşı tebliğ tarihini izleyen otuz gün içinde Danıştay'da temyiz yoluna başvurulabilir. Yasa'da yazılı sürelerin bitmesinin çalışmaya ara verme zamanına rastlaması halinde, bu sürelerin, ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren yedi gün uzamış sayılacağı öngörülmüştür. Danıştay dairelerinin her sene Ağustos'un birinden Eylül'ün beşine kadar çalışmaya ara vermesi öngörülmüş; böylece ara vermenin son günü Eylül'ün dördü olarak belirlenmiştir.

İstemin Özeti: Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 7.4.2009 günlü, E: 2006/5892, K:2009/3852 sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi: Gonca Temizhan

* Bkz. Haberler bölümü s. 15.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 14. maddesi uyarınca Tetkik Hakimi'nin açıklamaları dinlenildikten sonra gereği görüldü:

Karar: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 46. maddesinin 2. fıkrasında, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde, Danıştay dava daireleri ile idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarına karşı tebliğ tarihini izleyen otuz gün içinde Danıştay'da temyiz yoluna başvurulabileceği belirtilmiş, aynı Yasa'nın 8. maddesinin 3. fıkrasında da, bu Yasa'da yazılı sürelerin bitmesinin çalışmaya ara verme zamanına rastlaması halinde, bu sürelerin, ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren yedi gün uzamış sayılacağı öngörülmüştür.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 86. maddesinin, 1.1.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5219 sayılı Yasa'yla değişik 1. fıkrasında ise, Danıştay dairelerinin her sene Ağustos'un birinden Eylül'ün beşine kadar çalışmaya ara vermesi öngörülmüş; böylece ara vermenin son günü Eylül'ün dördü olarak belirlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Danıştay Onüçüncü Dairesinin temyize konu kararının 27.7.2009 günü davacı vekiline tebliğ edildiği, otuz günlük temyiz süresinin bitiminin çalışmaya ara verme zamanına rastladığı, bu nedenle sürenin, ara vermenin sona erdiği günü, yani Eylül'ün dördünü izleyen tarihten itibaren 11.9.2009 cuma günü çalışma saati bitimine kadar uzadığı; ancak davacının bu süre geçtikten sonra, 14.9.2009 gününde kayda geçen dilekçeyle temyiz isteminde bulunduğu anlaşılmaktadır.

Sonuç: Bu durumda, Yasada öngörülen süre geçirildikten sonra yapılan temyiz başvurusunun incelenmesi olanağı bulunmadığından, davacının isteminin süre aşımı nedeniyle reddine, 18.02.2010 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

Karşı Oy: 2575 sayılı Danıştay Yasası'nın 86. maddesinin 1. fıkrası çalışmaya ara verme süresinin kısaltılması amacıyla yeniden düzenlenerek, Danıştay dairelerinin her sene Ağustos ayının birinden Eylül'ün beşine kadar çalışmaya ara vermeleri öngörülmüştür. Bu kuralda çalışmaya ara verme süresi, bu sürenin başladığı ve sona erdiği

gün açıkça gösterilerek belirlenmiştir. Yani, çalışmaya ara vermenin "...Eylül'ün beşine kadar..." süreceği ifade edilerek, Eylül'ün beşi çalışmaya ara vermenin sona erdiği gün olarak gösterilmiştir. Dolayısıyla Danıştay dairelerinin Eylül'ün altısında çalışmaya başlayacakları hususunda duraksama bulunmamaktadır. Nitekim sözü edilen düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten bu yana uygulamanın da bu doğrultuda olduğu bilinen gerçektir.

Belirtilen durum karşısında, davacının Yasa'da öngörülen süre içinde temyiz isteminde bulunduğu sonucuna ulaşıldığından, karara katılmıyoruz.

* * *

Danıştay Sekizinci Daire*

T. 21.05.2010

E. 2009/3867

K. 2010/2806

Kararın Düzeltilmesi İsteminde Bulunan: Türkiye Barolar Birliği

Vekili: Av. ...

Karsı Taraf: ...

Vekili: Av. ...

İstemin Özeti: Avukat olan davacıya disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin Ankara Barosu Disiplin Kurulunun 28.12.2005 gün ve E:2005/124, K:2005/149 sayılı işleminin kaldırılarak uyarma cezası verilmesine ilişkin Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunun 04.11.2006 gün ve E:2006/293, K:2006/371 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; dava konusu işlemi iptal eden Ankara 15. İdare Mahkemesinin 29.05.2008 gün ve E:2007/731, K:2008/795 sayılı kararını temyizden inceleyerek bozulması istemini süre aşımı nedeniyle reddeden Dairemizin 19.11.2008 gün ve E:2008/10016, K:2008/7347 sayılı kararının, hukuka aykırı olduğu öne sürülerek, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 54. maddesi uyarınca düzeltilmesi istemidir.

* Bkz. Haberler bölümü s. 15.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Emine Ferdane PANDIR'ın Düşüncesi: İstem reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Yücel BULMUS'un Düşüncesi: Uyuşmazlık davacıya verilen uyarma cezasının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince verilen iptal kararına karşı yapılan temyiz başvurusu süresinden reddedilmiş olup bu kararın düzeltilmesi istenilmektedir.

Karar düzeltme dilekçesi ve eki belgelerin incelenmesinden, idare mahkemesi kararının davalı birlige 6.8.2008 tarihinde tebliğ edildiği, buna göre temyiz süresinin son gününün adli tatilin son günü olan 5 Eylül'e denk geldiği, bu günün aynı zamanda hafta sonuna da denk gelmesi nedeniyle sürenin 1 hafta uzadığı göz önüne alındığında 12.9.2008 tarihinde yapılan temyiz başvurusunun süresinde olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenle karar düzeltme isteminin kabulü ile dairenin temyiz kararının kaldırılarak hukuka uygun idare mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay 8. Dairesi'nce işin gereği görüşüldü:

Danıştay Dava Daireleri ve İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulları tarafından verilen kararlar hakkında karar düzeltilmesi yoluna başvurulabilmesi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 54. maddesinde yazılı nedenlerin bulunmasına bağlıdır.

İstemde bulunan tarafından öne sürülen düzeltme nedenleri ise sözü edilen maddede belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymadığından, yasal dayanağı olmayan düzeltme isteminin reddine, yargılama giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına 21.05.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 24.04.2009
E. 2009/70
K. 2009/213

*** İkinci avukatın işi kabul etmeden önce ilk vekalet verilen avukata yazıyla bilgi verme yükümlülüğü**
(TBB Meslek Kuralları m. 39)

Şikâyetçi avukatın Ankara 6. Asliye Hukuk mahkemesi'nin 2004/449 esas sayılı davasında davacı vekili olarak görev yapmakta iken Av. L. H. Y ve Av. T. Ü'in davayı birlikte takip etmek üzere izin istedikleri ve kendisinin de buna muvafakat verdiği, davayı birlikte takip etmekte oldukları halde, şikâyetli avukatın, 28.02.2008 tarihli duruşmaya kararlaştırılan duruşma saatinden önce Av. T. Ü ile birlikte girerek aldırıldığı, saatinde geldiğinde durumu öğrendiği, eylemin Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 39. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla yapılan şikâyet üzerine açılan disiplin kovuşturması sonucunda eylem sabit görülmeyle "Disiplin cezası tayinine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, davayı takip eden Avukat L. H. Y ve Avukat T. Ü'ye 18.1.2007 tarihinde yazılı bilgi verdiğini, 19.01.2007 tarihli cevapla istemin kabul edildiğinin bildirildiğini, bunun üzerine 22.01.2007 de vekâletnamesini dosyaya sunduğunu beyan etmektedir.

Dosya içerisinde, şikâyetli avukatın 18.01.2007 tarihli yazı ile Avukat L. H. Y. ve Avukat T. Ü'ye, Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin

2004/449 esas sayılı dosyasında, muvafakatleri halinde vekâlet sunarak birlikte çalışmak istediğini bildirdiği, 19.01.2007 tarihli Avukat L. H. Y. imzalı yazıda da ilgili dosyada birlikte çalışmaktan memnuniyet duyacaklarının bildirildiği görülmektedir.

Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/449 esas sayılı dosyasın fotokopisi Mahkeme'den getirtilerek dosya içerisine konulmuştur. Buna göre davanın şikayetçi avukat tarafından açıldığı, davacı şirketin, Yenimahalle 5. Noteri'nin 01.06.2005 tarih 16258 sayılı vekaletnamesi ile Avukatlar L. H. Y, T. Üç ve M. L. A.'yı vekil tayin ettiği, davanın bu aşamasından sonra şikayetçinin davayı bu avukatlar ile birlikte takip ettiği, şikayetli avukatın 22.01.2007 tarihli dilekçesi ekinde, davacı şirketin Ankara 59. Noteri'nin 04.08.2006 tarih 4605 sayılı vekaletnamesini sunduğu, davanın 28.02.2007 tarihli duruşmasına davacı vekilleri olarak Avukat T. Ü. ve Av. C. G.'nin katıldıkları, bu duruşmada davanın reddine karar verildiği, tutanak altında, davacı vekili Avukat S. E.'nin saat 11.00' de geldiğinin yazılı olduğu görülmektedir.

Şikâyetçi avukatın bilgisi dâhilinde Avukat L. H. Y. ve Avukat T. Ü., davada davacı vekili sıfatı ile göreve başlamışlar ve son duruşmaya kadar şikâyetçi avukat ile birlikte davada yer almışlardır. Bu durumda davacı vekili olarak birden fazla avukat, usulüne uygun olarak görevli ve yetkili bulunmaktadır. Davanın birden fazla avukat tarafından yürütülmekte olması halinde dahi, avukatların bağımsızlığı esas ve birbirlerine karşı üstünlüklerinden söz edilmesi mümkün değildir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 39. maddesine göre, *"İş sahibi anlaşmayı yaptığı avukattan sonra ikinci bir avukata vekâlet vermek isterse, ikinci avukat işi kabul etmeden önce ilk vekâlet verilen avukata yazı ile bilgi vermelidir."*

Maddenin düzenlemesinde ilk ve ikinci avukat tabirleri sayısal bir niteleme olarak değil, davada sonraki avukattan önce görev yapmakta olan avukat anlamında kullanılmıştır. Davayı takip etmekte olan birden fazla avukat mevcut ise bunların tamamına bilgi verilmesi zorunluluğunu gösteren bir ifade bulunmadığı gibi, maddenin konulmasında aranan etik değerlerin korunması ve mesleki dayanışma açısından da böyle bir gereklilik düşünülemez. Aksi halde, önceki vekâletnamelerde ismi geçen bütün avukatlara ayrı ayrı bilgi verme zorunluluğu, müvekkilin haklarını da kısıtlar bir sonuca ulaşacaktır.

Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu'nun eylemin disiplin suçu oluşturmadığına ilişkin kabulünde hukuki isabetsizlik bulunmamış, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak şikâyetçi Avukat S.E.'nin itirazının reddine, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun "*Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına*" ilişkin kararının onanmasına katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 24.04.2009
E. 2009/71
K. 2009/214

*** Avukatın vekâletnameden azledilip dosyadan çekilmiş olmasının, avukatı özenli davranma yükümlülüğünden kurtarmaması**
(1136 sayılı Av. K. m. 34, 38/b, 134; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4, 36)

Şikâyetli avukat hakkında, ücret ve masraf almasına karşın 7 adet çek hakkında ödeme yasağı ve iptal davası açması gerekirken dava açmadığı, şikâyetçi aleyhine Ayancık İcra Müdürlüğü'nün 2007/386 Esasında takip açtığı, Ayancık İcra Müdürlüğü'nün 2007/18 Esasında açtığı takibi gerektiği gibi takip etmediği, eylemleriyle Avukatlık Kanunu'nun 34, 38/b, 134, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3, 4, 36. maddelerine aykırı davrandığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat azil nedeninin Akbank lehine, şikâyetçi aleyhine olan Ayancık İcra Müdürlüğü'nün 2007/386 Esasında açtığı takip olduğunu, bu takibi bilerek açmadığını, Banka lehine seri olarak açtığı takiplerden biri olması nedeniyle fark edemediğini, fark eder etmez 04.07.2007 tarihinde İcra Müdürlüğü'ne talepte bulunarak bu dosyaya mahsus olmak üzere vekillikten çekildiğini, 24.01.2007 tarihli dilekçe ile Akbank Ayancık şubesi nezdinde müracaatta bulunarak 7 adet çek hakkında TTK'nın 711/3. maddesi uyarınca ödeme yasağı koyduğunu, bu çeklerden davayı kazanma şansı olduğu için sadece A. A.

çeki hakkında Ayancık Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2007/50 Esasında kayıtlı dava dışında açmadığını, esasen yazılı talimat verilmemesi nedeniyle diğer çeklerle ilgili dava açmadığını, açsa dahi bu davaların redde mahkûm olduğunu, bu hususu şikâyetçinin de bildiğini, Ayancık İcra Müdürlüğü'nün 2007/18 Esasında açtığı takipte görevini tam olarak yaptığını, Ayancık İcra Ceza Mahkemesi'nin 2007/67 Esasında borçlu S. Y. hakkında mal beyanında bulunma nedeniyle açtığı davayı takip ettiğini, suçsuz olduğunu savunmuştur.

İncelenen dosya kapsamından; şikâyetli avukatın Ayancık Noterliği'nin 05.07.2007 gün ve 1877 yevmiye no.'lu azilnamesi ile azledildiği ve 06.07.2007 tarihinde şikâyetli avukata tebliğ edildiği,

Savunmada 04.07.2007 tarihinde Ayancık İcra Müdürlüğü'nün 2007/386 Esas sayılı dosyasında Akbank vekilliğinden çekildiğinin bildirilmesine karşın bu çekilmenin 06.07.2007 tarihinde olduğu,

Ayancık İcra Ceza Mahkemesi'nin 2007/67 Esasında Ayancık İcra Müdürlüğü'nün 2007/18 Esasında açılan takiple ilgili olarak devam etmekte olan mal beyanında bulunmama nedeniyle yapılan şikâyetten, azilden sonra 25.06.2007 tarihli dilekçe ile vazgeçilmesi nedeniyle davanın düşmesine karar verildiği,

Ayancık Akbank Şubesi Müdürlüğü'ne verilen 24.01.2007 tarihli dilekçe ile 7 adet çek hakkında "müvekkilinin elinden rızası dışında çıktığı" bildirilerek TTK m. 711. uyarınca ödeme yasağı konulması için talimat verildiği, bu çeklerden A.A. çeki hakkında Ayancık Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2007/50 Esasında kayıtlı dava dışında dava açılmadığı, bu davanın da 20.05.2008 günlü kararla reddine karar verildiği,

Ayancık İcra Müdürlüğü'nün 2007/386 Esasında şikâyetçi aleyhine Akbank vekili olarak takip açtığı, azilnamenin tebliği üzerine 06.07.2007 tarihinde vekâletten çekildiği,

Ayancık İcra Müdürlüğü'nün 2007/18 Esasında açtığı takipte 22.02.2007 tarihinde 57 GE plaka sayılı vasitanın haczi için Türkeli İcra Müdürlüğü'ne talimat yazılarak haciz talebinde bulunduğu, şikâyetlinin yokluğunda yapılan haciz işlemi ile aracın bulunmaması nedeniyle talimatın bila infaz iade edildiği, aynı tarihte Trafik ve Tescil Denetleme Müdürlüğü'ne yazı yazılarak kayden haciz

talebinde bulunulduğu, 15.05.2007 günü Trafik ve Tescil Denetleme Müdürlüğü'ne yazı yazılarak aracın görüldüğü yerde muhafaza altına alınması için talepte bulunulduğu,

Şikâyetçi aleyhine Ayancık Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2007/43 Esasında açılan karşılıksız çek keşide etme suçundan açılan kamu davasında Mahkeme'nin 27.02.2008 tarihli kararı ile *"Mahkememizce yapılan yargılama sonucunda; sanık müdafii müvekkilinin ibraz tarihinden önce bankaya çekin ödenmemesi için yazılı talimat vererek muhatap bankayı ödemedi men ettiğini ileri sürmüş ise de 3167 sayılı yasanın 16/b-2 maddesinde belirtilen ödeme yasağı kavramı, mahkemelerce verilen ve çek bedelinin bloke edildiği ödeme yasağı kararlarını ifade etmekte olup, keşidecinin TTK'nun 711/3 maddesine dayanarak mahkemeden karar istemeksizin verdiği ödemeden men talimatı şikâyet hakkının doğumuna etki etmeyecek ve tek başına suçun oluşumunu etkilemeyecektir (10 CD. 18.06.2007 gün ve 2007/6016-7436) Yine sanık tarafından katılan aleyhine açılan menfi tespit davası ibraz tarihinden sonra açıldığı için sanık lehine bekletici mesele yapılmamıştır. (İbraz tarihinden önce menfi tespit ve iptal davası açılmışsa bu davaların sonucu beklenerek sonucuna göre karar verilmelidir.10. CD'nin 11.07.2005 gün ve 2004/24731, 2005/8404)"* gerekçesi ile mahkûmiyetine karar verilmiş olduğu, görülmektedir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun şikâyetli avukatın Avukatlık Kanunu'nun 34, 38/b maddelerine aykırı davranıp davranmadığıdır.

Şikâyetli avukatın 24.01.2007 tarihli dilekçe ile dökümünü yaptığı 7 adet çek hakkında Akbank Ayancık Şubesine müracaatta bulunmuş olması karşısında, A.A. çeki dışında diğer çekler için dava açılması hususunda yazılı talimat verilmediği savunması inandırıcı bulunmamıştır. Bankaya yapılan bildirimden hemen akabinde Mahkeme'den karar alınmaksızın müvekkil yararının korunamayacağı da açıktır. Nitekim gerekçesi yukarıda alınan Ayancık Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2007/43 Esas sayılı kararından da görüldüğü üzere tedbir, menfi tespit veya iptal davası açılmamışsa, bu yasağın müvekkil yararına, sonuca giden bir faydasının olmadığı açıktır. Nitekim ödeme yasağı bildirilmesine karşın, şikâyetçi aynı çekten mahkûm olmuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.04.2007 gün ve 2007/13-198 Esas, 2007/199 Karar tarihli kararında bildirildiği üzere, *"Vekâlet söz-*

leşmesi sonucu itibarıyla bir itimat ilişkisi olduğundan vekâlet konusunun yerine getirilmesinde vekile düşen başlıca yüküm, onu özen ve sadakatle ifa etmesidir. Kural olarak meslek sahibi kimseler ve bu arada avukatlar, genellikle bilinen ve kabul edilen kural ve usulleri bilmedikleri takdirde sorumlu olurlar. Avukatın görevi olayları mantiki şekilde değerlendirerek bütün öngörülmesi gerekli şeyleri dikkate almaktır. Vekil genellikle üzerine aldığı işi doğruluk kurallarına uygun biçimde özenle yapmalıdır. Mesleğinin gerektirdiği uzmanlığın bütün gereklerini kullanmalıdır. Buna rağmen sonucu elde edemezse ancak o takdirde sorumluluktan kurtulmuş olur.” içtihadı da bankaya bildirimden başka hiçbir işlem yapmayan şikâyetlinin kusurlu olduğunun en açık kanıtıdır.

Ayancık İcra Ceza Mahkemesi'nin 2007/67 Esasında Ayancık İcra Müdürlüğü'nün 2007/18 Esasında açılan takiple ilgili olarak devam etmekte olan mal beyanında bulunamama nedeniyle yapılan şikâyetten, azilden sonra 25.06.2007 tarihli dilekçe ile vazgeçilmesi nedeniyle davanın düşmesine karar verildiği görülmektedir. Azilden sonra avukatın bu talepte bulunamayacağı açık olduğu gibi, yazılı bir talimat verildiğine ilişkin belge de sunulmamıştır.

Ayancık İcra Müdürlüğü'nün 2007/386 Esasında şikâyetçi aleyhine Akbank vekili olarak takip açtığı, azilnamenin tebliği üzerine 06.07.2007 tarihinde vekâletten çekildiği görülmektedir. Bu da Avukatlık Kanunu'nun 38/b ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 36. maddesine aykırılıktır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 03.10.2000 tarih ve 2000/6961-7836 sayılı kararında da, “Avukatlık, karşılıklı güven ve sadakat isteyen bir meslek olup, vekâlet de bu inanç doğrultusunda verilir. Davalı avukat, davacının bu inancını kötüye kullanarak hasım tarafın kendisini vekil tayin etmesine karşı koymamış, onun vekilliğini üstlenmiştir. Bu durum müvekkil davacının davalı avukatına karşı beslediği güvenin sarsılmasına neden olduğunun kabulünde duraksamaya yer yoktur. O nedenle davacı müvekkil salt bu nedeni ileri sürmek suretiyle dahi azilde haklıdır.” denilmek suretiyle Avukatlık Kanunu'nun 38/b ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarınının 36.maddesinin, salt öğrenilen sırların önceki müvekkile karşı kullanılmasını önlemek amacıyla değil, karşılıklı güven ve sadakat nedeniyle de konulmuş bulunduğunu açıkça belirtmektedir.

Nitekim şikâyetli avukatın takip nedeniyle azledildiği savunması da karar içeriğini doğrulamaktadır. Azilnamenin tebliğinin hemen akabinde dosyadan çekilmiş olması avukatı mesleğin icrasında daha özenli davranması yükümlülüğünden kurtarmaz.

Bu nedenlerle disiplin kovuşturmasına konu eylemlerin Avukatlık Kanunu'nun 34, 38/b, 134, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3, 4, 36. maddelerine aykırı olmakla disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin hukuksal değerlendirme ve sicil durumuna göre Avukatlık Kanunu'nun 158. maddede öngörülen ilkeler göz önünde bulundurularak tayin ve takdir olunan disiplin cezasında hukuka aykırılık görülmemiş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli Avukat İ.K.'nın itirazının reddine, Sinop Barosu Disiplin Kurulu'nun "*üç ay süre ile işten yasaklama cezası verilmesine*" ilişkin kararının onanmasına, katılanların oybirliği ile karar verildi.

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 24 Nisan 2010/27561

5981 Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 13 Mayıs 2010/27580

5982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 13 Haziran 2010/27610

5983 Kooperatifler Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5984 Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5985 Türkiye Cumhuriyeti ile İrlanda Arasında Gelir ve Sermaye Değer Artış Kazançları Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşmasının ve Eki Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5986 Asya-Pasifik Uzay İşbirliği Örgütü (APSCO) Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5987 İslam Ülkeleri Standartlar ve Metroloji Enstitüsü (SMIIC) Tüzüğünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5988 Milletlerarası İmar ve Kalkınma Bankasının Ana Sözleşmesinde Değişikliğin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

- 5989 Türk Dili Konuşan Ülkeler İşbirliği Konseyinin Kurulmasına Dair Nahçıvan Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun
- 5990 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kore Cumhuriyeti Hükümeti Arasında İktisadi Kalkınma İşbirliği Fonu Kredilerine İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5991 Türkiye Cumhuriyeti ile Bosna ve Hersek Arasındaki Serbest Ticaret Anlaşmasının Değiştirilmesi Hakkında Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5992 Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığının COBRA Topçu Tespit Radarı Müşterek Programının Hizmet Safhasına Katılımı İçin 2 Şubat 2004 Tarihli Mutabakat Muhtrasında Yapılan 2 Numaralı Değişikliğin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5993 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Sırbistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Altyapı Projelerinde İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5996 Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu

YÖNETMELİKLER

RG 16 Nisan 2010/27554

- Kaplıcalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kafkas Üniversitesi Engelli Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 17 Nisan 2010/27555

- Milli Eğitim Bakanlığı İlköğretim ve Orta Öğretim Kurumları Sosyal Etkinlikler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tütün Ürünlerinin Tüketilmemesine ve Satışına İlişkin Yasal Uyarılar Hakkında Yönetmelik
- Kamu İdarelerinin Denetim Elemanlarınca Yapılacak Tespitler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Üniversitelerde Akademik Teşkilat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Nisan 2010/27556

- Anadolu Üniversitesi Sivil Havacılık Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Koç Üniversitesi Sosyal Politika Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Pamukkale Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 19 Nisan 2010/27557

- Ankara Üniversitesi Ölçme ve Değerlendirme Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Dokuz Eylül Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hacettepe Üniversitesi Sosyal Sorumluluk Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 21 Nisan 2010/27569

- Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Balıkesir Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Iğdır Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Turgut Özal Üniversitesi Ana Yönetmeliği

RG 22 Nisan 2010/27560

- Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- El Sanatları Eğitim Merkezi Müdürlükleri ve El Sanatları Araştırma Enstitüsü Müdürlüğü Çalışma Yönetmeliği

RG 24 Nisan 2010/27561

- Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ahilik Haftası Kutlamaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yükseköğretim Kurumlarında Önlisans ve Lisans Düzeyindeki Programlar Arasında Geçiş, Çift Anadal, Yan Dal ile Kurumlar Arası Kredi Transferi Yapılması Esaslarına İlişkin Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Müsabaka Yerlerine Serbest Giriş Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Nisan 2010/27562

- Çevre Kanununca Alınması Gereken İzin ve Lisanslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Nisan 2010/27563

- Plato Meslek Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 28 Nisan 2010/27565

- 2010/290 İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gıda ve Yem Amaçlı Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerinin İthalatı, İşlenmesi, İhracaatı, Kontrol ve Denetimine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Nisan 2010/27566

- Bozok Üniversitesi Dil Eğitimi ve Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Celal Bayar Üniversitesi Alerji ve Astım Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İnönü Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Nisan 2010/27567

- İstanbul Üniversitesi Diyabet Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Turgut Özal Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği

RG 01 Mayıs 2010/27568

- Karayolları Trafik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Mayıs 2010/27569

- Gazikent Üniversitesi Ana Yönetmeliği

RG 03 Mayıs 2010/27570

- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gaziantep Üniversitesi Toplumsal Duyarlılık Projeleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 04 Mayıs 2010/27571

- Millî Eğitim Şurası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atılım Üniversitesi İngilizce Hazırlık Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 05 Mayıs 2010/27572

- Türk Gıda Kodeksi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atılım Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Organ Nakli Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 06 Mayıs 2010/27573

- Subay ve Astsubay Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği
- Ölçü Aletleri Yönetmeliğinde (2004/22/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Elektrik Mühendisleri Odası Serbest Müşavir Mühendislik Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Mayıs 2010/27574

- Karayolları Trafik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Fizik Mühendisleri Odası Meslek İçi Eğitim, Uzmanlık ve Belgelendirme Yönetmeliği
- Niğde Üniversitesi Yaz Okulu Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 08 Mayıs 2010/27575

- İskân Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sigorta Ekspertleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 09 Mayıs 2010/27576

- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Mayıs 2010/27577

- Süleyman Demirel Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Mayıs 2010/27578

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Elektrik Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Rize Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Mayıs 2010/27579

- Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bitki Sağlığı Önlemlerine Yönelik Ahşap Ambalaj Malzemelerinin İşaretlenmesine Dair Yönetmelik
- Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği

RG 13 Mayıs 2010/27580

- Elektrik Piyasası Yan Hizmetler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Yabancı Dil ve Hazırlık Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 14 Mayıs 2010/27581

2010/229 Yurtdışında Sürekli Görevlendirilecek Personel Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Maliye Bakanlığı Arşiv Hizmetleri Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Yerli ve Yabancı Hava Araçlarına Yapılan Emniyet Değerlendirmelerine Dair Yönetmelik (SHY-SAFA)
- Dicle Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 15 Mayıs 2010/27582

- Millî Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirmelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 16 Mayıs 2010/27583

- İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü Yönetmeliği

RG 17 Mayıs 2010/27584

- Gazi Üniversitesi Turizm Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 20 Mayıs 2010/27586

- Nevşehir Üniversitesi Kadın Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 21 Mayıs 2010/27587

- Millî Eğitim Bakanlığı Yaygın Eğitim Kurumları Yönetmeliği
- Uluslararası Karayolu Taşımacılığı Yapan Araçlarda Kullanılan Takograf Cihazları Hakkında Yönetmelik
- Ev Tipi Buzdolapları, Derin Dondurucular, Buzdolabı Derin Dondurucular ve Bunların Bileşimlerinin Enerji Etiketlemesine Dair Yönetmelikte (94/2/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Mayıs 2010/27588

2010/403 Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sit Alanlarında Kalan Taşınmazların Hazine Taşınmazları ile Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik
- Cumhuriyet Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliği

RG 23 Mayıs 2010/27589

- Kimyasalların Envanteri ve Kontrolü Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fırat Üniversitesi Yapı ve Beton Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 24 Mayıs 2010/27590

- Özel Hastaneler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uşak Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Mayıs 2010/27591

- Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği
- Orman Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Mayıs 2010/27593

- Tarımda İş Aracılığı Yönetmeliği
- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisans Eğitim-Öğretim Süresi ile Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Namık Kemal Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Mayıs 2010/27594

- Gemiadamları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Mayıs 2010/27595

- Türk Silahlı Kuvvetleri Ödül Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Vagon Sanayii A.Ş. Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Mayıs 2010/27596

- Süleyman Demirel Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yalova Üniversitesi Yabancı Dil ve Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 31 Mayıs 2010/27597

- Atatürk Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Haziran 2010/27598

- Millî Savunma Bakanlığı ile Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarına Bağlı Kurumlardaki Döner Sermayenin İşletilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Elektrik Tesisleri Proje Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Profesör Doktor Nurrettin Kaşka Sert Kabuklu Meyveler Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Ekolojik Tarım Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Pamukkale Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 02 Haziran 2010/27599

- Gıda Güvenliği ve Kalitesinin Denetimi ve Kontrolüne Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Özel Huzurevleri ile Huzurevi Yaşlı Bakım Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kastamonu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Haziran 2010/27600

- Jandarma Genel Komutanlığında Görevli Devlet Memurlarının Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Radyasyon Güvenliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Haliç Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Haziran 2010/27601

- Savunma Sanayii Güvenliği Yönetmeliği
- Tarımda Kullanılan Organik, Organomineral Gübreler ve Toprak Düzenleyiciler ile Mikrobiyal, Enzim İçerikli ve Diğer Ürünlerin Üretimi, İthalatı ve Piyasaya Arzına Dair Yönetmelik

- Motorlu Araçların Yeniden Kullanılabilirliği, Geri Dönüştürülebilirliği ve Geri Kazanılabilirliği Hakkında Tıp Onayı Yönetmeliği (2005/64/AT)
- Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği
- Adıyaman Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Ankara Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- İstanbul Aydın Üniversitesi Ana Yönetmeliği
- Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kadir Has Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sabancı Üniversitesi Nanoteknoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 05 Haziran 2010/27602

- Gemi İnşa Yönetmeliği
- Borsa Dışı Teşkilatlanmış Menkul Kıymetler Piyasalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Standartları Enstitüsü Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Haziran 2010/27603

- Karadeniz Teknik Üniversitesi Profesör Doktor Saadettin Güner Yakıt Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 07 Haziran 2010/27604

- İstanbul Üniversitesi Avrupa Birliği Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 08 Haziran 2010/27605

- Enerji Sektörü Araştırma-Geliştirme Projeleri Destekleme Programına (ENAR) Dair Yönetmelik
- Toprak Kirliliğinin Kontrolü ve Noktasal Kaynaklı Kirlenmiş Sahalara Dair Yönetmelik
- Büyük Yakma Tesisleri Yönetmeliği
- Nükleer ve Nükleer Çift Kullanımlı Eşyaların İhracatında İzne Esas Olacak Belgenin Verilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Atatürk Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 09 Haziran 2010/27606

- Ankara Üniversitesi Devlet Konservatuarı Opera-Koro Bölümü Şan Anasanat Dalı Mesleki Hazırlık Sınıfı Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Dokuz Eylül Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Haziran 2010/27607

- Dış Ticaret Müsteşarlığınca Yurt Dışına Lisansüstü Öğrenim Amacıyla Personel Gönderilmesine İlişkin Usul ve Esasların Belirlenmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özürlüler İdaresi Başkanlığı Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afet ve Acil Durum Yönetimi Uzman ve Uzman Yardımcılığı Sınav, Atama, Yetiştirilme, Görev ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Beşeri Tıbbi Ürünler Ambalaj ve Etiketleme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Mustafa Kemal Üniversitesi Kadın Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 11 Haziran 2010/27608

- İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi İhtisas Personeli Sınav ve Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Emeklilik Yatırım Fonlarının Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Amasya Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sinop Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Haziran 2010/27609

- Dış Ticaret Müsteşarlığı Uzman Yardımcılığı Yarışma ve Uzmanlık Yeterlik Sınavı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Personeli Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Personeli Disiplin Amirleri Yönetmeliği

RG 13 Haziran 2010/27610

- Atılım Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erzincan Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Haziran 2010/27611

- Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 15 Haziran 2010/27612

- Denizcilik Müsteşarlığı Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Demiryolu Makinaları Sanayii Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı (KOSGEB) Destek Programları Yönetmeliği
- Milli Prodüktivite Merkezi Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kıymetli Madenler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

Hilmi ŞEKER

Esbab-ı Mucibe'den-Retoriğe

HUKUKTA GEREKÇE

Beta Yayınları, İstanbul 2010

Önsöz, teşekkür, içindekiler, sonsöz, kaynakça ve kavram indeksi ile tam 1594 sayfalık bir eser. Bu eserin analiz ve eleştirisini hatta tanıtımını yapmak başlı başına bir bilimsel çalışma ve gayret gerektiriyor. Bu yazının amacı, Doç Dr. Mustafa T.Yücel'in uyarısı üzerine, bu kapsamlı eserin çıkışını hukukçulara haber vermekten ibaret. İleriki günlerde hukukçuların ve yazarların çalışmalarında güvenilir kaynak olarak göstereceklerine inandığımız bu eserin bilimsel değerlendirilmesi de yapılacaktır. Yapılmalıdır da. Ülkemizde pek çok değerli eser, objektif ve ayrıntılı değerlendirilmeler ile tanıtılmadığı, eleştiri ve tartışmalarla gündemde tutulmadığı için bir süre sonra kitapçı veya kütüphane raflarında unutuluyor ve yazarın emeği kaybolup gidiyor. Bu duygu

ile olsa gerektir ki, yazar, önsözün sonunda "Bu çabanın yazgısını belirleyecek olan sizlersiniz. Anılan çalışmaya yönelik bakışlar ister olumlu, ister olumsuz olsun fark etmez. Kesin olan bir şey var ki, o da bu eleştirilerin açacağı kanalları kullanarak ve de bu uyarılara tutunarak, geleceğin hukukunu ve toplumunu kurgulamanın zerresi olmaya devam edeceğimizdir," diyor.



Kitap sekiz kısımdan oluşuyor: Kısımlar sırasıyla *“Hukuksal Dizgede Gerekçe”* (13–814), *“Hukuk Öğretisinde Gerekçenin Görünümü”* (815–1102), *“Gerekçeli Karar Dil İlişkisi”* (1103–1118), *“Uygulamadaki Sapma Biçimleri ve Sapmaların Genetiği”* (1119–1308), *“Hakem ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz ve Tanınmasına Gerekçe”* (1309–1434), *“Gerekçeli Karar Hakına Aykırılığın Etki ve Sonuçları”* (1435–1488), *“Yargıçların Sorumluluğu”* (1489–1502), *“Sapmaların Nedenleri”* (1503–1518) başlıklarını taşımaktadır.

Yazar, önsözünde, *“Gerekçenin, hukukun üstün olduğu yerlerde bağlayıcı, kara Avrupa’sı hukukunda yönlendirici olduğunu”* söylüyor. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile birlikte *“adil yargılanma hakkının bir parçası olarak, demokratik hukuk devletlerinde gönüllere taht kurduğunu, kendisine gereksinim duyulan her durumda, birey ve toplumun hizmetine hazır hale geldiği, ona duyulan ihtiyacın sönmümlenmesiyle bir adım geriye çekilmeyi bildiğini, gelecekte de kendisine ayrılan kulvarda hedefleri için koşmaya devam edeceğine”* inandığını ekliyor. Bu amaçları ve nitelikleri taşıyan gerekçenin tehlikelerine veya kullanılmasından doğabilecek tehlikelere de dikkat çekiyor. Gerekçenin ortaya çıkmasından bu yana, bazen gücü hapseden bazen de onu yasal ve meşru kılmanın aracı olduğunu, zaman ve mekânı aşarak, devlet ile toplum, toplumu oluşturan aktörler arasında gerilimde, ikna ve teskin edici olmayı benimseydiğini gözlemliyor.

“Temel hak ve özgürlüklerin, demokratik isterlerin ve üstün hukukun emrindeki” gerekçenin, fırsatını yakaladığında *“istisna haline ve hukukuna”* kaynaklık yapması hallerinde *“kuzu postuna bürünen”* bir tehlike olabileceği düşüncesini ileri sürüyor. Koşullar tahakkuk ettiğinde merkeziyetçi, otoriter ve dışlayıcı eğilimlerinin yaratacağı tahribatın yakıcılığını taşıdığını ileri sürüyor.

Sanırım bu kitabı tümüyle okuyup özümsemeden gerekçe hakkındaki düşüncelerimiz noksan kalacaktır. Bütün hukukçulara hatta son zamanlarda görüldüğü gibi hukukçuluğu popülerleştiren herkese temel bilgiler verebileceği inancıyla öneririm.

T.E.

Av. İlker Hasan DUMAN
İNŞAAT HUKUKU

Seçkin Yayınları, 3. Baskı

Kitabın, zengin bir içerikle yayımlanan **üçüncü baskısı**, hukukçuların “inşaat hukuku alanında” önlerine gelecek tüm sorunlarına çözüm bulacağı bir kaynak niteliğindedir.

İkinci baskıda bulunmayan birçok konuya **üçüncü baskıda** yer verilmiştir. Örneğin, imar planlarının değişmesiyle meydana gelen kazanılmış hak, deprem nedeniyle oluşan zararlarda devletin sorumluluğu, imar planı değişikliklerinin sözleşmeye (özellikle de paylaşım) etkisi ve daha birçok

yeni konu ayrıntılı biçimde incelenmiştir. Önceki baskıların bir eksiğini gidererek, **üçüncü baskıda** kamu yapım iş ve sözleşmelerine de (kuruluş, şekil, sona erme, sona ermenin sonuçları, zamanaşımı, tarafların hak ve borçları, yargı yolları vb.) yer verilmiştir.

Kitap, 1450 sayfa olmasına karşın, konuyla ilgili yargı kararları derlemesi, başka bir deyişle yargı kararları deposu niteliğinde değildir. Hukukçular kitapta hem bilimsel bilgiyi, hem de yargı kararlarını bulabilirler.

