

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 Demeği 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.

**Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM
hukuk veri tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye
Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is being permanently indexed
in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.**

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

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından beri çıkmakta olan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmaktadır. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nde, makaleler; Yargıtay, Danıştay, AİHM, Anayasa Mahkemesi kararları, kritikler ve yayın tanıtım yazıları yer almaktadır.
2. Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. **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.

4. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası "yayin@barobirlik.org.tr" adresine gönderilmelidir.
Yazılar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yayın Kuralları'na uygun olmaması durumunda reddedilir.
5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini göndermelidirler.
6. **Yazıların "hakemli makaleler" bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir;** açıklama yer almayan durumlarda "makaleler" bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.
7. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, 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.

8. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.
9. 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.

10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yazı dili Türkçe'dir.
11. Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Kılavuzu* esas alınmaktadır.
12. Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayın haklarına TBB sahip olur.
13. Yazarlara Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtımını Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

- 7 EDITÖRDEN / FROM THE EDITOR**
- 9 HABERLER / NEWS**
- 35 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT**
- HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES**
- 39 Sedat ÇAL**
Hukukta Bilimsel Yaklaşımın Önemi / The Importance of Scientific Approach in Law
- 64 Halil POLAT**
Çocukların Cezai Sorumluluğu ve Yargılanmalarındaki Özellikler Üzerine Bir İnceleme / A Survey on Penal Liability of Mentally Disturbed and the Properties of Their Judgment Process According to Turkish Law
- 102 Emel BADUR / Burcu ERTEM**
Rekabet Kurulu'nun Denetim Yetkisini Kullanma Araçları / The Means of the Competition Authority's Supervisory Powers -Decisions of the Interim Measures, Request for Information and On-the-Spot Inspection-
- 123 Zeynep Derya TARMAN**
İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi / Recognition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards
- 139 S. Sinan KOCAOĞLU**
Suçların Suçu: Soykırım (Genocide) / The Crime of Crimes: Genocide
- MAKALELER / ARTICLES**
- 165 Galma JAHİC / İdil ELVERİŞ**
Müdafiliğe İlişkin Bir Değerlendirme: Değişen Kanunlar, Değişmeyen Sonuç / An Assessment of Criminal Legal Representation: Laws Changed, Results Remained
- 195 M. Yasin ASLAN**
Sırf Askeri Suçlar ve Ceza Hukukundaki Sonuçları / Sole Military Offenses and Their Effect in Criminal Law
- 213 Ş. Cankat TAŞKIN**
Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu / Criminal Violations of the Privacy of Correspondence

- 248 Özlem KOÇAK SÜREN**
Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi "Türk Ceza Kanunu 83. Madde" / Intentionally Homicide by Negligence
- 295 Hasan DURSUN**
Özelleştirme Uygulamalarında Yolsuzluk ve Alınması Gereken Önlemler / Corruption on the Privatization and Measures Has To Be Taken Against to It
- 331 Serkan CENGİZ**
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Eğitim Hakkı / Right to Education in the Light of the Case-Law of the European Court of Human Rights
- 344 Mesut EROL**
Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usullerinden Ruhsat (Lisans, İdari İzin, Yetkilendirme) Yöntemi ve Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Lisans Konusundaki Yetkilerinin Danıştay Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi / Licence (Administrative Permit, Authorization) Method of Fulfillment of the Public Services and Evaluation of Regulatory and Supervisory Authorities' Powers About Licence Within the Framework of the State Council's Decisions
- 379 Pınar AĞCA TOPLANDI**
Teselsül Karinesi / Presumption of Succession
- 395 Metin GÜNDAY, Tuğba BAYMAN, Cem Çağatay ORAK**
Katı Atık Bertaraf Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi / Provision of the Solid Waste Treatment Services by Private Legal Entities
- 420 Talih UYAR**
Takip Hukukunda "Nafaka Borcunu Ödememe" Suçu (İİK m. 344) / Crime Of "Defaulting in Paying Maintenance Allowance" in Enforcement Law (Article 344 Of The Enforcement and Bankruptcy Law)
- KARARLAR / DECISIONS**
- 431 Yargıtay Kararları / Decisions of the Courth of Cassation**
- 448 Disiplin Kurulu Kararları / Decisions of the Disciplinary Committee**
- 461 Avrupa İnsan Hakları MAhkemesi Kararları / Case Law of the European Court of Human Rights**
Lambert /Fransa Davası Çev.: İzmir Barosu Mesleki İngilizce Ç. G.
- 476 YASALAR, TÜZÜKLER, YÖNETMELİKLER / LEGISLATION**
- 499 KİTAPLAR, DERGİLER / BOOKS, PERIODICALS**

editör'den

Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 90. sayısına ulaşmış bulunmaktadır. 2003 Eylül ayında çıkan 48. sayısından itibaren de, her iki ayda bir, bilimsel yazılarla, hiç aksatmadan yayın hayatımız sürmüştür. Aynı anlayışla daha uzun yıllar süreceğine de inanıyorum.

Katkıda bulunan herkese teşekkür borçluyuz.

Bu sayımızda yine ilginç ve güncel hukuk sorunları ile ilgili makaleler bulacaksınız. Ayrıca İzmirli genç meslektaşlarımızın hazırladığı bir AİHM kararı ile Av. Serkan Cengiz'in "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Eğitim Hakkı*" başlıklı makalesi bulunmaktadır. Günümüz dünyasının vazgeçilmez haklarından birisi olarak öne çıkan, ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temel metnince korunmayan eğitim hakkı, Sözleşme'ye ek 1 No.'lu Protokol'ün 2. maddesince kısmen de olsa garanti altına alınmıştır. Sayın Cengiz bu makalesinde Strasbourg Mahkemesi'nin içtihatları ışığında ilgili hakka dair kabul edilen korumanın muhtevası ve kapsamını ortaya koymaktadır.

Dr. Sedat Çal, "*Hukukta Bilimsel Yaklaşımın Önemi*"; Halil Polat, "*Çocukların Cezai Sorumluluğu ve Yargılanmalarındaki Özellikler*"; Zeynep Derya Tarman, "*İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*"; Dr. M. Yasin Aslan, "*Sırf Askeri Suçlar ve Ceza Hukukundaki Sonuçları*"; Hasan Dursun, "*Özelleştirme Uygulamalarında Yolsuzluk ve Alınması Gereken Önlemler*"; Sinan Kocaoğlu, "*Suçların Suçu: Soykırım*"; Dr. Emel Badur, Burcu Ertem, "*Rekabet Kurulu'nun Denetim Yetkisini Kullanma Araçları*"; Mesut Erol, "*Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usullerinden Ruhsat (Lisans, İdari İzin, Yetkilendirme) Yöntemi ve Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Lisans Konusundaki Yetkilerinin Danıştay Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi*"; Pınar Ağca Toplandı, "*Teselsül Karinesi*"; Prof. Dr. Metin Günday, Av Tuğba Bayman, Av. Cem Çağatay Orak, "*Katı Atık Bertaraf Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi*"; Talih Uyar, "*Takip Hukukunda 'Nafaka Borcunu Ödememe' Suçu*" başlıklı makaleleri ile dergide yer almaktadırlar.

Gelecek sayılarımızda buluşmak üzere yeni adli yılın hayırlı olması dileklerimi sunarım.

Teoman Ergül

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi

TUTUKLAMA RAPORU



10 Ağustos 2010, Ankara

ÇIKTI

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

41. KURULUŞ YILDÖNÜMÜNÜ KUTLADI

9 Ağustos 1969 tarihinde kurulan Türkiye Barolar Birliği bu yıl kuruluşunun 41. yıldönümünü kutladı.

Türkiye Barolar Birliği binasında TBB Yönetim, Disiplin ve Denetleme Kurulu üyelerinin katılımı ile yapılan basın toplantısında TBB Başkanı Av. Vedat Ahsen Coşar, TBB Yönetim Kurulu adına güncel konuları da kapsayan şu konuşmayı yaptı:

“Türkiye Barolar Birliği'nin kuruluşunun 41. yıldönümü olan bugün, biz Avukatlar ve barolarımız için önemli ve anlamlı bir gün. Birliğimize daha nice yıllar dileğiyle başladığımız ve barolarımız ile avukat meslektaşlarımıza armağan ettiğimiz 41. Yaş Günü'müz kutlu olsun.

Türkiye Barolar Birliği 7 Temmuz 1969 tarihinde yürürlüğe giren 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'yla yasal, 9-10 Ağustos 1969 tarihlerinde yapılan ilk genel kuruluşla da eylemi olarak kurulmuştur. Kurulduğu günden bugüne kadar geçen ve kurum ve kuruluşlar için çok da fazla olmayan 41 yıl gibi kısa sayılabilecek bir süre içinde aldığı uzun yol, hukuk ve avukatlık mesleği adına elde ettiği kazanımlar sayesinde ülkemizin en saygın, en güvenilir kuruluşları arasındaki mümtaz yerini almıştır.

Kısa zamanda alınan uzun yol, hukuk ve avukatlık mesleği adına elde edilen kazanımlar, ulusal ve uluslararası düzeyde kazanılan saygınlık ve güvenilirlik, hiç kuşku yok ki Türkiye Barolar Birliği'nin başkanlığını yapmış, her biri diğerinden değerli başkanlarımızın ve birlikte görev yaptıkları yönetim kurulu üyelerinin özverili çalışmaları sayesinde olmuştur.

O nedenle Türkiye Barolar Birliği'nin başkanlığını ve yönetim kurulu üyeliğini yapmış olan üstatlarımıza yaptıkları değerli hizmetler için teşekkür eder, vefat eden değerli başkanlarımız rahmetli Faruk Erem'in, Eralp Özgen'in, Teoman Evren'in, Özdemir Özok'un ve yönetim kurulu üyelerimizin aziz hatıraları önünde saygıyla eğiliriz. Deneyimleri ve birikimleriyle bizlere rehberlik etmeyi sürdüren değerli Başkanlarımız Sayın Atilla Sav'a, Sayın Önder Sav'a ve yönetim kurulu üyeliği yapmış değerli üstatlarımıza ise en derin sevgi ve saygılarımızı sunar, daha nice sağlıklı ve uzun yıllar dileriz.

Avukatlık Kanunu'nun 110. maddesinde işaret edildiği üzere, Türkiye Barolar Birliği'nin önde gelen görevleri; avukatlık mesleğinin, baroların, baro üyesi olan meslektaşlarımızın sorunlarını çözmek, onların mesleki yönden ilerlemelerine ve kendilerini geliştirmelerine destek vermek, ülkemiz hukukuna, evrensel hukuka katkı yapmak, yasalardan ülkemizin gereksinimlerine uygun olarak yürürlüğe konulması ve uygulanması yönünde çalışmalarda bulunmak, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, bu kavramlara işlerlik kazandırmaktır.

Sadece kendi yaşamızın bize yüklediği görev ve sorumlulukların bilincinde olan bir kurum olarak değil, aynı zamanda yurttaş ve avukat olmanın bizlere yüklediği görev ve sorumlulukların ayırtında olan bireyler olarak ifade etmek durumundayız ki; savunmanın bağımsızlığı ve özgürlüğü, yargı bağımsızlığı ve yargıç tarafsızlığı, demokrasi, hukuk devleti, temel hak ve özgürlükler, bizlerin üzerinde en fazla duyarlı olduğumuz hususların başında gelmektedir.

Avukat olarak, barolar ve Türkiye Barolar Birliği olarak çok iyi biliyoruz ki; savunmanın

bağımsız ve özgür olmadığı, yargının bağımsız, yargıcın tarafsız olmadığı, demokrasinin egemen, hukukun üstün olmadığı, birey hak ve özgürlüklerinin yeteri kadar güvence altında bulunmadığı bir ülkede avukatlık mesleğinin yapılabilmesi mümkün değildir.

Duyarlı olduğumuzu ifade ettiğimiz bütün bu hususlarla, siyasi ve hukuki bir metin ve aynı zamanda üst norm olan Anayasa arasında doğrudan ilişki bulunmakla, şimdilerde ülkemizin gündeminde bulunan ve referandum sunulacak olan anayasa değişikliği üzerinde durmak, bu konudaki görüş ve düşüncelerimizi kamuoyuyla paylaşmak isteriz.

Yapacağımız bu değerlendirmede, gerek avukat, gerekse barolar ve Türkiye Barolar Birliği olarak bizim kullanacağımız dil, kuşkusuz siyasi taraftarlık ruhu üzerine değil, hukuk üzerine, hukukun evrensel ilkeleri ve değerleri üzerine, anayasacılığın temel ilkeleri üzerine kurulu bir dil olacaktır.

Anayasacılığın özünü 'devletin temel örgütlenmesinin nasıl olacağı, bu bağlamda egemenliğin kullanılmasında hangi organların hangi sınırlar çerçevesinde devlet gücünü kullanacakları' hususundan daha çok, 'birey hak ve özgürlüklerini güvence altına almak için siyasal iktidarın sınırlandırılması' ilkesi oluşturur.

O nedenle bütün modern anayasalar, devletin temel örgütlenmesinden daha çok bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alma ilkesi üzerine yoğunlaşırlar ve bu amaçla temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaları, bu sınırlamaların da sınırını, yani temel hak ve özgürlüklerin özünü düzenlerler.

Bu husus üzerinde öncelikle ve özellikle durmamızın nedeni, ülkemizdeki anayasa ve anayasacılık algısındaki yanlışlığa vurgu

yapmak içindir. Zira ülkemizde anayasa ve anayasacılık, gerek akademik ve entelektüel düzeyde, gerekse siyasetçiler nezdinde, devletin örgütlenmesini esas alan bir disiplin, siyasi ve hukuki bir metin olarak kabul görmektedir.

Anayasacılığın ve anayasa hukukunun ülkemizde bu temelde anlaşılması olgusu kendisini en son yapılan anayasa değişikliklerine ilişkin 5982 sayılı Kanun'un öncesinde ve sonrasında da göstermiş, bu bağlamda anayasa değişiklikleri üzerine bu süreçte yapılan tüm tartışma, eleştiri ve itirazlar, yasanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin değişikliklerinden daha çok, Anayasa Mahkemesi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na ilişkin hükümleriyle siyasi partilerin kapatılmasına yönelik maddeleri üzerinde odaklanmıştır.

Oysaki Türkiye'nin hukuk ve demokrasi yolunda ilerleyebilmesi için önemli olmakla, temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler başta olmak üzere, Batı standartlarına uygun yeni bir anayasaya, parti içi demokrasinin kurulmasına ve işleyebilmesine olanak sağlayacak yeni bir Siyasi Partiler Kanunu'na, seçim barajını kabul edilebilir bir orana indirmek suretiyle temsilde adaleti gerçekleştirecek bir Seçim Kanunu'na gereksinimi vardır.

Dileğimiz önümüzdeki yasama döneminde yüce Parlamento'nun bu konular üzerine odaklanması, iktidarıyla, muhalefetiyle uyum içerisinde çalışarak gereksinim duyulan bu değişiklikleri gerçekleştirmesidir.

5982 sayılı 'Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'a yönelik itiraz ve eleştirilerimize gelince;

· Anayasa'nın özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddesine kişisel verilerin ko-

runmasına ilişkin olarak eklenen fıkra her ne kadar yerinde ise de, yakın geçmişte yaşanan dinleme olayları ve görüntü kayıtları gibi özel hayatın gizliliğine yönelik saldırılar göz önüne alındığında, koruma hususunda çıkarılması öngörülen yasanın esas ve usulleriyle ilgili temel ilkelerin ve sınırların anayasal bir düzenleme ile güvenceye bağlanmamış ve yine kişisel verilerin korunmasının denetimini sağlamak üzere bağımsız bir organın kurulmamış olması, bizce etkili koruma sağlanması konusunda bir eksiklidir.

· Her ne kadar Anayasa'nın 53. maddesinde yapılan değişiklikle memurlara ve diğer kamu görevlilerine yerinde bir tercihle toplu iş sözleşmesi yapma hakkı sağlanmış ise de, bu hakkın grev hakkıyla desteklenmemiş olması, hak arayışında son derece etkili bir pazarlık aracını memurlardan ve kamu çalışanlarından esirgemek sonucunu doğurmakla, verilen toplu iş sözleşmesi yapma hakkını etkisiz kılmaktadır.

· Anayasa'nın 74. maddesinde yapılan değişiklikle kamu denetçiliği/ombudsman kurumunun ihdas edilmiş olması isabetli olmakla birlikte, partiler üstü bir konuma sahip bulunması ve tarafsız olması gereken 'Kamu Başdenetçisi'nin nitelikli çoğunluk yerine basit çoğunlukla seçilmesinin hükme bağlanmış olması hatalıdır.

· Yüksek Askeri Şura kararlarının tamamının yargı denetimine tabi tutulmamış, bu bağlamda Anayasa'nın 125. maddesinde yapılan değişiklikle Yüksek Askeri Şura'nın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemlerinin yargı denetimi dışında bırakılmış olmasını, bu düzenlemenin temelini oluşturan idarenin keyfi uygulamalarının önüne geçmek amacıyla bağdaştırmak mümkün değildir.

· Çatışan siyasal çıkarlar üzerinde etkili olan ve negatif yasa koyucu işleviyle iktidar kullanan anayasa yargısı, bu özelliği gereği hukuki olmaktan daha çok siyasi bir organdır. Demokrasinin karşısında değil, yanındadır ve hatta çoğulcu demokrasinin güvencesidir. Yine yasama ve yürütme başta olmak üzere diğer siyasal organların rakibi veya karşıtı değil, aksine bunlarla birlikte siyasal işleyişin ve kuvvetler ayrılığının tamamlayıcı bir parçasıdır. Böyle bir demokratik işleyiş içerisinde kuvvetler ayrılığının konumlandığı ilke, kuvvetlerin birbirinden koparılması, ayrıştırılması değil, kuvvetlerin bölüşümü yoluyla siyasi iktidarın sınırlandırılması ve bu suretle iktidarın kötüye kullanılmasını engelleyecek bir denetleme ve dengeleme mekanizmasının kurulmasını sağlamaktır. Özelde anayasa yargısının, genelde yargı erkinin Batı demokrasilerindeki yeri, işlevi ve işleyiş şekli budur ve böyledir.

· Türkiye'deki bir kısım görüşler yönünden ise durum bundan farklıdır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, 1924 Anayasası'ndan tevarüs eden ve egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğunu, milletin de bu egemenliğini seçilmiş temsilcileri, yani meclis eliyle kullandığını ileri süren ve özellikle de iktidar partisi tarafından benimsenen ve savunulan görüşe göre bürokratik bir vesayet organı konumundadır. O nedenle Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı yargısal denetim, Meclis çoğunluğunun iradesine karşı olmakla demokratik meşruiyet ilkesine aykırıdır.

· Burada ve yeri gelmişken işaret etmek gerekir ki, siyaset ve yargı alanındaki temsil, gerek nitelik, gerekse koşulları yönünden birbirlerinden farklıdır. Bu bağlamda siyasal temsil doğrudan seçim yoluyla gerçekleşirken, yargıda temsil, siyasal düzenin normatif temellerini ortaya çıkaran bir işlev görür. Bu

işlevine bağlı olarak yargı erki de, siyasal sistemin dayandığı temele, yani halk egemenliğine dayanır. Onun için de halk adına karar verir. Şu kadar ki, mahkeme kararlarının temsil niteliği ve meşruluğu, siyasal temsilin kullarından farklı olarak çoğunluğun görüşüne, değer yargılarına, toplum ve siyaset üzerindeki etkilerine göre değil, anayasaya uygun olup olmadığına göre değerlendirilir. O nedenle kaynağını ve meşruiyetini anayasadan alan yargı erkinin bir parçası olan Anayasa Mahkemesi'nin bürokratik bir vesayet organı olarak kabul edilmesine ilişkin görüşler doğru olmadığı gibi, mahkemenin meşruiyetinin ve yetkisinin sorgulanması da doğru değildir.

· Bununla birlikte meşruiyetini seçimden ve halkın iradesinden alan ve buna göre yaptığı yasama tasarrufu seçime ve seçmen iradesine dayanan yasama organının Anayasa Mahkemesi'ne üye seçmek hakkına sahip olmaması demokratik meşruiyet ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

· Açıklanan bu nedenlerle Anayasa'nın 146. maddesinde yapılan değişiklikle Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne Anayasa Mahkemesi'ne üye seçmek yetkisinin verilmiş olması demokratik meşruiyet ilkesine uygun olmakla yerindedir. Kıta Avrupa'sında merkezleşmiş anayasa yargısı sisteminin uygulandığı ülkelerdeki, örneğin Almanya'da, İtalya'da Avusturya'da, İspanya'da, Portekiz'deki tercih ve düzenlemeler de bu şekildedir. Yine Türkiye Barolar Birliği'nin 2007 yılında hazırladığı Anayasa Önerisi'nin 159. maddesinde yer alan düzenleme ile Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne Anayasa Mahkemesi'ne dört üye seçmek yetkisi tanınmıştır.

· Burada doğru bulmadığımız ve itiraz ettiğimiz husus, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne

aday göstermek yetkisinin Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu veya Genel Kurulu yerine baro başkanlarına verilmiş olması ve yine ikinci ve üçüncü oylamalarda birinci oylamada olduğu gibi nitelikli çoğunluğun öngörülmemiş olmasıdır.

· Anayasa Mahkemesi'ne üye seçmek konusunda Cumhurbaşkanına tanınan doğru ve dolaylı yetkinin geniş tutulmuş olması da bizce isabetli olmamıştır. Zira Cumhurbaşkanının bu konudaki seçme yetkisi herhangi bir denetime tabi olmamakla, oluşturulan bu yapı demokratik değil, vesayetçi bir yapıdır ve bu yönüyle de 1982 Anayasası'nın vesayetçi anlayışından çok farklı değildir.

· Gerek Avrupa Birliği kurum ve komisyonlarının Türkiye ile ilgili olarak hazırladıkları ilerleme ve istişari ziyaret raporlarında, gerekse Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi'nin ve yine bir kısım hukukçularımızın ve siyasilерimizin görüş ve düşüncelerinde; Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun, parlamentodaki iktidar çoğunluğu ile yürütme erkinden bağımsızlığını güvence altına alacak ve yine yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını etkileyecek ve engelleyecek her türden olumsuzluktan uzak olacak biçimde oluşması gerektiği belirtilmekte ve bütün bunların sağlanabilmesi için de sistem için bir tehdit niteliği taşıyan Adalet Bakanlığı'nın sistem içindeki etki ve işlevinin ortadan kaldırılması, bu bağlamda Hakimlerin Bağımsızlığına Dair Avrupa Konseyi Tavsiyesi'nin 1 (2) (C) ilkesi gereğince Adalet Bakanı ve müsteşarının Kurul'da yer almamalarını sağlayacak bir düzenleme yapılması, Cumhurbaşkanı'na Kurul'a üye atama yetkisinin verilmemesi tavsiye edilmekte ve yine meslekte henüz kariyer aşamasında bulunan, bir gelecek inşa etme kaygısında ve beklentisinde olan ve o nedenle bağımsız davranması kendilerinden çok fazla bek-

lenilmeyen hakim ve savcılarının değil de, mesleklerinin deneyimli aşamalarında olan hakim ve savcılarının Kurul'a üye olarak seçilmelerinin daha uygun olacağı hususlarına yer verilmiştir.

· Eleştiri, tavsiye ve öneriler bu yönde olmasına karşın Anayasa'nın 149. maddesinde yapılan değişiklikler bütün bunların aksi yönünde olmuş, bu bağlamda Adalet Bakanı'nin ve müsteşarının Kurul'daki doğal üyelikleri korunmuş, Adalet Müfettişleri Kurul'a bağlanmış olmakla birlikte, Kurul'u temsil ile görevli ve yetkili kılınan Adalet Bakanı'nin adalet müfettişlerini görevlendirme yetkisi ortadan kaldırılmamıştır. Bize göre Anayasa'nın 149. maddesinde yapılan bu değişiklikler yargı bağımsızlığını ciddi şekilde zedeleyecek ve hatta tehdit edecek boyuttadır.

· Önemli bir diğer husus, Kurul'a atama yapma yetkisi bu kadar genişletilmiş Cumhurbaşkanlığı makamının siyasi bir aktör haline gelmesi tehlikesi ve buna bağlı olarak yıpranma olasılığının artmasıdır.

· Anayasa'nın 149. maddesinde yapılan değişikliklerle, Kurul'un meslekten çıkarma kararlarının yargı denetimine tabi tutulmuş olması her ne kadar yerinde bir değişiklik ise de, eksik ve yetersizdir. Doğrusu Kurul'un disipline ilişkin tüm kararlarının yargı denetimine tabi tutulmasıdır.

· Hakimlik ve savcılık meslekleri birbirlerinde farklı olan iki ayrı meslektir. Gerek buna, gerekse silahların eşitliği ilkesi gereğince, Yüksek Kurul'un, Kıta Avrupası'ndaki ve dünyanın diğer demokratik ülkelerindeki uygulamalara benzer biçimde Hakimler Yüksek Kurulu ve Savcılar Yüksek Kurulu olarak iki ayrı yapı üzerine kurulmamış olması da bizce isabetli olmamıştır.

16 Kasım 1937 tarihinde Cenevre'de imzalanan 'Tedhişçiliğin Önlenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme' hükmüne göre terör, bir devlete yönelik olarak toplumda korku yaratmak amacıyla gerçekleştirilen şiddet eylemleridir. Yine 1977 tarihli 'Tedhişçiliğin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi' hükümlerine göre, özgürlükleri yasa dışı yollarla ortadan kaldıran veya sınırlandıran, bomba, roket, ateşli silah kullanılarak gerçekleştirilen her türlü eylem terör suçudur.

Devlete karşı halk, halka karşı yine halk, tartışmaya karşı inanç birliği; her türden totalitarizmin programı budur. Bu programın amacı terörü, devletin, devletin meşru güçlerinin ve halkın karşısına koymak suretiyle hukuksuz ve kaotik bir toplum kurmaktır. Güvenlik hakkını, yaşama hakkını, iç barışın sürdürülmesini, sivil özgürlükleri, yani geleneksel hukukun meşru iktidara tahsis ettiği görev ve sınırların hepsini ortadan kaldırmak için teröristler, kitlelerin dinamizmine ve ilkel şiddete başvururlar.

Batman Barosu önceki başkanlarından değerli meslektaşımız Av. Sedat Özevin ile iki yurttaşımızın mayınlı terör saldırısı sonucu vefatı da dahil olmak üzere son günlerde yaşadıklarımız bunun somut göstergesi ve geçmişte yaşananların sadece bir çeşitlemesidir. Yapılmak istenen, hedeflenen son derece açıktır ve bu, halkı karşı karşıya getirmek, kardeşi kardeşe vurdurmaktır. Terör örgütü veya arka plan düşünceli ve provakatif amaçlı birileri bunu sağlamak için gerilim yaratmak ve bunu yaygınlaştırmak istiyor. Onun için bu oyuna gelmemek, gerilimi düşürmek, bunun için de herkesin, hepimizin sakin, soğukkanlı, sağduyulu olması gerekiyor.

Dahası terörü, kendilerine yol olarak seçenlere, yarattıkları korku ve uyguladıkları

rı baskı ile kentlerde can ve mal güvenliğini ihlal etmek, çalışma hakkını engellemek suretiyle hak ve özgürlüklere müdahale edenlere, meşru dil ve yöntemleri kullanmak yerine şiddete başvuranlara karşı, Kürt olsun, Türk olsun, aynı ülkenin özgür ve eşit yurttaşları olan, birbirlerinin kültürel haklarına ve kimliklerine saygısı bulunan, bir arada ve özgürce yaşamak isteyen, aynı geleceği paylaşan herkesin, hepimizin açık tavır alması, silahlı eylemlerin, insan haklarına aykırı, demokrasi karşıtı anlayışların ve uygulamaların sona erdirilmesini talep etmesi gerekir.

Demokrasi sivil bir yönetim biçim olmakla, demokratik hukuk devletlerinde askerler sivilleri değil, siviller askerleri yönetir. Bu bağlamda askerlerin siyasi iktidara karşı tavır almak, muhalefet yapmak gibi bir hakları yoktur. Aksine sivil yönetimin kararlarına uymak, tercihlerine saygı duymak mecburiyetleri vardır.

Kuvvet Komutanları ve Genel Kurmay Başkanı dahil ordumuzun üst komuta kademesinin kimlerden oluşacağı hususu, yasa ve hukuk gereği doğrudan sivil yönetimin yetkisinde ve takdirinde olmakla, sivil yönetimin bu konuda yaptığı veya yapacağı tercihe saygı duymak, hem demokrasinin ve hem de hukukun gereğidir.

Bununla birlikte, henüz haklarında verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı olmayan ve o nedenle de 'masumiyet karinesi' gereği masum sayılmaları gereken kimi askerlerin, yıllarca emek verdikleri, ülke savunması için yaşamlarını ortaya koydukları mesleklerinden ve mesleki yönden yükselme ve kariyer yapma hedeflerinden henüz daha iddia aşamasındaki bir dava veya soruşturma nedeniyle alıkonulmuş olmaları yargı eliyle değil, siyaset eliyle cezalandırma anlamı-

na gelir ki, bu, hukukun en temel ilkelerinden olan masumiyet karinesi ilkesine açıkça aykırıdır.

Bu konuda yargının siyasallaşması anlamına gelmekle endişe verici bir diğer husus da, eğer zaman yönünden talihsiz bir rastlantı değil ise, Yüksek Askeri Şura toplantısının hemen öncesinde kimi askerlerle ilgili olarak verilen yakalama kararları ve başlatılan soruşturmalardır. Bununla birlikte sevindirici olan husus, yargının yapılan itirazlar üzerine hukuken son derece tartışmalı olan bu uygulamasını hukukun öngördüğü usuller çerçevesinde düzeltmiş olmasıdır.

Bu çerçevede işaret etmek gerekir ki, yargının da, askerinin de siyasetle işi ve ilişkisi olamaz, olmamalıdır. Her ikisi de tarafsız olmak durumunda ve zorundadır. Bütün bu ilkelere, kurallara ve hassasiyetlere en az yargı ve asker kadar, siyaset kurumu da dikkat etmek, özen göstermek zorundadır.

Barışın, güvenin, istikrarın, özgürlüğün ve demokrasinin yegane **güvencesi** hukuk olmakla, hepimizin en temel görevi hukuka bağlı kalmak, hukuku devletin, partinin, her türlü erkin üzerine çıkarmaktır.

Türkiye Barolar Birliği'nin 41. Kuruluş Yılı'nı kutladığımız bu anlamlı ve özel günde avukatlar, barolar ve Barolar Birliği olarak en büyük görevimizin böyle bir Türkiye'nin inşasına katkı yapmak olduğunu özellikle vurgular, tüm Türkiye'ye sevgi ve saygılar sunarız."

Türkiye Barolar Birliği kurulları aynı gün Anıt-Kabir ile ölmüş bulunan Türkiye Barolar Birliği başkanları Faruk Erem, Teoman Evren, Eralp Özgen ile Özdemir Özok'un mezarlarını ziyaret etmişlerdir.

“HUKUKÇULARIN MESLEK ETİKLERİ” KONULU ULUSLARARASI SEMPOZYUM YAPILDI

29-30 Haziran 2010 günleri, Türkiye Barolar Birliği Av. Özdemir Özok Kültür ve Konferans Salonu'nda Türkiye Barolar Birliği, Ankara Barosu ve Türkiye Felsefe Kurumu'nun ortaklaşa düzenlediği sempozyum yapıldı.

Sempozyumun açılış konuşmasını Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Vedat Ahsen Coşar yaptı:

“Mal mülk edinmekten, şan ve şöhreti önemsemekten utanmıyorsunuz, ama ruhunuzla ilgilenmekten kaçınıyorsunuz.” Bu sözler bilge Sokrates'e ait. Ünlü savunmasında söylüyor bunları.

İnsanın ruhu ile ilgilenmesi, yaşam felsefesinin iki temel ilkesini içeriyor: Bu ilkelerden birincisi ‘kendine dikkat etmektir’, ikincisi ‘kendini bil-mektir.’ Bu iki ilkeden insanın kendisine özen göstermesini, ilgi göstermesini emreden ‘kendine dikkat etmek’ ilkesi, tefekkürden daha çok bir eylem, bir teknik olan ‘kendini bil’ ilkesine işlerlik kazandırır.

Her iki ilke de ‘ben’in inşası’ ile ilgilidir. Çok daha sonraları Hristiyanlık öğretisi tarafından uygulanan nefsin köreltilmesi, dünyevi arzulardan kurtulmak için tefekküre dalmak, ruhani yöneticilere mutlak itaat, kefaret süresinin sonunda günah çıkarmaya hazırlık olarak vicdanın sorgulanması gibi ‘öz-inceleme/öz çözümlenme’ tekniklerinin kökü Stoacı felsefeye, yani eski Yunan’a kadar uzanır.

Michel Foucault'nun ‘Benlik Teknolojileri’ isimli özgün eserinde ifade ettiği üzere, Stoacı felsefenin uyguladığı bu tekniklerin amacı, kişinin bu dünyanın sorunları ve gerçekleriyle çok daha etkili biçimde baş edebilmesi ni sağlamaktır. Diğer bir deyişle amaç, insa-

nın kendisini öteki dünyaya değil, bu dünyaya hazırlamasıdır.

Değerli Konuklar,

‘Alkibiades I’ isimli eserinde Platon, bilge Sokrates’in siyaset yaşamına henüz daha yeni başlamak üzere olan ve bunun için de iktidara odaklanan genç öğrencisi Alkibiades’i, gelecekteki siyaset yaşamının sorumluluklarına hazırlamak için ona ‘kendine dikkat etme/kendine özen gösterme’ tekniğini öğretişini anlatır.

Yazılış tarihi kesin olarak belli olmayan, sanal bir Platonik diyalog olması da olası olan ‘Alkibiades I’ diyalogunun birinci ilkesi ‘kendine dikkat etme/kendine özen gösterme’ ilkesidir.

Çok uzun olan ve Sokrates’in ‘Genellikle kendimizle ilgilendiğimizi sanırız, ama gerçekte kendimizle ilgilenmediğimizi pek fark etmeyiz. Kendimizle ilgilenmek ne demektir, söyle bana? Bir insan kendisiyle ne zaman ilgilenmiş olur? İnsan kendisine ait şeylerle ilgilenirse, kendisiyle ilgilenmiş olur mu?’ sözleriyle başlayan diyalog, Sokrates’in ‘Alkibiades, mutlu olmak için, senin de, şehrin de edinmesi gereken şey iktidar değil, erdemdir’ sözleriyle sona erer.

Alkibiades ile Sokrates arasındaki bu diyalogu bizim bugünkü konumuz olan etiğe, hukukçuların meslek etiğine uyarladığımızda vurgulamamız gereken ilk husus, sanırım meslek etiği dediğimiz ilkeler toplamının, aslında yargıcın, savcının, avukatın, adalet hizmetinde görevli her bir çalışanın kendisiyle ilgilenmesi, kendisine özen göstermesi, kendisine dikkat etmesi gerektiği hususudur.

Bunun için de o kişinin önce insan olarak -kendini bil-mesi gerekir. Zira -kendini bilmeyen avukat da, yargıç da, savcı da, her-

hangi bir adalet çalışanı da kendisini iyi yapamayacağı gibi işini de iyi yapamaz. O halde adaletin, kamunun hizmetinde olan herkesin öncelikle edinmesi gereken şey 'erdem'dir.

'Tedirgin bir Sokrates olmak mutlu bir domuz olmaktan daha iyidir. Mutlu bir budala olmaktansa tedirgin bir Sokrates olmak daha iyidir. Budala veya domuz farklı düşünüyor olsalar da, bu, sorunun tek bir yönünü, yani kendilerinin bildikleri içindir. Diğeri ise karşılaştırma yapmak için her iki tarafı da bilir.' diyor John Stuart Mill. Bu maksimden hareketle demek gerekir ki; adalet, erdem, bilgi, bilgelik, ahlak, etik iki tarafı da bilmektir. Yani hem 'kendini bil-mek'tir, hem de 'ötekini anlamak'tır, yani 'empati yapmak'tır.

Değerli Konuklar,

XVII. yüzyıl bize İngiliz hukukçu Jeremy Bentham'ın şu buyruğunu miras bırakmıştır: 'Ahlak, en çok sayıda insana mutluluk veren şeydir; insan hiçbir zaman, kendi varlığının bekasından yana olmayan bir şeyi arzu edemez.' Uygar dünyanın bu kadar rahat, bu kadar işine gelen, bu kadar değerli bir öğüdü büyük bir hevesle kabul ettiğini ve fakat bu öğüde uygun davranmadığını görmek gerçekten üzücüdür.

İçinde yaşadığımız geç modern çağda, özveri düşüncesi, dayanışma ruhu, paylaşma duygusu, yardımlaşma anlayışı, vefa duygusu ve benzeri soylu değerler ile komşuluk, arkadaşlık, dostluk, meslektaşlık türü kavramlar ne yazık ki anlamını yitirdi. Onun için bu türden değerlere ve düşüncelere mesafeli duran insanlar, ahlaki ideallere ulaşmaya ve ahlaki değerleri korumaya, bu amaçla kendi sınırlarını zorlamaya istekli olmadıkları gibi, bu konuda teşvik de edilmiyorlar.

Oysa ki, bir kurallar sistemi olan ahlak, bağlayıcı olduğu kabul edilerek belirlenen

norm ve değerlerin bir soyutlamasıdır. Gerek buyruklar, gerekse yasaklar aracılığıyla bize uyarıda ve çağrıda bulunan ahlakiliğin özünü, birey olarak bizim bu kurallara karşı duyduğumuz saygı oluşturur.

Ait olduğumuz toplumun zaptı altında olan bizler, yaşadığımız toplumun buyrukları, yasakları, normları, yani kuralları olduğunu erken yaşta öğreniriz. Ama asıl ahlaki kavrayış, bu nitelikteki kuralların dışarıdan dayatılan kurallar olarak değil de, bu kuralların içinde yaşadığımız toplumun tüm bireylerinin gerçekleştirebilecekleri en fazla özgürlükten yararlanabilmelerini güvence altına alan unsurlar olduğunun anlaşılmasıyla ortaya çıkar. Bunu sağlayacak tek bir kural vardır, o da ahlaki kuraldır.

Ahlaki davranışın üzerinde kurulduğu temel, insanın birlikte yaşadığı insanların haklı talepleri nedeniyle özgürlüğünün sınırlı olmasıdır. Kant'ın da işaret ettiği üzere, kişi, düşünce ve taleplerini, sadece kendisine öyle emredildiği ya da çıkarına öyle geldiğini düşündüğü veya ödüllendirileceğini bildiği için yaptığında, ahlaki davranmış sayılamaz. Her ne kadar böyle davranan kişi yapması gerekeni yapar ise de, bunu inandığı için, bu şekilde davranmanın doğru ve akılcı olduğunu kavradığı için değil; başkalarının doğru ve akılcı bulduğu şeyleri yargılamadan yapması gerektiğini terbiye ve gelenek yoluyla öğrendiği için yapar. Kişinin kendisini özgürlükten bu şekilde yoksun bırakması ahlaki olmadığı gibi, bu yöndeki duruş ve davranışlar Kant'ın özlü ifadesi ile 'insanın kendi kusuruyla, yani başkası tarafından yönlendirilmeden kendi aklını kullanamamak olan ergin olamayışının' bir göstergesidir.

Bütün bu nedenlerle, insan, ancak iyi olanın kendisine bir başkası tarafından

veya dogmatik biçimde emredilmesini istemediği, yani entelektüel bağlamda olgunlaştığı zaman; kendi çıkarlarıyla kendisi ve yine kendi yargılarıyla başkalarının yargıları arasına mesafe koyduğu zaman; toplumun ya da tüm insanlar için hangi amaçların iyi ve ulaşılmaya değer amaçlar olduğuna karar verdiği zaman ahlaki olgunluğa ulaşmış, ahlakiliği içselleştirmiş demektir. Gündelik hayatın pratiğinde ahlak, insanın karşısına sadece belli bir kültüre özgü farklılıkları vurgulayan bir olgu olarak, yani başkaca toplumsal ya da ulusal toplulukların anlam yorumlarının farkı olarak çıkmaz. Ahlak, sadece bireyin içinde büyüdüğü ve aktif olarak biçimlendirilmesine katkı yapmaya çağrıldığı topluluğun anlam ufkunu temsil etmekle kalmaz; ayrıca genel ahlak bağlamı içinde ve fakat toplumun sadece bir kısmı için geçerli olan alanda, 'özel/kısmi ahlak' biçiminde de ortaya çıkar.

'Özel/kısmi ahlak' biçiminde ortaya çıkan ve 'meslek ahlakı/etiği/kuralları' olarak isimlendirilen bu kuralları, o mesleğin kendisi ve mensupları üretir. Normları, o mesleği seçen ve yürüten herkesi bağlayan bu nitelikteki kurallar, genel ahlaki ilkeye, yani mesleğinde olabildiğince iyi olma ilkesine dayanır.

Bu ilke gereğince, çalışmanın ve emeğin kendisine ayrı bir değer yüklenir. O meslek mensubu tarafından yapılan iş, sadece eksiksiz ve hatasız bir çalışma sürecini olanaklı kılan teknik kurallar aracılığıyla değil; aynı zamanda ve özellikle, diğer insanları doğrudan ya da dolaylı olarak ilgilendiren ahlaki kurallar temelinde icra edilebilecek bir faaliyet olarak tanımlanır.

Mesleğin onurunu korumak amacıyla konulan kuralları çiğneyen, bu bağlamda temsil ettiği genel çıkarların yerine, kendi kişisel

çıkarlarını koyan meslek mensubu, sadece kendi toplumsal ve mesleki prestijini yitirmekle kalmaz, aynı zamanda mesleğin kendisine de zarar verir.

Annemarie Pieper'in 'Etiğe Giriş' isimli özgün eserinde ifade ettiği üzere, her şeyin hesaplanabilir bir ölçüye indirildiği, gerek insanlar arasında, gerekse uluslararası alanda dayanışmaya açık ve hazır olma isteğinin giderek azaldığı, paranın hemen her şeyi biçimlendirdiği bir çağda yaşıyoruz. Böyle bir çağda felsefenin bir disiplini olan ve kendini ahlaki eylemin bilimi olarak tanımlayan 'etik', yaşamın tek yönlü kaygılarla rasyonalize edilmesine yönelmiş olan bireysel çıkar ve hesapların yıkıcı etki ve sonuçlarını eleştirel bir aynadan yansıtan önemli bir uyarıcı ve yol gösterici görevi üstlenmiştir.

'Etik' bize, kendisini sadece paraya, mala, mülke, bireysel çıkarları en üst düzeye çıkarma kaygılarına sabitlemiş niceliksel düşünce karşısında; bütün bunlara sığmayan, bunları aşan, pratik aklın ahlaksal yetkinliği ile doğrulanmış olan özgürlük, eşitlik, adalet, hoşgörü, erdem gibi soylu amaç ve hedefleri sunan bir nitelikler dünyasının var olduğunu anlatır.

Bu niteliksel değerler, kolektif sorumluluklarının bilincinde, ahlaksal talepleri genel bağlayıcı talepler olarak benimseyen ve yaşamlarında bunları kendilerine mal etmiş olan bireylerin, kendi kaderlerini tayin etme hakkını, bütün hakların en üstüne koyan bir yaşama biçiminin ahlakını sunar. Bireye ahlaki eylemin anlamının sistematik biçimde aktarılması, ancak etik aracılığı ile olur. Ama etik, ahlaki eylemin yerini tutmaz, sadece bu türden eylemlerin bilgiye dayalı yapısını ortaya çıkarır.

Aristoteles'un 'Nicomachean Ethics' isimli özgün eserinde 'Pratik, hem etiğin var olma

koşulu ve hem de onun hedefidir. O nedenle soylu olan üzerine, adil olan üzerine, kısaca sitede bilim üzerine verilen dersten yararlanmak isteyen kişi, soylu bir temel alışkanlığa sahip olmalıdır.’ diyerek vurgu yaptığı üzere, pratiğin bilimi olarak ‘etik’, bilgi adına değil, eylem adına harekete geçen ahlaklıdır. Öyle olduğu için ‘etik’, kuram oluşturmak amacıyla geliştirilmiş olmadığı gibi, entelektüel zevklere ve züppeliklere hizmet eden düşünsel bir uğraş da değildir. Bütün bunlardan uzak bir pratik olarak ‘etik’ varlığını uygulamada, yani eylemde gösterir. Bu yönüyle ‘filiyat üretici bilgi’ olan ‘etik’ düşünce ile eylemin birlikteliğidir.

Bütün bunlardan hareketle demek gerekir ki, avukatlık, yargıcılık, savcılık, adalet çalışanı gibi kamusal hizmetlerin meslek etiğinin özünü oluşturan pratik, bütün bu mesleklerin günlük yaşam pratiğidir. Onun için yargıcın da, savcının da, avukatın da, her düzeydeki adalet çalışanının da, gerek kendi varlığının, gerekse mesleki yönden iyi olmasının koşulları hakkında aydınlatılmış bu günlük yaşam pratiğinin ahlakını iyi bilmesi ve bunu içselleştirmesi gerekir.

Bunu yapmaz ise ne mi olur? Mesleğine ihanet eder. Ve Sait Faik’in dediği gibi ‘Mesleğe ihanetle başlar her şey.’”

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ SOSYAL YARDIM VE DAYANIŞMA FONU YARDIMLARI ARTTIRDI

Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu avukatlar ve stajyerlere yapılan sağlık yardımı tutarlarını kesintiler hariç, avukatlar için 120.000.00 TL, stajyer avukatlar için 20.000.00 TL olarak tespit etti.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANI AV. VEDAT AHSEN ÇOŞAR BALYOZ DAVASINDA VERİLEN YAKALAMA KARARLARINI DEĞERLENDİRDİ

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Vedat Ahsen Coşar, Balyoz davası dolayısıyla “kaçak” oldukları varsayımıyla yakalama kararı verilmesi olayı ile ilgili aşağıdaki basın açıklamasını yaptı.

“Bir kısmı emekli, diğer bir kısmı ise halen Türk Silahlı Kuvvetleri’nde görevli muvazzaf subay aleyhinde TCK’nın 312. maddesinde düzenlenen ‘hükümeti cebren ıskat veya vazife görmekten men etmeye teşebbüs’ suçunu işledikleri iddiasıyla açılan ve kamuoyunda ‘Balyoz Güvenlik Hareket Planı Davası’ olarak bilinen dava aşamasında İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından CMK’nın 94, 98/3 ve 100/3-a-9. maddelerine dayanılarak verilen yakalama kararı kamuoyunda ve hukukçular arasında kimi tartışmaları beraberinde getirmiştir. Buna göre;

1. CMK’nın 100/3-a-9. maddesi hükmü gereğince kanunda sayılan katalog suçlardan herhangi birisinin işlendiği hususunda kuvvetli şüphe nedenlerinin varlığı durumunda mahkemece tutuklama nedeni var sayılabileceği gibi yine aynı Kanun’un 98/3. maddesi hükmüne göre kovuşturma evresinde re’sen veya Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine hakim veya mahkeme tarafından kaçak sanık hakkında yakalama emri düzenlenebilir.

2. İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2010/283 esasında kayıtlı ve derdest olan davaya konu iddia TCK’nın 312. maddesinde düzenlenen ‘hükümeti cebren ıskat veya vazife görmekten men etmeye teşebbüs’ suçunu CMK’nın 100/3-a-9. maddesinde yer verilen katalog suçlardan olmakla, kuvvetli şüphenin

var olması durumunda sanıklar hakkında tutuklama ve yine kaçak olmaları durumunda sanıklar hakkında yakalama emri düzenlenmesinde kural olarak yasaya ve hukuka bir aykırılık yoktur.

3. Yine yasa önünde eşitlik ilkesi gereğince, asker veya sivil suç işleyen veya suç işlediği hususunda kuvvetli şüphe bulunan herkes ve özellikle hepimizin korumakla ve her gün katkı yapmakla yükümlü olduğumuz demokratik hukuk devletine musallat olmuş kişiler hakkında tutuklama veya kaçak sanık konumunda olanlarla ilgili olarak yakalama kararı verilmesinde yasaya ve hukuka aykırılıktan söz etmek de mümkün ve doğru değildir.

4. Bununla birlikte, insan özgürlüğünü kısıtlayıcı özellikte olması nedeniyle koruma tedbirlerinden olan tutuklama veya yakalama önlemlerine başvurulmasının en temel işlevi, bütün bu önlemlerin maddi gerçeğe ulaşmanın ve hükmün yerine getirilmesinin, yani mahkeme hükmünün infazını sağlamanın aracı olması, asıl değil istisnai olarak uygulanması ve bu önlemlere geçici bir süre için başvurulmasıdır.

5. Yine temel hak ve özgürlükler, gerek Anayasamız, gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle güvence altında olmakla, yakalama ve tutuklama dahil her türlü koruma aracına başvuru iken; aracın amaçtan daha değerli olmaması kadar, daha az değerli bir araçla amaca ulaşılabilir ise o aracın tercih edilmesi, bu bağlamda gerekenden daha değerli bir aracın kullanılmaması ilkesine uyulması gerekir.

6. Durum bu çerçevede değerlendirildiğinde;

a. Hukuki tanımı itibarıyla kaçak, 'hakın-

daki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişidir.' Daha önce tutuklanan ve itiraz üzerine salıverilen sanıkların hiçbiri bu tanım kapsamında değildir. Hal böyle iken bu konumda bulunan sanıklar hakkında CMK'nın 98/3. maddesi hükmüne dayanılarak yakalama emri düzenlenmesi ve yine CMK'nın 94. maddesi hükmüne göre yol tutuklama kararı verilmiş olması hukuka ve yasaya açıkça aykırıdır.

b. Daha önce mahkeme tarafından salıverilmelerine karar verilen sanıklar hakkında aradan çok uzun zaman geçmemiş olmasına, bu süre zarfında dosyaya giren yeni hiç bir delil bulunmamasına rağmen mahkemece bu kez kuvvetli şüphenin varlığından söz edilerek yakalama emri düzenlenmiş ve yol tutuklama kararı verilmiş olması hukuka ve yasaya aykırı olmasının yanı sıra mahkeme kararlarına duyulması gereken güven ve saygıyı ciddi boyutta aşındıracak niteliktedir.

c. 23 Temmuz 2010 tarihinde ve tenziple yakalama kararı verilip duruşmanın 16 Aralık 2010 tarihine bırakılmış olması, yakalama kararının tutuklamaya dönüşmesi durumunda, bu husus Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen 'adil yargılama' ilkesine ve yine 'özgürlük ve güvenlik hakkı' başlıklı 5. maddesinin 1/c ve 3. maddeleri hükümlerine açıkça aykırı olacaktır.

d. Soruşturma evresinin tamamlanıp kovuşturma, yani yargılama aşamasına gelmiş, bu bağlamda delillerin toplanması tamamlanmış olmakla, maddi gerçeğe ulaşmanın ve hükmün yerine getirilmesinin önünde herhangi bir engel olmamasına rağmen mah-

kemece yakalama emri düzenlenmek suretiyle istisnai nitelikteki tutuklama tedbirine başvurma hazırlığı yapılması da hukuka ve yasa aykırıdır.

e. *Ceza yargılamasında esas olan ilkelere bir 'gerekenden daha değerli bir aracın kullanılmaması'dır. Buna göre bir araç, bir önlem olan yakalama ve tutuklama en değerli amaç olan özgürlüğü korumanın önüne geçemeyeceği gibi yurt dışına çıkma yasağı gibi daha az değerli bir araçla amacın sağlanması mümkün olduğu halde, bu yola gidilmeyecek yakalama emri düzenlenmek suretiyle özgürlüğe müdahale edilmesi yasaya ve hukuka aykırıdır.*

f. *Yargı, işlem ve kararlarını her türlü kuşku ve spekülasyonun dışında kalacak tutarlılık ve hukuki anlayış çerçevesinde vermek durumundadır. Bu bağlamda yeni herhangi bir delil olmadığı iddiaları da dikkate alınmadığında somut olaya konu yakalama kararlarının Yüksek Askeri Şura toplantısının hemen öncesinde verilmiş olması eğer talihsiz bir rastlantı değil ise, bu durum idari ve siyasi tasarruflara yargı eliyle müdahale edilmesi, diğer bir deyişle yargının siyasallaşması niteliği taşımakla endişe vericidir."*

ESKİŞEHİR'DE YAPILAN PANELDE TBB BAŞKANI AV. VEDAT AHSEN COŞAR BİR KONUŞMA YAPTI

Eskişehir Barosu ve Ankara Barosu'nun işbirliği ile 30-31 Temmuz ve 1 Ağustos 2010 tarihlerinde Eskişehir'de "Avukatların Meslek İçi Eğitimleri ve Avukatlık Stajı" konulu uluslararası konferans ve baro başkanları toplantısı yapıldı.

Toplantı üç oturum halinde düzenlenmişti. Toplantıya Ankara Barosu Başkan vekili

Av. Salih Akgül, Ankara Barosu'ndan Av. Özgür Eralp, Edirne Barosu'ndan Av. Rifat Çulha, İstanbul Barosu'ndan Av. Tamer Şahin, Av. Hasan Kılıç, Eskişehir Barosu'ndan Av. R. Aydın Güngör, Prof. Dr. Muhammet Özkes, Selanik Barosu Başkanı Av. Manolis Lamt-zidis, Azerbaycan Hukukçular Birliği'nden Av. Anar Qasimov, Selanik Barosu Başkan Yardımcısı Av. Eleftherios Mylonos, Bükreş Barosu'ndan Av. Anelis-Vanina Istratescu, Azerbaycan Bakü Barosu'ndan Lamia Bayramova, Amerikan Barolar Birliği'nden Av. John Porter katıldılar, tebliğ sundular.

Birinci oturumu Av. Seçkin Arıkan, ikinci oturumu TBB Başkan Yardımcısı Av. Talay Şenol, Üçüncü oturumu ise TBB Başkan Yardımcısı Av. Berra Besler yönettiler. Konuşmacılar "Staj Eğitimi", "Avukatlık Kanunu" ve "Meslek İçi Eğitim" konularında düşüncelerini açıkladılar.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı açılış konuşmasında şunları söyledi:

"Avukat olarak, Barolar ve Barolar Birliği olarak üzerinde oturup düşünmemiz, tartışmamız, proje ve hatta projeler üretmemiz ve çözüm getirmemiz gereken sorunlarımızın başında meslek içi eğitim, staj eğitimi ile bütün bunları ve gereksinim duyulan diğer değişiklikleri kapsayan Avukatlık Kanunu gelmektedir.

Kuşkusuz bu ve diğer başka sorunlarımızın çözümünde başvuracağımız, yararlanacağımız en önemli ve değerli kaynak uygar dünyanın diğer ülkelerinin mevzuatlarıdır, yani karşılaştırmalı hukuktur.

Uluslararası nitelikte olmakla bu etkinlik, bu etkinliğe konuşmacı olarak katılan yabancı ülke barolarının temsilcilerinin, başkanlarının kendi ülkelerindeki avukatlık mevzuatı ve

uygulanması ile ilgili olarak verecekleri bilgiler bizim bu konularda yapacağımız çalışmalara katkı yapacak, bütün bu konularda bize fikir verecektir.

O nedenle ve öncelikle Eskişehir ve Ankara barolarının değerli Başkanlarına, Yönetim Kurulu üyelerine bu etkinliği düzenledikleri için, harcadıkları emek için, tüm konuşmacılara bizlere verecekleri değerli bilgiler için içtenlikle teşekkür ediyorum.

Sevgili Meslektaşlarım,

Hukuk fakültesinden mezun olduktan sonra avukatlık mesleğine girişin ve kabulün ön koşulu olan avukatlık stajı ile ilgili ülkemiz pozitif hukukunda yer alan düzenlemelerin ve uygulamaların gereksinimi karşılamaktan uzak olduğu olgusu hepimizin bildiği ve eleştiri konusu yaptığı bir husustur.

Bu bağlamda işaret etmek gerekir ki, Ankara, İstanbul, İzmir gibi insan ve avukat malzemesinin zenginliğinin yanı sıra parasal ve fiziksel olanakları da iyi durumda olan barolarımızın dışında kalan barolar, barolarında staj yapan gençlerimize parasal olanaklarının kıstıtlı, fiziksel koşullarının çok fazla yeterli olmaması nedeniyle iyi ve kaliteli staj yapma olanağı sağlayamamaktadır.

Bu gerçek karşısında yapılması gereken Türkiye Barolar Birliği'nin kendi olanaklarını seferber ederek belirlenecek uygun bölgelerde staj eğitim merkezleri açması, Ankara'da, Ankara Barosu'nun desteğiyle sıkıştırılmış veya yoğunlaştırılmış staj eğitim programları düzenlemesidir.

Türkiye Barolar Birliği'nin halen sahip olduğu olanaklar göz önüne alındığında, Ankara'da ve Ankara Barosu'nun desteğiyle sıkıştırılmış veya yoğunlaştırılmış staj eğitim programlarının kısa bir süre içerisinde düzen-

lenmesi mümkündür ve esasen Barolar Birliği bu projenin mümkün olan en kısa süre içerisinde uygulamaya konulması üzerinde çalışmaktadır.

Takdir edileceği üzere Türkiye Barolar Birliği'nin kendi olanaklarını seferber etmek suretiyle belirlenecek uygun bölgelerde staj eğitim merkezleri açması kısa vadeli değil, orta ve hatta uzun vadeli bir projedir. Bununla birlikte yapılması gereken şey bu orta veya uzun vadeli kısaltmak için hemen işe koyulmaktır. Türkiye Barolar Birliği olarak bu konu üzerinde yoğunlaşacağımızı ve çok kısa bir süre içerisinde bu projenin gerçekleşmesi yönünde önemli adımlar atacağımızı belirtmek isterim.

Bu projelerin gerçekleşmesi yönünde atılan somut adıma örnek olarak Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından Barolar Birliği nezdinde 'Staj Eğitim Kurulu' kurulması kararı verildiğini belirtmek isterim.

Değerli Meslektaşlarım,

Türklerin eğitimde iki büyük kusuru var: Birincisi üniversiteyi yüksek lise sanıyorlar. İkincisi öğrenmeyi ezberlemek olarak biliyorlar. Araştırma zihniyeti ise çok zayıf.' Bu sözler, Büyük Atatürk'ün sağlığında başlayıp 1950'li yıllara kadar Ankara ve İstanbul Hukuk fakültelerinde hocalık yapan ve döneminde yetişen pek çok değerli yargıç, avukat ve savcı üzerinde emeği bulunan Prof. Dr. Ernst Hirsch'e ait. Hirsch bu sözleri 1939'da toplanan ilk Maarif Şurası'nda söylüyor. Hirsch'in bu tespiti, öğrenme, öğretme ve bilim zihniyeti konusunda 1939'dan 2010'a kadar yerimizde saydığımızı gösteriyor.

Öyle ki günümüz Türkiye'sinde sadece hukuk fakülteleri öğretimi değil, ilk/orta/lise öğretimi de kimlik bunalımı ve zaaf içindedir.

Orta/lise öğretim ve eğitimi süresince, tümevarımcı Sokratik bir eğitim ve öğrenim programı yerine, tamamen ezbere dayalı bir programdan geçen ve yanı sıra test üzerine kurulu üniversite giriş sınavlarına göre eğitilen gençler, üniversite öğrenimleri süresince de, orta ve lise öğreniminden çok farklı bir eğitim ve öğrenim programına tabi tutulmamaktadır. O nedenle, günümüzün üniversite öğrencileri, gerek öğrenimleri boyunca, gerekse üniversiteden mezun olduktan ve mesleklerini icra etmeye başladıktan sonra 'daha zayıf yazmakta ve daha kötü konuşmaktadırlar.'

Yine hukuk fakülteleri programlarında yer alan gerek klasik, gerekse yeni ve değişik disiplinler, günümüzde hala büyük sınıflarda veya amfilerde, 'takrir/hocanın hitabeti' yöntemi ile ve tamamen ezbere dayalı bir modelle öğrencilere sunulmakta, sınavlar da bu modele uygun biçimde yapılmaktadır.

Bu durumda, soruna önce ilk/orta/lise öğreniminden başlanılarak yaklaşılması, bu öğretim ve eğitim süreçlerinin yanı sıra üniversite eğitimi ve öğretiminin ezbere dayalı modelden arındırılması, tartışmalı, analitik, tümevarımcı Sokratik eğitim ve öğretim modeline göre programlanması gerekir.

Özellikle hukuk fakültelerinde halen uygulanmakta olan az yukarıda çerçevesini çizdiğim model terk edilmeli, bunun yerine küçük sınıflarda, öğrencilerin müzakere ve dava becerilerini, mütalaa verme tekniklerini geliştirmeye elverişli, tartışmalı, katılımlı, seminerli tümevarımcı Sokratik yöntem ile bunu destekleyen ve tamamlayan kurgusal duruşma, mahkeme örnekmesi gibi yarışmaları kapsayan bir eğitim ve öğretim modeli ikaime edilmek suretiyle rekabetçi bir ortam yaratılmalıdır.

Sevgili Meslektaşlarım,

Türkiye'deki ilk, orta, lise ve üniversite eğitim ve öğretimini düzenlemek ve ıslah etmek kuşkusuz bizim görevimiz değil. Ben bunları sadece bir tespit yapmak amacıyla, barolar ve Türkiye Barolar Birliği olarak bizim sorumluluğumuz altında olan staj eğitimi nasıl düzenlememiz gerektiği hususunda bir fikir beyan etmek amacıyla ve biraz da bu konuda tartışma yaratmak üzere ifade ettim.

Bu noktadan devam eder isek, herhalde en önce staj eğitim modelinin hukuk fakültesinde edinilen teorik bilgilerin pratikte nasıl kullanılacağı, yani uygulama becerisinin geliştirilmesi üzerine inşa edilmesi, mesleki formasyonun edinilmesi için de meslek etiği üzerine odaklanması gerektiğini söyleyemiz gerekir.

Yine benim kendi deneyimlerime göre, şimdilerde bir yıl olan staj süresinin yirmi dört aya çıkarılması, bu sürenin ilk altı ayının baroların 'Staj Eğitim Merkezi'nde, ikinci altı ayının mahkemelerde temel eğitim biçiminde, üçüncü altı ayının kişisel gelişim ve son altı ayının da avukat yanında staj olarak planlanması gerekir.

Türkiye Barolar Birliği'nin, Ankara ve İstanbul Barosu başta olmak üzere, neredeyse tüm baroların karşı koymalarına, yargıçlık ve savcılık mesleklerine sınavla kabul yapılmasına rağmen, avukatlık sınavının kaldırılmış olması, ne yazık ki yanlış ve avukatlık mesleğinin aleyhine olmuştur. Sadece avukatlık mesleğinin aleyhine olmamış, aynı zamanda anne babaların, öğrencilerin ve iş sahiplerinin de aleyhine olmuştur. Zira avukatlık mesleğine sınavla kabul sistemi, hem öğrencileri kalitesiz, niteliksiz, yetersiz hukuk fakültelerinden ve hem de yurttaşları, yani iş sahiplerini kalitesiz, niteliksiz, yetersiz avukatlardan ko-

ruma amacına yönelik olmakla, bir güvence ve kalite ölçme sistemidir. Sınavın kaldırılması ile bu ölçme aracı yok edilmiştir.

O nedenle Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı ile açılan avukatlık sınavı yolunun değerlendirilmesi ve avukatlık sınavının getirilmesi gerekir. Bu çerçevede Türkiye Barolar Birliği'nin bu yöndeki çalışmalarının devam ettiğini özellikle belirtmek isterim.

Birlik görüşü olarak kabul edilmemesini özellikle belirterek, bu konudaki kendi görüşümü belirtmem gerekir ise: Bana göre avukatlık sınavının iki aşamalı olarak yapılması, bu bağlamda fakülteden mezun olduktan sonra staja kabul için birinci sınav, staj bitiminde ise mesleğe kabul için ikinci sınav olarak ve yine hem yazılı ve hem de sözlü biçimde yapılması gerekir.

Avukatlık mesleğinin kamusal niteliği, yargının üç temel ayağından birisinin savunma mesleği olduğu göz önüne alınarak, stajın finansmanına devletin katkı yapması, baroların ve Türkiye Barolar Birliği'nin mali desteğinin yanı sıra popülist söylem ve yaklaşımlardan vazgeçerek stajyerlerden de kayıt ücreti alınması gerekir.

Değerli Meslektaşlarım,

Avukatlık mesleğinin kalitesiyle ilgili olarak üzerinde düşünmemiz ve çalışmamız gereken diğer konulardan birisi uzmanlık, bir diğeri ise meslek içi eğitimidir.

Gerek Kıta Avrupası'nda, gerekse dünya genelinde avukatların uzmanlaşması ve mesleki içi eğitimleri hususunda yeknesak bir uygulama yoktur. Bu bağlamda kimi ülkelerde uzmanlık ve uzmanlığın yanı sıra avukatlar için sürekli eğitim, yani meslek içi eğitim uygulaması ve standartları mevcut iken, kimi ülkelerde mevcut değildir.

Kanımcı uzmanlık modeli ülkemiz koşullarına uygun değildir. Meslek içi eğitim ise bir zorunluluktur. O nedenle avukatlık mesleğinin kalitesini artırmak ve meslektaşlarımızı özellikle özel hukukun yeni disiplinleri üzerinde bilgilendirmek, yetkinleştirmek, öğrenmenin yaşam boyu devam edeceği, etmesi gerektiği anlayışı üzerine kurulu olan mesleki eğitimin ve öğrenimin sürekliliğinin sağlanabilmesi ve bilginin zinde kalabilmesi için meslek içi eğitimi bir model olarak yapılandırma-mız gerekir.

Ankara Barosu'nda başkan olarak görev yaptığım altı yıla yakın süre içerisinde, ücretli olarak düzenlediğimiz meslek içi eğitim niteliğindeki sertifika programlarının verdiği deneyim ve geri beslemeler çerçevesinde, özellikle ifade etmek isterim ki bilişim hukuku, enerji hukuku, rekabet hukuku, sağlık hukuku, spor hukuku, kamu ihale hukuku, tüketici hukuku, aktüerya üzerine düzenlenen sertifikalı eğitim programları büyük ilgi görmesinin yanı sıra çok da başarılı olmuştur.

Yine Türkiye Barolar Birliği'nin ülkemizin değişik barolarında başarıyla düzenlediği meslek içi eğitim programlarının da çok yararlı olduğunu, bu uygulamanın Türkiye Barolar Birliği bünyesinde yeni oluşturulan 'Meslek İçi Eğitim Kurulu' tarafından önümüzdeki süreçte de geliştirilerek, yaygınlaştırılarak, çeşitlendirilerek uygulanacağını özellikle belirtmek isterim.

Bütün bu nedenlerle meslek içi eğitimin Avukatlık Kanunu'nda yapılacak değişiklik ile zorunlu hale getirilmesinin, bu mümkün olmadığı takdirde her Baronun Türkiye Barolar Birliği'nin desteğiyle ve ihtiyari olarak meslek içi eğitim programı düzenlemesinin yararlı olacağı kanısındayım.

Sevgili Meslektaşlarım,

Özel olarak ifade etmeme gerek yok diyerek başlayacağım, zira yeni bir Avukatlık Kanunu'na gereksinimiz olduğu hususunda, barolarımız arasında, barolarımızla Türkiye Barolar Birliği arasında, avukat meslektaşlarımız arasında tam bir mutabakat var. Avukatlık Kanunu'nda en son yapılan değişiklikten bu yana geçen dokuz yıla yakın süre içerisinde gerek ülke düzeyinde, gerekse dünya ölçeğinde oluşan gelişmelere ve yine mevcut yasadaki aksayan ve eksikliği duyulan hususların zamanla birlikte ortaya çıkmasına ve kendisini dayatmasına bağlı olarak yeni bir Avukatlık Kanunu'na gereksinmemiz olduğu çok açık.

Değişikliğe gereksinim duyulan kurumların en başında gelen staj, sınav, uzmanlık, meslek içi eğitim gibi kurumlara konuşmamın buraya kadar olan kısmında değindim. Bu kurumların dışında gereksinim duyulan bir diğer kurum mesleki sorumluluk sigortasıdır. Bugün kimi meslektaşlarımız ve barolarımız tarafından ihtiyari olarak yaptırılan mesleki sorumluluk sigortası sistemini zorunlu ve mesleğe kabul koşulu haline getirmemiz gerekir. Bu sistem sadece avukat meslektaşlarımızı üstlendikleri riske karşı korumayacak, aynı zamanda iş sahiplerine de güvence sağlayacak ve yine 'mal practice' sabıkası, yani meslek kusuru sabıkası yüksek olan avukatların sigorta şirketleri tarafından giderek sigortalanmamasına veya sigorta primlerinin yüksek olmasına bağlı olarak avukatlık mesleğine de zaman içinde kalite getirecektir.

Mevcut Avukatlık Kanunu'nun gereksinim olmasına rağmen rağbet görmeyen, bu bağlamda işlemeyen kurumlarından birisi de

'avukatlık ortaklığı' modelidir. Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar geçen süre zarfında kurulan avukatlık ortaklıklarının sayısının azlığı da bu tespitimizi doğrulamaktadır. O nedenle bu kurumu, yerli avukat ve avukatlık ortaklıklarının, Avukatlık Kanunu'nun 44/B maddesine göre Türkiye'de faaliyet gösteren yabancı avukatlık ortaklıklarıyla rekabet etmelerine imkân verecek tarzda yeni baştan ele alıp düzenlememiz gerekir.

Yine Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmesi gereken kurumlardan birisi bir başka avukatın yanında ücretli olarak çalışan avukatlardır. Zira ve hepimizin bildiği üzere bu statüde çalışan meslektaşlarımızın emeği istihdam eden konumundaki bir kısım avukatlar tarafından ne yazık ki büyük ölçüde istismar edilmektedir. O nedenle Avukatlık Kanunu'nda yapılacak bir düzenleme ile bu konumdaki meslektaşlarımızın haklarının korunması ve güvence altına alınması gerekir.

Avukatlık Kanunu'nda baro yönetim kurulları ile disiplin, denetleme kurulları ve Türkiye Barolar Birliği delegeleri için iki yıl olarak düzenlenen görev sürelerinin dört yıla çıkarılması gerekir. Zira ve özellikle Yönetim Kurulu'nun iki yıllık görev süresinin ilk iki üç ayının baroyu ve baronun işleyişini tanımakla, son üç beş ayının da baro seçimlerinin getirdiği dalgalanma ile geçtiğini göz önüne aldığımızda, geriye kalan yaklaşık bir yıllık süre hizmet etmek için son derece kısadır. Bu sakınca dışında bir diğer sakınca da baroların her iki yılda bir seçim havasına girmesi, özellikle seçimi bir rekabet olarak değil de, husus met olarak algılayanların yaşadığı ve yaşattığı kırınlıklar nedeniyle baro içi barışın bozulması, mesleki dayanışmanın zaafa uğramasıdır."

AVRUPA'DAN VE CCBE'DEN HABERLER*

AVRUPA'DAN HABERLER

İngiltere

Birleşik Krallık, Kıta Avrupası'ndan bakıldığında garipsenen Anglo-Sakson hukuk sistemine rağmen, hukuka bakış açısı ve her an değişime açık sistemi ile Avrupa hukuk sistemleri içerisinde nevi şahsına münhasır bir yerde bulunmaktadır. Sistemin her an yeniliğe açık yapısında sistem içerisinde çok önemli bir role sahip olan İngiltere ve Galler Hukuk Cemiyeti'nin (*Law Society of England and Wales*) büyük payı yadsınamaz.

Solicitor (*Duruşmaya Girmeyen Avukat; yazıda "Dosya Avukatı" olarak anılacaktır*)'ların mesleki örgütü konumundaki İngiltere ve Galler Hukuk Cemiyeti diğer tüm görev ve sorumluluklarının yanı sıra, 2006 yılına kadar hangi koşulları taşıyan kişilerin Dosya Avukatı olabileceğini de belirlemekteydi. Bu tarihte çıkartılan bir yasa ile yarı-bağımsız bir organ olarak Dosya Avukatları Düzenleme Kurumu (*Solicitors Regulation Authority, SRA*) kurulmuş, mesleki eğitim ve mesleğe kabul gibi konularda bu kurum yetkili kılınmıştır.

SRA, kurulduğu günden bu yana, yabancı ülke avukatlarının İngiltere ve Galler'de akredite olarak dosya avukatlığı yapabilmesine de olanak tanıyan *Qualified Lawyers Transfer Regulations (QLTR)* düzenlemesine bağlı olarak *Qualified Lawyers Transfer Test (QLTT)* adında bir sınav yapmaktaydı.

İçinde bulunduğumuz günlerde ise OLTR ve QLTT'nin uygulamadan kaldırılması yönünde çalışmalar sürdürülmektedir. SRA'nin resmi görüşüne göre, OLTR ve OLTT mevcut aksaklıklar ve başvuruçuların menfaati gözetilerek revize edilecek ve yerine *Qualified Lawyers Transfer System (QLTS)* adı altında bir düzenleme getirilecektir. QLTS'e yönelik çalışmaların bir parçası

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

olarak, ülkeler bazında bir inceleme yürütülmekte ve İngiltere ve Galler sistemi içerisinde kabul edilebilecek nitelikte avukat yetiştiren ülkeler belirlenmeye çalışıldığı bilinmektedir. Bu bağlamda, SRA'nın herhangi bir ülke sistemindeki avukatları nitelikli olarak adlandırması için sistem içerisindeki avukatların haiz olması gereken nitelikler şu şekildedir:

- *"Duruşmaya çıkma hakkı olmalı,*
- *Hukuki sistemi içerisinde mahkemenin görevlisi/unsuru olmalı,*
- *Unvanı hukuk eğitimi ve kursları sonucunda verilmiş olmalı (uzmanlık dışında),*
- *Kalifikasyonuna kısaltılmış veya hızlandırılmış bir yol ile sahip olmamalı,*
- *Tanınmış bir hukuki faaliyet sürdürme yetkisi olmalı."***

Avukatların sayılan niteliklere haiz olduğu hukuk sistemlerinden, İngiltere ve Galler'de dosya avukatı olarak akredite olabilmek için QLTS değerlendirmesine başvuru yapılabilecektir. Bunun yanı sıra, QLTS incelendiğinde birçok farklı noktada, sınav girme hakkı tanınacak hukuk sistemleri avukatlarının ön koşul olarak *"gerekli tatmin edici karakter ve uygunluk şartlarına haiz olması"* gerektiğinden bahsedildiği de görülecektir.

QLTS sınavı üç ana grubun (U.K, European Lawyers, International Lawyers) mesleki yeterliliklerini ve uygunluklarını ölçmeyi/ değerlendirmeyi hedeflemektedir. Bu bağlamda, uygulanması tasarlanan değerlendirme iki temel aşamadan oluşmaktadır.

değerlendirmenin ilk aşaması yazılı usulde gerçekleştirilecek olup;

- *"Dava avukatları için muhasebe kuralları, mesleki etik, mali düzenlemeler*
- *Mülkiyet ve veraset*
- *Dava takibi*
- *İş hukuku ve uygulaması*
- *Sözleşme ve haksız fiil*
- *İngiliz hukuk sistemi, dava hakkı, insan hakları ve Avrupa Birli-*

** Detaylı bilgi için bkz. <http://www.sra.org.uk/solicitors/solicitors.page>

ği hukuku”****

konularını içerecektir.

Değerlendirmenin ikinci aşamasında ise adayın Dosya Avukatı olabilmesi için gerekli etkileşimsel ve uyumsuzluk çözme becerileri ve bunun yanı sıra hukuki, mesleki ve müvekkil ile ilişkiler konularında bilgi ve becerileri değerlendirilecektir.

QLTS sistemi içerisinde yabancı avukatların söz konusu değerlendirmelerden ayrı olarak dil becerilerinin test edilmesi amacı ile ayrıca bir sınava daha girmeleri gerekmektedir.

Sonuç olarak, SRA tarafından hali hazırda uygulamaya koyulan yeni sistem uluslararası alanda; transfer yolu ile İngiltere ve Galler sistemi içerisinde dosya avukatlığı yapılmasına müsaade edilmeyen birçok ülkeye karşı çekilen “Çin Seti”nin yumuşatılması için bir çaba olarak karşılanmaktadır. Birçok kuliste konu özellikle Hizmet Ticareti Genel Anlaşması (*General Agreement on Trade in Services, GATS*) ve Dünya Ticaret Örgütü (*World Trade Organization, WTO*) anlaşmaları çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Her geçen gün kapsamı ve uygulama alanı genişleyen GATS anlaşması doğrultusunda ülkeler arasında hizmet ticareti hızla yayılmaktadır.

GATS çerçevesinde hazırlanan ikili işbirliği anlaşmalarında, herhangi bir alanda karşılıklı hizmet ticaretine olanak sağlanabilmesi için hemen her ülke tarafından mütekabiliyet ilkesinin (*reciprocity principle*) gözetilmekte olduğu da bilinmektedir.

Bu bağlamda, konuya vakıf birçok kişi tarafından, SRA’nın yenilik çalışmaları bir yandan gelecekte İngiltere ve Galler Sistemi içerisinde faaliyet göstermesi muhtemel -Avrupa Birliği üyesi olmayan- yabancı avukatların kalifikasyonunu garanti altına almak, diğer yandan ise dev İngiliz hukuk firmaları için birçok yeni pazar yaratılması yönünde rakip ülkelerin bir adım öne geçmek olarak değerlendirilmektedir.

**** Detaylı bilgi için bkz. <http://www.qltt.co.uk/>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Uzun tartışmalar ve diplomatik krizlerin ardından Avrupa İnsan Haklarını Sözleşmesi'ne ek 14. Protokol, 1 Haziran 2010 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (European Court of Human Rights) yazı işleri müdürlüğü tarafından 11. ve 14. protokollerle değişik başvuru kılavuzu hazırlanarak Mahkeme'nin resmi internet sitesinde yayınlandı. Daha fazla bilgi ve güncellenmiş başvuru kılavuzunun Türkçe tercümesi http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3EA6B7A6-BD90-4315-BEA2-F121A34FE74D/0/TUR_P0_pack.pdf internet adresinden edinilebilir.

CCBE'DEN HABERLER

CCBE'NİN 50.KURULUŞ YILI

CCBE'nin 50. Kuruluş yıldönümü münasebetiyle, 10 Eylül 2010 tarihinde İsviçre'nin Bazel kentinde bir kolokyum düzenlenecektir. 1960 yılında temelini bu kentte atılmış olması nedeni ile etkinliklerin de bu şehirde yapılmasına karar verilmiştir. Söz konusu kolokyumun konusu avukatların siber geleceği ile ilgili sorunlar olarak belirlenmiş bulunmaktadır. BU kolokyumun başkanlığı UIA (Uluslar arası Avukatlar Birliği) Başkanı tarafından yapılacak, diğer taraftan ABA (Amerikan Barolar Birliği) Başkanı da bir konuşma gerçekleştirecektir. ABA Etik Kurulu ile Bilişim Kurulları da sunumlar yapacaktır.

Ellinci yıl kutlamaları kapsamında gerçekleştirilecek etkinliklerden üçüncüsü ve son olanı 26 Kasım tarihinde Brüksel'de gerçekleştirilecek olan konferanstır. Bu konferansın konusu adli yardım olarak belirlenmiş bulunmaktadır.

STOKHOLM PROGRAMININ UYGULANMASINA İLİŞKİN EYLEM PLANI

Bilineceği gibi Stokholm Programı 2010-2014 yılları ara-

sı AB'nin; "özgürlük, güvenlik, adalet" konularında vatandaşlarına sunulacak hizmetleri kapsamaktadır. Program dahilinde irdelenecek hususlar; AB Komisyonu Adalet/Yargı Genel Müdürlüğü'nün kurulması, meslek sırrı ve avukatlık mesleğinde ayrıcalık, insan hakları, ceza yargılamasında yargılanma teminatı, e-adalet, sınır ötesi kanunların değerlendirilmesi, bilgisayar ağları, eğitim, hukuki ve cezai konularda karşılıklı tanıma.

Bu kapsamda yapılan değerlendirmeler ışığı altında; AB Komisyonu'nun ilk dört buçuk yıllık çalışma planı "*adalet/yargı*" başlığını kapsayacaktır. Bu başlık kapsamı altında CCBE'de pek çok konuyu ele alarak değerlendirmelerde bulunacaktır. Bu konulardan birisi de "*Avrupa Hukuk Enstitüsü*" olacaktır.

AKZO NOBEL DAVASI

9 Şubat 2010 tarihinde, Avrupa Adalet Divanı'nda C 550/07 P sayılı Akzo Nobel davasının duruşması yapılmıştır. Söz konusu dava; Komisyonun Akzo şirketi nezdinde belgeler üzerinde yaptığı teftiş ve incelemeler üzerine söz konusu şirket, bu belgeler ve Akzo şirketinin hukuk biriminde çalışan avukatıyla yapılan yazışmaların yasal dokunulmazlıkları olduğu iddiasında bulunmuştur.

Dava konusu ile ilgili yazışmaların yapıldığı avukat şirket bünyesinde çalışmakta olup Hollanda Barosu'na üye idi. Bu davaya İrlanda, Hollanda, İngiltere ve Kuzey İrlanda müdahil olarak katılmıştır.

Duruşmanın diğer tarafları ise Avrupa Komisyonu, CCBE, Hollanda Barosu, Avrupa Şirket Avukatları Birliği, Amerikan Kurumsal Hukuk Müşavirleri Birliği ve Uluslararası Barolar Birliği'dir. Dava ile ilgili olarak kanun sözcüsü 29 Nisan 2010 tarihinde görüşünü yayımlamış bulunmaktadır. Bu görüşe göre; bir şirkette ücretli olarak çalışan avukat, bu avukatın baroya kayıtlı olup olmasına bakılmaksızın, serbest çalışan bir avukatın sahip olduğu bağımsızlığa sahip değildir.

Bir işverene bağlı olarak çalışan avukat işverenine bağlı olup, bir müvekkilin talimatı ile çalışan serbest avukattan daha az bağımsız bulunmaktadır. Baro üyesi olan kurum avukatlarının ay-

rıcalıklı bir dokunulmazlıkları bulunmamaktadır. Sözcüye göre Hollanda, İrlanda ve İngiltere'nin kurum avukatlarına ayrıcalık tanınması 27 AB üyesi ülkenin yargılama yetkisi tarafından kabul edilmiş bir uygulama değildir. Konuya ilişkin olarak 1982 yılında AM&S davasında verilmiş karar uyarınca; AB hukukuna göre avukatlık mesleğine ilişkin hukuki dokunulmazlık ve gizlilik sadece serbest çalışan bir avukatın müvekkili ile yaptığı yazışmalar bakımından söz konusu olacaktır.

ANDORA BAROLAR BİRLİĞİ GÖZLEMCI ÜYELİK BAŞVURUSU YAPMIŞTIR

18 Kasım 2010 tarihinde Andora Barolar Birliği CCBE gözlemci üyeliği için başvuruda bulunmuştur. Söz konusu baronun başvurusu Kasım 2010 tarihinde yapılacak CCBE Genel Kurul toplantısında değerlendirilecektir.

ŞİRKETLER HUKUKU

Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan Avrupa Şirketi (European Company/SE) kanunu ile ilgili olarak görüşü talep edilen CCBE, Mayıs 2010 tarihinde düzenlemeyle ilgili görüşünü Komisyona bildirmiştir.

CEZA HUKUKU

Ceza yargılaması usulü bakımından AB Komisyonu tarafından hazırlanan yol haritası ile ilgili olarak 5-6 yıllık bir çalışma öngörülmektedir. Bu haritaya göre usul hukuku açısından belirlenen hak ve öncelikler şu şekilde sıralanmıştır:

- Tercüme ve mütercim hizmeti sağlanması,
- Haklar ve yükümlülükler, cezai yaptırımlar konusunda bilgilendirme,
- Adli yardım ve hukuki danışmanlık,
- Akrabalarla, işveren ve Konsolosluk yetkilileri ile görüşme/iletişim,
- Korunmasız kişiler için özel tedbirlerin alınması.

CCBE Ceza Hukuku Komitesi konuya ilişkin, özellikle birinci öncelik ile ilgili bir rapor hazırlamaktadır.

Yapılan değerlendirmeler ışığında ikinci sırada yer alan hak konusunda Komisyon'un Temmuz 2010 tarihinde bir direktif tasarısı sunacağı öngörülmektedir.

Diğer taraftan, Temmuz 2010 tarihinde başlayacak olan Belçika Başkanlığı döneminde yeni bir inisiyatif ele alınacaktır. Bu inisiyatifin "Avrupa tahkikat/soruşturma emri" başlığı altında bir yönetmelik şeklinde düzenleneceği tahmin edilmektedir. Bu yeni yönetmelik Avrupa Delil Müzekkeresi'nin yerine geçecektir.

Ceza hukuku alanındaki eylem planında yer alan diğer tedbirler aşağıda yer almaktadır:

- Mağdurların korunması ve Avrupa Koruma Müzekkeresi
- Gözaltı konusunda ilişkin yeşil kitap
- Karşılıklı adli müzaheret kapsamında yasal düzenleme teklifi
- Avrupa Ceza Sicil Kaydı Bilgi Sistemi ile ilgili yaptırım uygulanması teklifi
- Suç türlerinin sınıflandırılması
- Avrupa Tutuklama Müzekkeresi Çerçeve Kararının uygulanmasına ilişkin değerlendirme
- Suçlu ve şüpheli şahıslara ilişkin asgari haklar konusu gündeme getirilmelidir.

ADALET, TEMEL HAKLAR VE VATANDAŞLIK GENEL MÜDÜRLÜĞÜ

AB Komisyonu 2 Haziran tarihinde bir duyuru yaparak adalet, özgürlük ve güvenlik genel müdürlüğünün 2 Temmuz tarihinden itibaren ikiye ayrılacağını duyurmuştu. Bu açıklama CCBE tarafından çok yerinde bulunmuştur. Zira CCBE 2003 yılından beri AB Komisyonu nezdinde adalet konusunda ayrı bir genel müdürlük kurulmasında ısrarcı olmuştur.

Diğer taraftan, CCBE tarafından 2009 yılında verilen bir muhtıra ile Lizbon Antlaşmasının kabulünden sonra ceza ve hukuk davalarında adli müzaheret daha önem kazanacağı, dolayısıyla AB Komisyonu'nun kurumsal yapısının boşluk yaratacağı ve iyi hizmet veremeyebileceği vurgulanmıştı.

Bu bağlamda, CCBE yeni oluşum ile vatandaşlara adalet ve

hukuk alanında daha iyi hizmet sunulacağına ve Lizbon Antlaşması hükümlerinin uygulanmasının kolaylaştıracağına inanmaktadır.

HUKUK VE TİCARET DAVALARINDA AVRUPA ADLİ YARGI AĞI (ENJ)

Avrupa Birliğine üye ülkeler arasında iletişimi ve bilgi alışverişini kolaylaştıracak olan EJM ulusal meslek örgütlerinin ve doğrudan Topluluk hukuku ve araçlarını kullanan ve hukuk ve ticari davalarda uluslar arası adli müzaheretin söz konusu olduğu alanlarda kullanılacaktır. CCBE, AB üyesi olan ülke barolarının ağa katılımını teşvik etmektedir. Çek ve İsveç Barolar Birliği katılım sağlayan üyelerden olup, bu kapsamda iyi bir işbirliği, bilgi alışverişi ve adalet bakanlıklarıyla iyi bir işbirliği sağladıklarını bildirmişlerdir.

AVRUPA HUKUK ENSTİTÜSÜ

CCBE, AB Komisyonu ile yaptığı görüşmelerde Avrupa'da faaliyet göstermek üzere Amerikan Hukuku Enstitüsü (ALI) benzeri bir kurumun, Avrupa Hukuk Enstitüsü(European Law Institute)(ELI) adı altında kurulması fikrini önermiş ve desteklediklerini ifade etmiştir. AB Komisyonu Adalet ve İnsan Haklarından sorumlu Komiseri Viviane Reeding de çeşitli toplantı ve etkinlikte konunun önemine değinmiştir. Amaç, Avrupa hukuku ve Avrupa topluluk hukukunu, akademik araştırma ve hukuk eğitimi ile geliştirmek ve güçlendirmektir.

ADLİ YARDIM

CCBE, Stokholm Programı çerçevesinde, adli yardımın adalete erişim konusunda ki öneminden hareket ederek bir çalışma yürütmektedir. Bu çalışmada özellikle sınır ötesi adli yardım konusuna ağırlık verilmektedir. Bu doğrultuda, CCBE 50. kuruluş yıldönümü etkinlikleri kapsamında 26 Kasım 2010 tarihinde düzenleyeceği kolokyumun konusunu adli yardım olarak belirlemiş bulunmaktadır.

DAVA MASRAFLARI SİGORTASI

CCBE yeni bir çalışma grubu oluşturarak bu çalışma grubunun özellikle dava masrafları sigortası konusunda çalışmalar yapmasını öngörmüştür. CCBE bu konunun, özellikle avukat seçimindeki serbesti ve sigortalı kişiler göz önüne alınarak büyük önem arz ettiğini vurgulamıştır.

KARA PARA AKLAMA

AB Komisyonu 2009 Temmuz tarihinde açtığı ihale ile kara para aklama direktifinin özellikle avukatlık mesleği üzerindeki etkisi konusunda bir çalışma yapılmasını ve bu konuda bir rapor oluşturulmasını istemiştir. Söz konusu çalışma başlatılmış ve sürdürülmekte olup, özellikle 2005 tarihli Kara Para Aklama Direktifi'nin 42. maddesi kapsamında değerlendirme yapılmaktadır. CCBE, bu çalışmalarını yürüten Deloitte ile işbirliğini sürdürmektedir.

CCBE'NİN AB KOMİSYONUNUN

"AB VATANDAŞLARININ HAKLARI"

KONULU ÇALIŞMASINA KONUSUNDAKİ GÖRÜŞÜ

Avrupa Barolar ve Hukuk Birlikleri Konseyi (CCBE) 31 tam AB üyesi ülke ile 11 yedek ve gözlemci üye ülke baroları aracılığı ile 1 milyon Avrupalı avukatı temsil etmektedir.

Bu bağlamda, CCBE; Avrupa Komisyonu'nun vatandaşların günlük hayatlarında, özellikle sınır ötesi konularla ilgili olarak, karşılaştıkları engel ve olumsuzlukları giderme konusundaki açıklamalarını memnurlukla karşılamıştır.

CCBE irdelenen ve çözüm aranan konular arasında bulunan doğum, evlilik, ölüm belgelerinin üye ülkelerce karşılıklı olarak kabul edilmesi ve bu doğrultuda formalite ve masrafların azaltılması neler yapılması gerektiği konusundaki soruyu yanıtlamak istemiştir. CCBE bu yaklaşımı desteklemekte olup konuyla ilgili önerisi aşağıda yer almaktadır:

CCBE'ye göre; medeni hollere ilişkin resmi olarak düzenlenmiş veya bir üye ülkede kayıt edilmiş olan belgeler, verildikleri

üye devlette geçerli olarak kabul ediliyorsa diğer üye devlette de kabul edilmelidir.

Bu belgelerin sadece orijinalleri değil üye ülkede kabul edilen benzer nitelikli belgeler de kabul edilmeli ve geçerli sayılmalıdır. Zira vatandaşlar, hukuki düzenlemelere, bu düzenlemeler yasal etkisi olan kanun veya herhangi bir düzenleme olsun, uymakta ve güvenmektedir.

Diğer taraftan, “karşılıklı kabul” (*mutual recognition*) Avrupa hukuk kültüründe önemli bir prensiptir. Nitekim gerek La Hey Programı gerekse Stokholm Programında belirtildiği gibi üye devletlerin farklı hukuk sistemlerine ve geleneklerine, vatandaşların hangi üye ülkeden olduğuna bakılmaksızın menfaatleri göz önüne alınarak, saygı gösterilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

HESAP VEREBİLİRLİK VE ŞEFFAFLIK

ACCOUNTABILITY AND TRANSPARENCY

Vedat Ahsen COŞAR*

başkandan / from the President

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'na seçildiğim günden bugüne yaklaşık iki aylık bir süre geçti. Geride kalan bu iki aylık sürede, rutin olarak yapılanların dışında gerçekleştirilen en önemli hizmet, daha önce işletme hakkı ve yetkisi bağitlanan sözleşme ile Türkiye Avukatları Sosyal Dayanışma ve Yardımlaşma Vakfı'na verilen Türkiye Barolar Birliği'ne ait otelin işletme hak ve yetkisinin vakıftan alınarak, yeni kurulan Türkiye Barolar Birliği Sosyal Dayanışma ve Yardımlaşma Fonu İktisadi İşletmesi'ne verilmesi oldu.

Bu tasarrufumuzun nedenleri; otelin işletmeye açılmasının fazlasıyla gecikmesi, vakfın, oteli işletmeye açacak ve işletecek kadar sermayesinin olmaması, otelin işletmeye açılması ve işletilmesi için gerekli sermaye ve işletme giderlerinin Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu tarafından karşılanmış ve daha da karşılanacak olmasıdır.

Hemen işaret etmek gerekir ki, otelin işletmeye açılması ve açıldıktan sonra işletilebilmesi için gerekli sermayenin, Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu tarafından karşılanması Fon Yönetmeliği'ne aykırıdır. Dahası otelin, Medeni Yasa hükümlerine göre kurulmuş olan ve ayrı bir özel hukuk tüzel kişiliğine sahip bulunan vakıf tarafından işletilmesi, tekil olması gereken yönetimin ikiye bölünmesi ve buna bağlı olarak vakıf yönetiminin otelin finansörü durumunda olan fon yönetimi ile onun da üzerinde bulunan Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nu mali ve idari yönden domine etmesi sonucunu doğurmakla hem yanlış ve hem de sakıncalıdır. Nitekim bu parçalanmış iktidar ilişkisi, otelin açılmasını geciktirdiği gibi sözleşmenin karşılıklı olarak varılan anlaşma sonucu feshi sonrasında başlayan ve halen devam eden tasfiye sürecinde ciddi sıkıntıları ve sorunları da beraberinde getirmiştir.

* Av., Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

Yönetim Kurulumuzun aldığı bu doğru ve yerinde karar, etkisini hemen göstermiş; bu bağlamda bir yıla yakın bir süreden bu yana açılmayan otelin iki katı, vakıfla ilişkilerin sona erdiği tarihten itibaren yaklaşık on gün gibi çok kısa bir süre içinde eksiklikleri giderilerek hizmete açılmıştır. Otelin açıklanan çerçevede hizmete açılmasından sonra, toplantı için Ankara'ya gelen Yönetim Kurulu üyeleri 8-9-10 Ağustos 2010, Disiplin Kurulu üyeleri de 12-13 Ağustos 2010 tarihlerinde otelde konaklamışlardır. Yine Ankara'da tedavi görmekte olan iki meslektaşımıza, Ağustos ayı içinde refakatçi eşleriyle birlikte otelimizde konaklama olanağı sağlanmıştır.

Mevcut diğer eksiklikleri de hızla giderilmekte olan otel, 17 Eylül 2010 tarihinde hizmete açılacaktır. Buna göre otelimiz, 17-18 Eylül 2010 günlerinde yapılması kararlaştırılan Baro Başkanları toplantısı için Ankara'ya gelecek olan Baro Başkanlarımızın hizmetine sunulacaktır.

Çağdaş yönetim anlayışının temel ilkelerinden birincisi cevap verebilirlik, yani bir kişinin veya kurumun tavrını, duruşunu, tasarrufunu, eylemini açıklama ve başkasının eleştirisine açık tutma yükümlülüğü anlamına gelen *hesap verebilirlik*, ikincisi ise *şeffaflıktır*. Esasen hesap verebilirlik ile şeffaflık birbirlerini tamamlayan bir bütündür. Bu bağlamda hesap verilebilirliği mümkün ve kolay kılan şeffaflıktır.

Yönetim olarak bunun bilincinde ve esasen bu anlayışta olduğumuz için Türkiye Barolar Birliği'nin tüm alımlarında ve harcamalarında bir ilki başlattık. Bu bağlamda 31 Temmuz 2010 tarihinden itibaren Birliğin tüm gelir ve giderlerini haftalık olarak web sayfamızda mali bülten adıyla yayımlamaya başladık. Yine 28 Temmuz 2010 tarihli web sayfamızda Birliğin yapacağı alımların ismini, cinsini, adedini açıkça belirtmek suretiyle ilana çıktık. Gelen teklifleri ve bunların içinden hangisini, hangi nedenle tercih ettiğimizi yine web sayfamızda yayımladık.

Türkiye Barolar Birliği tarihinde bir ilk olan her iki uygulama da, bundan sonra her hafta ve yine her alım için uygulanacak ve giderek kurumsallaşacaktır.

Günümüzün kuruluşları, güce dayalı yapıdan, bilgiye ve sorumluluğa dayalı bir yapıya dönüşmüşlerdir. O nedenle günümüzün kuruluşlarında, kuruluşun amaçları, katkıları, davranışları, performansı konusunda herkesin sorumluluk alması gerekir. Kuruluşlarda ast/üst diye bir şey yoktur. Sadece birlikte çalışan insanlar vardır. Onun için kuruluşun bütün üyelerinin; benim bu kuruluşa yapabileceğim en önemli katkı nedir diye kendisine sorması, her üyenin sorumluluk sahibi olması, karar yetkilisi olarak çalışması, kendi amaçlarının kuruluşun amaçları ile örtüşmesini sağlaması gerekir.

Günümüzde yetki ve görev vermektense çokça ve sıkça söz edilmektedir. Bu, komuta ve kontrole dayalı kuruluş anlayışının işlevini ve önemini tamamladığını göstermektedir. Her ne kadar, bu kavramlar kimileri yö-

nünden daha hala gücü ve rütbeyi çağrıştırmakta ise de, artık bizim bunların yerine sorumluluklardan ve katkılardan söz etmemiz gerekir. Zira beraberinde sorumluluk bulunmayan güç, güç değildir, sorumsuzluktur. Onun için amacımız, insanları sorumlu kılmaktır. Esasen bilgiye ve sorumluluğa dayalı bir kuruluştaki yönetim işi, herkesi yönetici yapmak değil, herkesi katılımcı yapmaktır.

Bir çalışma grubu veya kuruluş bağlamında, başarıya ulaşmak için yerine getirilmesi gereken temel işlevler; *konuyla ilgisi bulunan ve ulaşılabilecek her türlü enformasyonu aramayı, kuruluşun görevini, hedefini veya amacını tanımlamayı, doğru karar üreten yapıda işleyebilen bir plan yapmayı kapsayan **planlama**; kuruluşu gösterilen ve nedenleri açıklanan hedef doğrultusunda **harekete geçirme**; her türlü işleyişin amaca ulaşmaya katkıda bulunmasını sağlamayı, işleyiş hızını etkilemeyi, kuruluş standartlarını korumayı gerçekleştirecek şekilde **kumanda**; kuruluş üyelerinin ve katkılarının kabul edilmesini, bireysel birikimlerinin geliştirilmesini, cesaretlendirilmesini, disipline edilmesini sağlayacak ve kuruluş ruhunu yaratacak şekilde **destekleme**; görevleri ve planları netleştirmek, gerek üyelere ve gerekse dışarıdan bilgiler almak suretiyle kuruluşa ve üyelerine **bilgi verme**; kuruluşun performansını, üyelerinin standartlar karşısındaki özgül performanslarını **değerlendirme**-dir.*

Yönetim biliminin gerektirdiği bu ilke ve doğruların yanı sıra hukukun ve sosyal yaşamın değişik alanlarında verdikleri hizmet, ürettikleri fikir, üstlendikleri sorumlulukla; Baro yönetimlerine olduğu kadar Baro üyesi avukatlara, vatandaşlara ve hatta kamu kurum ve kuruluşlarına hizmet eden birimlerin başında Baroların kurul ve komisyonlarının geldiğinin bilincinde ve ayırda olan yönetimimiz, Türkiye Barolar Birliği bünyesinde bir ilki gerçekleştirmek suretiyle; *Staj ve Meslek İçi Eğitimi Kapsayan Eğitim Merkezi, Kadın Hakları Kurulu, Çocuk Hakları Kurulu, Spor Hukuku Kurulu, Avukat Hakları Kurulu, Kamu Avukatları Kurulu, Bilişim Kurulu, Vergi ve İdare Kurulu, Yasa İzleme Kurulu, Parlamento ile İlişkiler Kurulu, Engelli Avukatlar Kurulu, Çevre Kurulu* olmak üzere ilk aşamada on iki ayrı kurul kurulmasına karar vermiştir.

Çok yakında çalışır konuma getireceğimiz bu kurulların, hem yönetimimize ve meslektaşlarımıza hem de halkımıza ve ülkemiz hukukuna önemli hizmetler vereceğine inanıyoruz.

Geride kalan iki aylık süre içinde gerçekleştirilen bir diğer önemli hizmet de, güvenlik açığı olduğu tespit edilen Türkiye Barolar Birliği İnternet sayfasının bu açığının kısmen de olsa kaldırılması ve yine son derece işlevsiz ve hantal olan İnternet sayfasının makyajlanarak yeni bir formata kavuşturulmuş olması ve sayfaya İngilizce tanıtım bölümünün eklenmiş bulunmasıdır.

Şimdilerde makyajlanarak kullanılmakta olan İnternet sayfasının yeniden yapılandırılması yönündeki çalışmalar sürmekte olup çok yakın bir gelecekte İnternet sayfamız yeni içeriği ve formatı ile hizmete girecektir.

Bu süreçte gerçekleştirilen küçük ama önemli bir diğer hizmet de Barolar Birliği'nin çalışmayan e-posta adresinin çalışır hale getirilmesi olmuştur. E-posta yoluyla yapılan Bilgi Edinme Yasası kapsamındaki başvurulara yanıt vermek yönünden de gerekli ve hatta yasal zorunluluk olan sistemin gecikmeli de olsa çalışır duruma getirilmiş olması, hem Birliğimiz, hem de yurttaşlarımız için önemli bir kazanım olmuş, bu bağlamda Bilgi Edinme Yasası çerçevesinde yapılan başvurulara gerekli yanıtlar verilmeye başlanmıştır.

Kurum ve kuruluşları başarıya taşıyacak olan gereksinimlerin başında sistem ve sistemi çalıştıracak olan insan malzemesi gelir. Hiç kuşkusuz bir kurum ve kuruluş için en ideal olan yapı, iyi bir sistemin yanı sıra kaliteli insan malzemesine sahip olmaktır. Kaliteli insan malzemesi mi, yoksa iyi bir sistem mi sorusunun yanıtı hiç kuşku yok ki kaliteli insan malzemesidir. Zira sisteminiz iyi olmasa dahi, insan malzemeniz kaliteli ise başarıya ulaşmanız mümkündür.

Bu anlayışa sahip olan yönetimimiz, Türkiye Barolar Birliği'nin kurumsallaşma konusundaki eksikliklerini gidermek, verimli ve sağlıklı işleyen bir örgüt modeli oluşturmak, elindeki insan malzemesini buna göre kullanmak amacıyla bu konularda uzman olan Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi (TODAİ) ile bir sözleşme bağtılamıştır.

Benim başkan olarak seçilmemden önce bağtılanmış olan bu sözleşmeye konu sistem ve alan çalışmaları, TODAİ tarafından tamamlanmış ve hazırlanan rapor Birliğimize intikal etmiştir. Hazırlanan bu rapor çerçevesinde Birliğimiz, gerek örgütlenme, gerekse istihdam edilen personel yönünden yeni bir yapılanma sürecine geçmiştir.

Bu yapılanma süreci sonunda oluşturulacak örgütlenme modeli, hesap verebilirlik ve şeffaflık anlayışına uygun biçimde, bu bağlamda organların/birimlerin görev, yetki ve işlevlerinin ast durumundakilerin performansını fiilen denetleyebilecekleri ve değerlendirebilecekleri bir tarzda tanımlanmasını kapsayacaktır.

E-Birlik, Kayıtlı Elektronik Posta Sistemi, Doküman Yönetim Sistemi, Üye İlişkileri Yönetim Sistemi, İnternet Sitesi Yönetimi, Birlik Envanteri Kayıt Sistemi, Kütüphane Sorgulama Sistemi, Türkiye Barolar Birliği ile Barolar Arası Güvenli Ağ Sistemi gibi bilişim ve iletişim teknolojilerinin gerektirdiği model ve modüllerle de tahkim ve takviye edilecek olan bu yeni örgütlenme modeli, çok yakın bir zamanda etkisini olumlu yönde gösterecek ve Türkiye Barolar Birliği her yönüyle örnek bir kuruluş düzeyine gelecektir.

Saygılarımla.

HUKUKTA BİLİMSEL YAKLAŞIMIN ÖNEMİ

THE IMPORTANCE OF SCIENTIFIC APPROACH IN LAW

Sedat ÇAL*

Özet: Sosyal bir bilim olarak hukuk, doğa bilimleri alanında olduğu gibi bilimsel bir yaklaşımı zorunlu kılar. Bu çalışmada, hukuk alanında bilimsel yaklaşımın gereklerine kısaca değinilmesi ve bu bağlamda uygulamada ortaya çıkan sorunlara atfen kimi temel eksikliklere yer verilmesi öngörülmektedir. Konuya hukuk biliminin geneli itibariyle yaklaşımakla birlikte, ele alınan kısıtlı sayıdaki örnekten hareketle, durum idare hukuku bakımından da çok kısa biçimde değerlendirilmektedir. Çalışmada hukuk biliminde (idare hukuku alanına vurgu yapılarak) eleştiri gereksinimi ve kavramsal arınma zorunluluğu ile hukukta analitik bakış açısının önemi üzerinde durulmaktadır. Dahası, bilimsel yaklaşımın mutlaka gerçekliği kavraması gerektiği ayrıca vurgulanmaktadır. Çalışma, genel hukuk bilgisine sahip olanlara hitap edecek biçimde kurgulanmıştır.

Anahtar Sözcükler: Bilimsel yaklaşım, analitik düşünce, hukukta eleştiri, hukuksal irdeleme, hukuksal yaklaşım.

Abstract: As a social science, law makes it imperative to employ the scientific approach same as in natural sciences. This study aims briefly at underlying the need for reference to the scientific approach, and touches in this context on basic shortcomings by way of illustrating certain problems emerging in the course of legal practice. Albeit the issue is addressed in the generality of the law as a science, it is also evaluated –yet in a concise manner– with an emphasis on administrative law by focusing on a limited number of cases taken in this field. The study highlights the need to have critics and distance any conceptual pre-occupations, and underlines the importance of employing an analytical mindset in law (with a focus on administrative law). Furthermore, it is stressed that the scientific

* Dr., Kıdemli Uzman, Yatırımlar Direktörlüğü, Enerji Şartı Sekreterliği, Brüksel (Senior Expert [Investment], Energy Charter Secretariat, Brussels, cal@encharter.org).

approach requires as a thumb rule the fully embracing of the reality. It should also be born in mind that this study is targeted at those acquainted with the certain basics of law as a background.

Keywords: Scientific approach, analytical thinking, critics in law, legal reasoning, legal approach.

*“Ya Rab ne eksilirdi dergam-ı izzetinden,
Peymane vücuda zehr-i âb dalmasaydı;
Azade ser kalırdı nasib-u derd-i gamdan,
Ya dehre gelmeseydim ya aklım olmasaydı”*

Ziya Paşa

Giriş

Bilim, gerçeği aramak üzere yola çıkar ve bilime özgü ölçüt ve yöntemlerle gerçeğe ulaşmaya çalışır. Bir sosyal bilim olarak hukuk¹ alanında da temel amaç, hukuksal gerçekliğe ulaşmaya yönelik çaba göstermek, bunu yaparken bilimin gerekleriyle uyarlık içeren yöntemler kullanmak suretiyle hareket etmektir.

Temel bilimler alanında somutluk ve kesinlik (keza, bu anlamda deneylerle doğrulanabilme özelliği) daha bir belirgin biçimde öne çıkarken; sosyal bilim alanında kesinlik, doğası gereği zordur. Bu anlamda, temel bilimlerde bir soruna karşı tek bir çözümden sözedilebilmesi olanağı bulunurken, sosyal bilimlerde (ve bu arada özellikle hukuk alanında) birden fazla çözüme varılması, yahut aynı konu veya olayla ilgili birden fazla sonuçla karşılaşılabileceği mümkündür.²

¹ Hukukun bir sosyal bilim olarak değerlendirilebilmesi ve bu bağlamda hukuksal pozitivizmin hukuku bilim olarak ele alabilmeye yönelik yaklaşımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Karakaş, Jale, Hukuki Pozitivizmde Norm Üretme Sürecinde Ortaya Çıkan Epistemolojik Problemler, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkiivi (HFSA)*, 10. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), İstanbul Barosu, İstanbul 2004, s. 98.

² Esasen, temel bilimler alanında öğrenim görenlerin hukuksal usavurmayı bir tür- lü algılayamamasının altında da işte bu özelliğin yattığı söylenebilir. Bir mühendis için ortada bir sorun varsa, buna yönelik (ayrı yöntemler bulunabilse dahi, nihai sonuç anlamında) genellikle tek bir çözüm ortaya çıkacaktır. Oysa hukuk alanında bir sorun için birden fazla çözümden bahsedilebilmektedir, zira tek bir “doğru”dan söz etmek zordur. Bu bağlamda, “birden fazla cevap” tezine en iyi örnek olarak mahkemelerin çoğunluk kararları gösterilebilir (bkz. Özkök, Gülriz, Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine, *AÜHFD*, C. 51, Sy. 2, 2002, s. 2). Çözüme yö-

Bu durum çerçevesinde, öğretiden bir yazarın –konuyu ironiyle karışık biçimde ele alan içerikteki- değişisine yer verirsek;

“Jhering’in Hukuk Biliminde Şaka ve Ciddiyet’inde (1860 vd.) hukukçuların düşünce ve çalışma tarzı konusunda çok sayıda kinayeden sonra şu düşünce yer almaktadır: ‘dialektik-hidrolik yorum presi yardımı ile her yerden neye ihtiyaç varsa, o çıkarılır.’”³

Öğretide hukukun doğa bilimlerine görece belirsizlik içeren bu özelliğine dikkat çeken bir başka görüşte ise, aşağıdaki ifadeye yer verilmektedir:

“Dilthey’e göre, beşeri bilimlerde doğa bilimlerinde olanın tersine tek ve kesin bir yöntem bulunmamaktadır. Zira beşeri bilimler doğa bilimleri gibi açıklayıcı normatif bilimler değildir. Genel olanla ve yasayla belirlenen doğa bilimlerinin tersine, beşeri bilimlerde bireysellikler, özgünlükler ve özel oluşumlar ilgi alanı içerisinde yer almaktadır.”⁴

Giderek, temel bilimler alanında toplumdan topluma veya zamandan zamana değişen doğrular doğası gereği ortaya çıkan bir özellik değilken, ikincisinde tam da böyleleri bir nitelikten sözedilebilir.

Bu ayrılıklarına karşın, sosyal bilimleri ve bu arada hukuku temel bilim alanına yaklaştıran başlıca öge ise, bilimsel araçlar ve yöntemler kullanma gereğinde belirir. Hukuk alanında gerçeğe ulaşmak için de, temel bilimler alanında olduğu gibi, analitik bir irdelemeyle “üç T”-yani, “tetkik, tahlil ve tenkit”-⁵ yöntemini kullanmak gereği vardır. Zira

nelik parametreler çok sayıda olduğundan, hukukçunun kendisine yöneltilen bir hukuksal soruya genellikle verdiği yanıt, –temel bilimciler tarafından anlaşılama-pahasına- “duruma bağlı” olmaktadır (Anglo-Sakson hukuk literatüründeki ifadesiyle, “it depends”).

³ Bkz. Adomeit, Klaus, Hukuki Yöntem, (Çev. Altan Heper), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA)*, 10. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), İstanbul Barosu, İstanbul, 2004, s. 44.

⁴ Kılıç, Muharrem, Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz, *HFSA*, 12. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – II”, Sempozyum, 7-11 Eylül, 2004, İstanbul, Bildiriler / 1, İstanbul Barosu, İstanbul, 2005, s. 94 (alıntı yapılan metindeki atfırlara yer verilmemiştir).

⁵ Bkz. Derbil, Süheyp, Ankara Hukuk Fakültesi’nin 25. kuruluş yıldönümü vesilesiyle yapılan konuşma, *AÜHFEM*, C. 7, S. 3-4, 1950, s. 10-20.

toplumdaki yaygın kanının aksine, “*hukukta ezber yoktur*”.⁶ Bu anlamda, hukuk alanında ele alınan konunun öncelikle etraflıca incelenmesi ve ayrıntılı biçimde irdelemeye gidilmesi; bunu yaparken de analitik bir yaklaşım sergilenmesi gerekir. Akabinde, eleştirel bakışla elde edilen değerlendirmelerin sergileneceği bir yapı içerisinde kişisel kanıların da açıkça ortaya konulması gerekecektir. Böylece, hukuksal yaklaşım itibarıyla şekilci bir analizle konuların değerlendirilmesinden uzak kalınması ve analitik bir bakışa sahip olunması, önemli bir unsur olarak belirmektedir.

Bu çalışmada, hukukta bilimsel bir yaklaşım sergilenmesi gereğine işaret etmeyi ve bu bağlama yönelik olarak ortaya çıktığını düşündüğümüz kimi eksikliklere dikkat çekmeyi öngörüyoruz. Bunun sonucunda, idare hukukunda bilimsel bir yaklaşımın hangi bakımlardan sorunlar yaratabildiğine ise bu çalışmada sadece kısa bir kapsam dahilinde değinilecektir.

I. Bilimsel Yaklaşımın Belirgin Özellikleri

Öncelikle vurgulanması gereken husus şudur ki, bilimde “*cedel*” esastır. Bu anlamda, daha önce başkalarınca dile getirilmiş görüşlerin tekrarlanması ve fakat bunların tahlili yahut tartışılması gibi hususlardan kaçınılması şeklinde bir uygulama kabul göremez. Değiş yerindeyse, bilim alanında her gün, bir Kırkpınar şölenidir. Her an bir fikir mücadelesine zemin doğar. Şu farkla ki, sözünü edebilmek bakımından bir kısıtlamaya asla yer yoktur; “*deste pehlivanı*” da, -halk tabiriyle- “*somun pehlivanı*” da meydana çıkar ve “*baş pehlivan*”a karşı “*cedelleşen*” görüşünü ileri sürebilir.

“*Her fikir hür ve muhteremdir*” deyişinin de işaret ettiği gibi, herkesin sözü -ileri sürülebilme ve akabinde bizatihi kendisi de sorgulanmaya maruz bırakılmak bakımından- eşittir. Her “*pehlivan*” iddiası taşıyan, “*bilimin er meydanı*”a çıkıp “*temennasını çakarak*” bir “*peşreve*” ve “*elenseye*” -eski deyişle, “*kıymeti kendinden menkul olmak üzere*” - girişebilir.

⁶ Güran, Sait, Hukuk Fakültelerinde Öğretim, *Türkiye Barolar Birliği (TBB) Uluslararası Sempozyumu*, Ankara, 2003 (<http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/saitguran.doc>).

Dolayısıyla, bilim alanında ister yargı içtihatlarında belirmiş olsun, ister öğretide ileri sürülmüş savlar arasında yer alsın, hiç bir düşünce veya yaklaşım sorgudan bağımsız kalamaz ve giderek kılınmaz. Dahası, halk arasındaki pekiyi bilinen bir beyitte dile getirilen;

*“Hiç ummadığın keşfeder esrar-ı derûnun,
Sen herkesi kör alemler sersem mi sanırsın?”⁷*

ifadesinin açıkça ortaya koyduğu üzere, bilim alanında sav ileri sürülebilme bakımından ve keza ileri sürülen düşüncenin dikkate alınması bağlamında bir ünvan sahibi olmak –asla– bir önkoşul olamaz.

Kaldı ki, ister doğaya, ister inanç odaklı yaklaşım çerçevesinde ilahi bir güce hamledilsin, her halükarda ortada bir gerçek vardır: İnsanlar arasında sağlıklı düşünce ileri sürebilme yeteneği oldukça adil biçimde dağıtılmıştır. Doğal ya da ilahi adalet, çobandan dâhi, dâhiden çoban çıkaran bir kuşaklar arası dengeyi hayran olunası biçimde binlerce yıldır sergilemektedir.⁸ Atatürk’ün değindiği gibi;

“Biz cahil dediğimiz zaman, okulda okumamış olanları kastedmiyoruz. Kastettiğimiz bilim, gerçeği bilmektir. Yoksa okumuş olanlardan en büyük cahiller çıktığı gibi, hiç okumak bilmeyenlerden de gerçeği gören hakiki bilginler çıkabilir.”⁹

Bu itibarla, ileri sürülen her bir görüş, gerçekliği kavramaya yetkinliği sorgulanmak üzere dikkate alınmak ve değerlendirilmek zorundadır.¹⁰ Böylece, bir görüş sahibinin akademik ünvan taşıma-

⁷ Beyit, Ziya Paşa’ya aittir.

⁸ İşte bundan dolayıdır ki, bir toplumda sosyal adaletin sağlanması sadece bir kuşak içerisinde yarar sağlamaz; bundan daha önemlisi, izleyen kuşakların sağlıklı biçimde gelişimine olanak sağlamak suretiyle sonraki kuşakların refahına katkı sağlar. Böylece, aslında bugün sözgelimi komşusu Hüsrev beye –doğrudan veya sosyal devlet ilkesi çerçevesinde vergileri üzerinden devlet aracılığıyla- yardımda bulunan, yarın Hüsrev beyin neslinin kendi çocuklarına yardımcı olmak durumuna gelmesine imkan vererek, aslında kendi neslinin ve bu yolla toplumun genelinin gelişmesine ve gönencine katkı sağlıyor demektir.

⁹ Cihat Akçakayalıoğlu (Atatürk ve Eğitim, Türk Eğitim Derneği Yayını, 1981, s. 363)’ndan aktaran: Özata, Metin, *Atatürk, Bilim ve Üniversite*, Tübitak Yayını, Ankara 2007, 101.

¹⁰ Güncel yaşamda, hiçbir eğitimden geçmemiş kişilerin çoğu zaman olağanüstü sağlıklı görüşleriyle toplumu aydınlatmaları ve özellikle sosyal bilimler alanında öğretilen daha ileriye geçer denli bilimsel sağlamlıkta görüşler ortaya koyabilmeleri

sı dolayısıyla bu görüşün tartışmaksızın kabulünden veya eleştirmeden masuniyetinden bahsedilemeyeceğini özellikle vurgulamak gerekir.

Nitekim Türk hukukunun gelişiminde –eşine az rastlanır bir üstün çaba ve özveriyle– önemli bir katkı sağlamış olan¹¹ bir büyük Hoca'nın ifadesiyle;

“Hiçbir hukukçu, henüz tahsile başlamış olsa bile, hocasının fikrini kabul mecbur değildir. Bir fikir veya nazariyeyi, hoca takrirlerinde tasvip etti diye kabul etmek kadar hatalı bir şey olamaz. Hocadan ayrı fikirde olmak, ona karşı duyulan hürmeti azaltmaz. Yeter ki kabul ve müdafaa edilen fikir doğru ve mantıki bir şekilde ispat edilebilsin. Lakin, hocanın fikri doğru kabul edildiği hallerde de, bu fikri anlamadan müdafaa etmek doğru değildir.”¹²

Giderek, öğretilen bir diğer görüşteki ifadeyle;

“Hukuk öğreniminin temel işlemlerinden birisi öğrenciye bildiğinden kuşku duyma, eleştirme, bildiğini başkalarının bilgisi ile karşılaştırma yollarını öğretmek olduğu gözönünde bulundurulmalıdır.”¹³

Öte yandan, öğretilen veya yargı içtihatlarında ortaya konulan görüşlere itibar edildiği ve dayanıldığı durumlarda, bu durumun tasvir edici biçimde aktarılması asla yeterli sayılamayacaktır. Hırş'ın bu yönündeki ifadesinde değinildiği üzere;

“Mücerret, her hangi bir profesörün fikrine veya nazariyesine yahut temyiz bir içtihadına dayanmak da kafi değildir. Şu veya bu fikir veya nazariye-

de, aslında bu yönde bir kanıt sayılabılır. Sözelimi, okur yazar dahi olmayan ve görme engeli bulunan Aşık Veysel'in, yahut Yunus Emre'nin, giderek günümüzden yahut yakın zamandan örnekler verirsek Barış Manço veya Neşet Ertaş'ın sosyal olaylar (toplumsal yapı, vb.) konularındaki görüşleri, gerçekliği kavramak yanında kanımızca çoğu akademik ünvan sahibince ortaya konulan görüşlerden daha sağlam görünüyor.

¹¹ Ernst Hırş'ın ülkemize ve hukuk öğrenimine katkısı hakkında bilgi edinmek, özellikle genç Cumhuriyet'in hukuk eğitiminde “iyi hukukçu” yetiştirilebilmesi için nasıl bir övülesi özveriyle üstün çaba gösterdiği hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hırş, Ernst E., *Hâtıralarım*, BTHAE, Ankara 1985, s. 376, 377.

¹² Hırş, Ernst, *Pratik Hukukta İlmî İspat ve Tefsir, AÜHFED*, C. 1, S. 1, 1943, s. 198.

¹³ Güriz, Adnan, *Türkiye’de Hukuk Öğretimi, Türkiye Barolar Birliği (TBB) Uluslararası Sempozyumu*, Ankara, 2003 (<http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/adnanguriz.doc>).

ye neden iştirak edildiği, temyiz içtihadının neden doğru bulunduğu tam bir esbabı mucibe ile izah edilmelidir.”¹⁴

Oysa öğretilerde sözgelimi yargı kararında ele alınan bir konunun öğreti tarafından sadece tasvir edici bir şekilde akademik çalışmalara aktarıldığı ve fakat ilgili yargı kararının eleştirisine gidilmediği, keza yazarın kendi görüşünün hiçbir biçimde ortaya konulmadığı gibi hususlara ziyadesiyle rastlanabilmektedir. Bir örnek vermek gerekirse; sözgelimi, araç muayenesi istasyonu işletmeciliğinin özel kişiler eliyle görülmesine ilişkin olarak yargı kararlarında ortaya çıkan durumun bir akademik çalışmada münhasıran tasvir edici biçimde aktarılma-yla yetinildiği, kararlarda içerilen savların analizine veya irdelenmesine yahut eleştirisine gidilmediği gibi, bu hususta yazarların hangi kanıya vardığına dair herhangi bir görüş sergilenmesinden de –anlamlandırma- madığımız biçimde- kaçınıldığı görülebilir.¹⁵ Buna karşılık, aynı konuyu –üstelik anılan yargı kararları daha ortaya çıkmadan çok önceki bir zaman diliminde- ele almakla beraber, bilimsel yaklaşımı yetkinlikle uygulamak suretiyle analitik biçimdeki irdemeleri içeren görüşlerini çok açık biçimde ortaya koyan isabetli çalışmaların da hemen yanı sıra görülebilmesi, idare hukuku öğretisi bakımından ileriye yönelik ümitler beslemeye yardımcı olmaktadır.¹⁶

II. Bilimde Eleştirinin Kaçınılmazlığı

Bilim alanında kişi, giderek kendisine karşı da *“her daim bir cedelleşme”* içinde olmak, kendisini dahi –hatta özellikle kendisini- sorgulamak durumundadır. Ne var ki *“kuzguna yavrusu anka kuşu görünür”*

¹⁴ Hırş, Pratik Hukukta İlmî İspat ve Tefsir, *op. cit.*, s. 137.

¹⁵ Bkz. Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, C. 1, 4. Bası, Turhan Kitabevi, 2006, s. 682-685. Yine, bkz. Tan, Turgut, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 371, 372.

¹⁶ Bkz. Ayaydın, Cem, 82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul 1998, s. 427, 428 (yayımlanmamıştır). Yazar, Anayasa Mahkemesi (AYM) kararı sonrasındaki dönemde yayımladığı bir başka eserinde ise, anılan karara yönelik irdemelerini karara kısmen analizinde yer vermekle sınırlı tutmayarak, olması gerektiği biçimde –eleştirilerini ve kendi görüşlerini vurgulamak suretiyle- bilimsel yaklaşımın gereklerine böylece yer vererek değinmektedir (bkz. Ayaydın, Cem, *İdare Hukuku'na Giriş -Ders Notları-*, C. II, Yenilik Basımevi, İstanbul 2008, s. 98-101).

atasözünün değindiği üzere, kişinin kendisini eleştirmesi marifetine –veya “zerafetine”– tesadüf etmek, –“kibir”, yahut “şişirilmiş ego” vb. çoklukla rastlanabilen “zararlı etmenler” nedeniyle– pek bir zor görünmektedir.

Dahası, –şairin “ol mâhiler ki derya içredir, deryâyı bilmezler” dizesinden mülhem olarak– dışarıdan bir göz kişinin eksikliğini yahut kusurunu daha iyi görebileceğinden, diğer “pehlivan”ların varlığı –giderek çokluğu– büyük bir hazine değerindedir; giderek, bilimde aslı öğelerden olup, temel bir gerekliliktir de. Kişinin, işte bu noktada eleştirilmeye amâde –ve hazımlı– olması ise, elzemdir. Öğretideki bir isabetli görüşte değinildiği üzere;

“Hukukçu, kendini teyit edenden çok, kendini eleştireni okuyacaktır; bu eleştiriler “ETKİLENMEYE” de amade olacaktır. Eleştiriden etkilenmeyen bir normatif yapı ve onu reel hayata transfer etmeyen adlî bir mekanizma asla gelişemez.”¹⁷

Bununla birlikte, ülkemizde eleştirinin toplumsal yapımızda ne bugün ne de tarihsel dönemlerde yer etmediğini savlamak zor olmasa gerektir. Gerek kendi yaşadığımız örnekler ve gerek içinde yaşadığımız toplumda anlatımlar üzerinden varlığını dolaylı biçimde gözlemlediğimiz uygulamalar, ülkemizde eleştiriden olumlu anlamda etkilenmek bir yana, tam aksine çoğunlukla kategorik bir hoşnutsuzlukla karşılandığını göstermektedir.¹⁸ Uygulamadan bir meslekdaşımızın bir akademik eserde kendi çalışmasına yapılan atfı gördüğünde önce “pek bir sevindiğini”, ancak içeriğinde kendi görüşüne yönelik eleştiriye yer verildiğini farkedince “tam bir hayal kırıklığına” uğradığını belirtmesi ve sonuçta “hasımca” bir tavra bürünmesi, bu satırların yazarının yakın zamanlarda karşılaştığı sadece bir örnektir.

Özellikle akademik yaşamda, hukuk teorisyenlerinin eleştiriye desteklemesi, öncelikle bilimin gelişmesi bakımından emredici nitelik taşıması beklenen bir öge iken, bu yönde şahsiyetini kuvvetlendirmiş

¹⁷ Arat, Tuğrul, “Önsöz”, içinde Rifat Erten, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, BTHAE, Ankara, 2005, s. VIII.

¹⁸ Bu yönde bir örnek için bkz. Çal, Sedat, *Altyapının Finansmanı ve İşletilmesi Bağlamında, Kamu Hizmeti İmtiyaz Kavramlarının 1999 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesindeki Dönüşümü, RK Perşembe Konferansları S. 22 (Mart-Mayıs-Haziran-Ekim-Aralık), (Soru ve Cevap Bölümü)*, Ankara, 2008, s. 119.

bir düzeyi ortaya koyabilen çok az örnekle karşılaşıldığı söylenebilir ki bir özeleştirici bağlamında hemen değinmek gerekirse, bu satırların yazarı bakımından da keyfiyetin çok farklı olmadığı belki iddialı bir sav sayılmasa gerektir. Burada karşımıza, iyi bilinen bir ifade çıkıyor: “*Olgun kişileri dost edinmek istiyorsanız, onları eleştirin; basit kişilerle dostluk kurmak içinse, bolca övmeniz yeterlidir.*”

Nitekim, Osmanlı devrinin belirli dönemlerinde, “*saraya kapılanan*” şairlerin geliştirdiği başlıca örnek edebi sanat dalı, övgüyü içeren “*mersiye*” olmuştur ve karşılığı da “*keseler dolusu altın*” ihsanı şeklindeki ödüllendirmelerle tecelli etmiştir. Bu yöndeki genel akıma kapılmayarak eleştirici içerikli “*hicviye*” dalında karar kılanların bahtsız akıbetini ise, ünlü hiciv şairimiz Nefi’ye atfedilen –iyi bilindiğini sandığımız– aşağıdaki dizeler –şâirane biçimde- ortaya koymaktadır:

*“Gökten nazire indi Sihâm-ı Kazâsına,
Nefî diliyle uğradı Hakk’ın belâsına.”*

Toplumsal yapımızda tarih boyunca süregelen bu eksiklikten¹⁹ ile-

¹⁹ Daha ziyade doğu toplumlarına mahsus bir özellik şeklinde beliren eleştirici eksikliği, toplumsal yapıda sorgulayıcı olmak yerine itaat kültürünün baskın biçimde öne çıkmasından kaynaklanıyor denilebilir. Dikkat edilirse, daha hâlâ Anadolu kültüründe “babaya, kocaya ve hocaya itaat esastır”, yahut –inanç odaklı- “ülül emre itaat asıldır” deyişleri etkinliğini sürdürmektedir. Bu yaklaşım, “Osmanlı hayatında hükümdara itaatın hem dini bir ödev, hem de toplumda huzurun ve barışın sağlanması için gerekli olduğu” anlayışına dayanmakta (bkz. Güriz, Adnan, Türkiye’de Hukuki Pozitivizm, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 8, 1991, s. 147) ve giderek iradeci pozitivist olduğu savlanan (bkz. a. g. e., s. 159) bu anlayış şu ifadeyle ayrıca vurgulanmaktaydı: “... (N)izamı memleket için emri âliye itaat vecibedir...” (bkz. Anhegger, R. / İnalçık, H. (Kanunnamei Sultani Ber Mucebi Örfi osmani, II Mehmet ve II Beyazıt Devirlerine ait Yasakname ve Kanunnameler, 1956, s. X)’den aktaran: a. g. e.) Böylesi bir toplumsal kültürel yapı içerisinde bilimsel eleştiriciye rastlamak da, haliyle daha bir zorlaşıyor. Hatta kimi hukuk fakültelerimizde öğrencilerin hocalarına karşı eleştirici bir yana, sınav kağıtlarındaki yanıtlarında dersi veren öğretimin üyesinin görüşünü tekrarlaması yönündeki beklentilerin uygulamada karşılaşılabilen bir husus olduğu bilinmektedir (benzer görüş için bkz. Argüden, Yılmaz, Üst Kurullar ve Rekabet Özgürlüğü, *RK Perşembe Konferansları*, S. 22 (Mart-Mayıs-Haziran-Ekim-Aralık), (Soru ve Cevap Bölümü), Ankara, 2008, s. 198). Dahası, eleştirinin ötesinde, yine kimi hukuk fakültelerimizde hukuk öğrencilerinin aynı binadaki öğretim üyesi odalarının bulunduğu kısımda “kazara” görülmeleleri durumunda “Harlem’de bir beyaz” veya “Teksas’ta bir zenci” muamelesine tâbi tutulması da görülmemiş değildir. Giderek, eleştirici ve sorgulama kültürünün yeterince yeşermediği bir toplumsal yapıda demokrasinin –olması gerektiği gibi, tüm unsurlarıyla ve etkinliğiyle- ortaya çıkabilmesi de –maalesef- pek mümkün olama-

ri gelse gerektir ki, Yunus Emre şu sözüyle –iyi niyetli bir dilek olarak toplumda yer alması gerekliliği bağlamında vurgulandığını düşündüğümüz– bir önemli gereksinimin altını çizmektedir:

*“Yunus bu sözü eğri büğrü söyleme;
Seni sigaya çeker bir Molla Kasım gelir.”*

Bilim alanı, işte ne denli Molla Kasım’ların var olabildiğine veya buna izin verilen bir toplumsal yapıyı kurgulayabildiğimize göre –ancak– gelişebilecektir. Unutulmamak gerekir ki, Duguit’ nin değindiği “yanlısları yazmak için çok büyük bir levhaya gerek varken, gerçeklerin yazılacağı sadece bir küçük levha yeterli gelir” ifadesi,²⁰ bilimde eleştirinin aslî bir öge olduğunu dolaylı olarak vurgulamakta başarılı sayılmak gerekir. Üniversite ise, “levha” ne denli küçük olsa da- birincil görevi gerçeği aramak olan bir kurumdur.²¹ Ancak, gerçeği aramak çoğu zaman bilimin “tenkit” ilkesi gereği öncelikle yanlıslıkları ortaya koymayı gerektirdiği veçhile, “büyük levha”yı gözden irak tutamayacağı da açıktır.

Bununla birlikte, idare hukuku öğretisinin Fransız öğretisindeki kimi kavram ve kuralları sorgulamaksızın hukukumuzda aktarmakta bir beis görmemiş olması sonucunda, kimi yanlıslıkların doğru gibi algılanması sonucuyla karşılaşıldığı savlanabilir.²² İşte bu yüzdendir ki, mümkün olduğunca “önce doğruyu bilmek gerekir; doğru bilinirse yanlış da bilinir. Ama önce yanlış bilinirse doğruya ulaşmak zorlaşır.”²³

Ne var ki, yukarıda vurguladığımız üzere, çağdaş bir toplum yapısına “görece” geçtiğimizizin düşünlenebilmesi olası günümüzde dahi bu durumun herhalde bir “erdem” olarak görülebileceği savlanabilir. Oysa Derbil’in ifadesiyle, eleştiri “hukukçuya düşen işlerin en incesi” ve

maktadır.

²⁰ Bkz. Duguit, Leon, *Kamu Hukuku Dersleri*, (Çev. Süheyp Derbil), AÜHF Yayını, Ankara, 1954, s. 8.

²¹ A. g. e.

²² İşbu çalışmamızda değinildiği üzere, imtiyaz kavramının ve kapitülasyonların tarihsel gelişiminin ülkemizde Fransa’daki algılamının dışına çıkılarak, farklı bir boyut ve kapsam içerisinde ele alınması gereğine itibar edilmemesi, bu yönde bir örnek olarak gösterilebilir.

²³ Farabî’den aktaran: Pala, İskender, *İki Darbe Arasında*, Kapı Yayınları, İstanbul, 2010, s. 10.

"hukukçunun en cılız yeri" olsa dahi, "tehlikesi ne olursa olsun" eleştiri yapılmalıdır. Zira;

"... tenkit ederken yanlışlık yapılsa bile bunda kazanç vardır. Çünkü başka bir hukukçu böyle bir tenkit yanlışlığını düzeltirken gerçekliğe, yani topluluğun doğru buluşma ve ihtiyaçlarına uygun bir düşünüşe daha çok yaklaşabilir".²⁴

Şu halde, "bilimin Kırkpınar meydanı"nda boy gösteren kişi için "değişmez doğrular" yoktur. Aksine, ortada sürekli bir irdeleme ve sorgulama, bunların sonucunda -bir günlük yaşam süresine sahip kimi kelebek türleri gibi- sadece "o an için varılan, canlılığı ancak 'o an için kesin' durumdaki 'fâni' yargılar" vardır. Kaldı ki, bu yargılar da, hemen akabinde ayrıca yeni bir sorgu sürecinin konusunu oluşturacaktır; nihayet, oluşturması da gerektir. Esasen, "bütün ile parçalar arasında karşılıklı bir ilişkiyi öngören" diyalektik yaklaşımın²⁵ özü, işte bu temel kurguya ve anlayışa dayanır.

Bilim insanının önündeki tek rehber, kendi aklının hürriyetinde bu "biteviye mücadele"yi sürdürmesi gereğinde belirir. Gök kubbenin altında nice "pehlivan"ların türlü zamanlarda "çığırdıkları türküler" yahut "yaktıkları maniler", asla "mutlak rehber" addolunamaz. Nitekim, öğretiden bir görüşe göre;

"... kamu hukukunun alanı üzerine yapılan güncel tartışmalarda ... konu üzerine eğilenler, önlerindeki sorunlara yanıt ararken, kamu hukuku alanına hakim olan kavramların ve bir dönemin "kutsal kitapları" olarak algılanan çalışmaların yıpranmışlığını açıkça görürler."²⁶

Eski dönemlerde bir medreseden mezunu olan, vaktiyle bir camide verdiği vaazında hayvancılık alanında suni dölleme yönündeki devlet girişimlerine "caizdir" demekle yöresinde "gâvur imam" namıyla maruf, küçücük esnaf dükkanında gerek Konfüçyüs ve gerek İbn-i Sina ile Gazali kitaplarının diğer doğu-batı klasikleriyle yanyana iki koca rafta yer bulduğu, Çayeli"nden Sayın Kalyoncu'nun güzelim ye-

²⁴ Bkz. Derbil, Süheyp, *İdare Hukuku*, C. I, AÜHF Yayını, Ankara, 1940, s. VI.

²⁵ Kılıç, Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz, op. cit., s. 97.

²⁶ Akkaya, Rukiye, Kamu Hukuku Eğitiminin Fransa'da Tarihsel Kökleri ve Kamu Hukuku Okulları Üzerine Notlar, *AÜEHFD*, C. VII, S. 3-4, Aralık 2003, s. 152.

rel şivesiyle -1994 yılında tanık olduğumuz- ortaya koyduğu harikulade ifadesi, bu anlamda, hayli çarpıcıdır: “*Ha benum aklım vardur, ondan başka kimsenin peşinden gitmedum ömrümce; niye gideyum ki?*”

Dogmatik düşünce kalıbını içeren bir “*rahle-i tedrisat*”tan geçmesine karşın, Atatürk’ün toplumumuzda görmeyi arzu ettiğini özellikle vurguladığı “*fikri hür, vicdanı hür nesiller*” içerisinde kendine örnek bir yer edinebilmeyi başarmış bir halk kişinin bu hayranlık uyandıran eleştirel ve akılcı bakış açısı, sanırız hem bilim insanlarının hem de üniversite adını verdiğimiz -dolayısıyla, kelimenin Türkçesinin gerektirdiği- “*evrensel*” nitelikte düşünce yetisini kazandırması beklenen yüksek öğrenim kurumlarımızdaki öğrenciler -ve onların bilimsel eğitiminden sorumlu tutulacak hocaları- bakımından “*şaşmaz*” bir “*altın ölçü*”yü de ortaya koymaktadır.

III. Arınma Gereği

Bilimsel yöntem her türlü önyargıdan sıyrılmayı ve bir tür “*striptiz*” eylemine -öncelikle- girişmeyi öngörür ki, değindiğimiz önyargılar arasına “*hukuksal kavramlar*” da girmektedir. Bu meyanda, Duguit’ nin ifadesine hemen atıf yapabiliriz:

“*Eşya hakkında doğrudan doğruya duyularımızın gözlemi altına girmiyen ve bundan dolayı metafizik olan her düşünceye kavram adını veriyorum. Bu çeşit kavramları bilim alanından çıkarmadıkça gerçekten bilim yapılamaz.*”²⁷

İşte, yukarıdaki paragraflarda “*metafor*” olarak yararlandığımız “*er meydanı*” ve “*striptiz*” terimlerinden hareketle bir benzetmeye gidersek; “*bilimin er meydanında güreş tutabilmek*” için, öncelikle “*giysilerden sıyrılmak*” gerekir. Zira açıktır ki, sözcelimi “*takım elbiseyle yağlı güreş yapılamaz*”. Öncelikle tüm “*kavramsal giysileri*” çıkarıp bir yana bırakmak zorunludur; sadece bilimin gerektirdiği “*asgari bir kısbet*”, yani münhasıran bilimsel yaklaşımın temel kuralları yeterlidir. Bu “*altın kural*”a yeterince uyulmaması nedeniyle olsa gerektir ki, bilimsel tartışmalarda ne güreşin “*zevki*” ortaya çıkabilmektedir, ne de çoğunlukla ortada görülen, “*bilimin tanımladığı bir güreş*”tir.

²⁷ Duguit, Kamu Hukuku Dersleri, op. cit., s. 14.

Arınma gereği, sadece kavramlardan arınma gereksinimini doğurmaz. Aynı zamanda, “benimsenen hukuk kuramlarını da kapsamalıdır” şeklinde düşünülebilir, hatta düşünülmelidir. Bir hukuk kuramcısının, sözgelimi doğal hukuk veya pozitivist hukuk kuramına eğilimli olması, mutlaka anılan kuramların dar sınırları kapsamında kalmayı gerektirmemelidir. Aksi durum, ilerideki kısımda yer verdiğimiz “gerçekliği kavrama” ilkesine ve zorunluluğuna aykırı düşer, giderek yararsız bir çabaya dönüşebilir.

Kuşkusuz, bir hukuk kuramcısının şu ya da bu hukuk kuramına ülfet etmesi ve benimsemesi, kendi aklıyla varabildiği bir “doğruya varma yöntemi” olarak görülebilir. Ancak, bu kuram sahibinin, vardığı sonucu ayrıca bir de “gerçekliği kavraması” bakımından denemeye -veya “sağlama”ya- bağlı kılmaması, büyük hata olur. Bu durum, bir kuramın benimsenmiş olmasını belirli anlarda işlevsiz kalan bir önyargıya dönüştürebilir. İşte, bu anlamda, kuramların “hipnotize edici” olumsuz etkilerinden kaçınabilme ve “arınmaya gitme” gereksinimi doğmuş demektir.²⁸

Hukuk öğretisinde bu tür “hipnoz” yahut “illüzyon” hallerine çok rastlandığı savlanabilir. Bunlardan bir tanesi, “demokrasi” kavramı çerçevesinde beliriyor. Sözgelimi, idare hukuku öğretisinde kamu hizmetinin ve imtiyazın kapsamını tayin konusunda yasama/yürütme erklerinin eylemsel bağlamda büründüğü birliğin belirleyiciliğini “demokrasi” adına yüceleştiren yaklaşımlar,²⁹ demokrasi kavramını bir tür “fe-

²⁸ Hukuk kuramcısının, zaman içerisinde kendi usavurumuyla benimseye geldiği bir hukuk yaklaşımını daha sonra sürdürmeyi alışkanlık edinmesi ve doğruluğunu sorgulamaktan kaçınarak bir tür “kutsallaştırma” çabasına girişmesi, istikrar adına -kısmen de olsa- savunulabilecek gibi görünebilir (hukukta istikrar ve değişim sorununun işleyen müstakil bir makale için bkz. Gürkan, Ülker, *Hukukta Değişim ve Kararlılık Sorunu*, içinde Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70. Yaş Armağanı, AÜHF Yayını, Ankara 1975, s. 305-317). Ne var ki, hukukta asıl olan herhalde bir kuramın veya yaklaşımın istikrarlı biçimde savunulması ve uygulanması değil, isabetli sonuçlar doğurup doğurmamasıdır. Burada hemen bir latifeye yer verilebilir: Horoz için “tavuk-yumurta” döngüsünün sorgulamanın anlamı yoktur ve görevini yaparken bu türden bir sorgulama işlevsel değildir. Hukuk kuramcısı için de, aslı işlev bellidir: Gerçekliği yakalamak. Bunun dışında, şu veya bu kuramın izlenmesi yönünde bir mutlak gereklilikten söz edilmesinde isabet görmek zordur. Yine bir latifeye devam edilirse, şöyle bir deyişe geçiş yapılabilir: “Ben kurama kuram demem, kuram gerçeklikle örtüşmeyince”.

²⁹ Bu husustaki yaklaşımlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, Sedat, *Kamu Hizmeti*

tiş” haline getirmekte ve bu kavramın aslî kurucu öğelerinin mevcut kurgumuzda ve uygulamasında ne denli yer alıp almadığını sorgulamaya girişmemektedir. Böylece ortaya çıkan ise, bir “hipnozun” doğurduğu “illüzyon” şeklinde tecelli ediyor görünmektedir ve gerçekleri ıskalamaktadır.³⁰

IV. Varılan Sonuçların Gerçekliği Kavraması Sorunu

Hukuk alanında bilimsel yaklaşım sergilenmemesi, yahut bilimsel analizin gerektiği gibi ustalıkla yapılamamış olması durumunda, önemli sorunlar doğabilecektir. Konu, giderek sadece hukuk teorisindeki bilimsel yaklaşım eskisikliğinin ötesine de geçebilmekte ve yasaların bizatihi gerçekliği kavramamasına kadar uzanabilmektedir. Sözgelimi, öğretilerdeki çarpıcı bir görüşte değinildiği üzere;

*“Holmes’in belirttiği gibi, “bir hukuk kuralının varlık nedeni olarak, IV. Henry’nin zamanında vaz’edilmesinin ötesinde daha iyi bir neden gösterilmesi tiksindirici gelmektedir. Hele, o tarihte, dayalı bulunduğu temellerin geçerliliğini kaybetmesi karşısında, körü körüne, eskinin taklidinde ısrar edilmesi daha tiksindirici olmaktadır.”*³¹

Nihayet, hukuksal yargıların gerçeği kavramamasıyla karşılaşıla-

Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler, içinde Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 1881-1888. Ülkemizde son zamanlarda demokrasi havarisi niteliğine bürünerek zuhur eden görüşlerin demokrasi kültürünün bu topraklarda yeşermiş bulunduğuna gösterge oluşturduğunu savlamak, aslında pek ferahlatıcı olacaktır. Ne var ki, demokrasi adına ileri sürülen görüşlerin sandık fetişizmine kapılması bir yana, sandığa hangi kurguyla gidildiğini ısrarla gözden kaçırmaması belki güncel siyasetle uğraşan görüşler için mazeret oluşturabilir; ancak, bu yaklaşımı hukuk bilimiyle iştigal edenlerin sergilemesi kabul göremez. Hukuk alanında bilim adamının gerçekliği tümüyle kucaklayan bir bilimsel yaklaşım içerisinde hareket etmesi zorunluluğu bulunur. Aksi durumda, ortada nitelik itibarıyla bilimsel etkinlik derecesine yükselemeyen bir güncel siyaset uğraşısına dönüşüm tehlikesi belirir.

³⁰ “Demokrasi” adına hareket edildiği savlarıyla “ıskalandığı” söylenebilecek bu “gerçeklere” bir örnek için bkz. Çal, Sedat, Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hatı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD)*, C. 63, S. 4, 2008, s. 89-134, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/936/11660.pdf>).

³¹ Bingöl, Adil, Hukuk Devleti Açısından Yasaların Metrukiyeti Uygulanmazlığı ve Uygulanamazlığı Sorunu, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA)*, 10. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), İstanbul Barosu, İstanbul, 2004, s. 50.

bilmesi nedeniyle “hukukun bir bilim olarak değeri” üzerinde tartışmaların cereyan etmesi de görülmemiş değildir³² ve daha 1848’de Kirchmann tarafından dile getirilmiştir.³³ Böylesi bir eksikliğin doğal olarak bizi götürdüğü nokta ise, “bilimsel sonuçların” gerçeği kavramadaki yetersizliğinde ve çözümler getirmedeki kısırlığında belirmektedir. Öğretiden bir görüşteki ifadeyle;

“Nitekim, varoluşsal hukuksal yaklaşımda, normatif düzenin sosyal gerçeklikten bağımsızlığının öne sürülmesinin imkansızlığı vurgulanmaktadır. Normatif düzen ile sosyal gerçeklik arasındaki bu bağ, bu düzene yasal meşruiyet ve otorite kazandırmanın yanı sıra, işlevsel açıdan da somut durumlara çözüm üretebilme imkanını yaratır.”³⁴

Bu durum, özellikle de -ilerleyen paragraflarda kısmen ortaya konulduğu üzere- idare hukuku bakımından gözlenebilmektedir.

Bu anlamda, idare hukuku bağlamında kavramları veya ilke ya da kuralları ortaya koyan yahut yorumlayan idare hukuku teorisyenlerinin, vardıkları sonucun uygulamada ne anlama geldiğini, yahut reel alanda ne tür sonuçlar doğurduğunu araştırmaya veya irdelemeye “ülfet”inin bir türlü yeterince ortaya çıkmaması şeklinde gözlenen önemli bir eksiklikten söz edilebilir. Bunun sonucunda ise, teknik hukuk alanında saplanıp kalan ve -ifadeye cevaz verilirse- bir tür “meleklerin cinsiyetini” tartışmakta iken, uygulamadaki oluşumlar itibariyle idarenin keyfi işlemlerine karşı halkın korunmasına yönelik olarak,

³² Bkz. Kirchmann, Julius Hermann v., İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği, (Çev. Coşkun Üçok), HFSA, 17. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölcesiz), İstanbul Barosu, İstanbul 2007, s. 7-35. Yazara göre, “adalet, ilim yüzünden bir piyango olmuştur... Köylü davayı kaybedince “haksızmışım” demez, kumar oynamış gibi “kaybettim” der. Dâvanın kaybedilmesi ve dolu yüzünden ekinin mahvolması onun için aynı mahiyette olaylardır; talihsizlik, fakat haksızlık değil. Halkın anlamadığı, halkın içinden gelmeyen, halkın, tabiatın insafsız kuvvetleri ile bir tuttuğu bir hukuk, işte bu, hukuk ilminin zaferidir... Köylü ve şehirli hiçbir şeyden, kafasının içini hukuk ilmi ve kanun bilgisi ile süslemiş olan ve hukukî durumları ince ince ayıran bir yargıç yardımcısının kendilerine yargıç olmasından korktukları kadar korkmazlar. Juri makemelerinin istenmesi de aynı sebebe dayanmaktadır... Millet ilimci hukukçulardan bıkmıştır” (a. g. e., s. 26-28).

³³ Bkz. Adomeit, Hukuki Yöntem, op. cit., s. 44.

³⁴ Kılıç, Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz, op. cit., s. 100.

idare hukukunun mevcut algılamaları tahtında ne denli yetersiz kaldığını farketmekten dahi uzak kalan bir ortamdan söz edilebilir.³⁵

Bir örnekle bu yargımızı desteklemek isteriz: Bir devlet okulundaki sıradan bir kantin işletmeciliğinin yahut üniversite hastanesindeki yemek hizmeti verilmesi faaliyetinin özel girişime ihalesiz verilmesi yönündeki iddialar nedeniyle savcılık soruşturmaları, koğuşturmalar, tutuklamalar ve hatta intihar olayları gazetelerin baş köşelerini süslemektedir.³⁶ Buna karşın, anılan faaliyetlerin toplam bedellerinin binlerce katı yükseklikteki fahiş rakamları içeren büyük baraj yapım projelerinin idarece ihalesiz gerçekleştirilmesine karşın ne toplumda bir tepki görülmekte, ne de idare hukuku teorisyenlerinden bir karşı ses yükselmektedir.³⁷

Sanırsız bu noktada *"bu ne yaman çelişki, el aman!"* türküsüne -veya feryadına- geçiş yapmak gerekecektir. Halihazırdaki bu çelişkili uygulama, sanki Osmanlı devrindeki yanlış uygulamalara yönelik tepkinin şairane ortaya konulduğu şu çarpıcı dizelere gönderme yapıyor gibidir:

*"Milyonla çalan mesned-i izzete serefraz,
Birkaç kuruşu mürtekibin cây-i kürekdir."*³⁸

Sonuç itibariyle, çıplak bir gerçeklik olarak belirlediği gözlemlenebilen bu durum, idare hukukunda bireylerin yönetimin yürütme³⁹ iş-

³⁵ Bu çalışmanın sınırlı kapsamı itibariyle, burada gerçekliğin kavranması ve bu meydana hukuksal usavurum ile hukukun geçerliliği arasındaki bağıntıya yönelik öğretilerdeki kuramsal tartışmalara girmeyeceğiz (bu husustaki ayrıntılı bir değerlendirmeye için bkz. Gözler, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998, s. 55-88).

³⁶ Bkz. *Hürriyet Gazetesi*, "Erzincan Üniversitesi Rektörü İntihar Etti", 18 Mart, 2010 (<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/14144392.asp?gid=373>).

³⁷ Bkz. Metin Münir, "İlisu'da Cevapsız Sorular", *Milliyet Gazetesi*, 17 Mart, 2010. Keza, Metin Münir, "Ak Parti, Siyah Proje", *Milliyet Gazetesi*, 18 Mart, 2010.

³⁸ Beyit, Ziya Paşa'ya aittir.

³⁹ Çağdaş demokrasilerdeki "yasama-yürütme-yargı" sacayağının oluşturduğu denge bağlamında, "idari faaliyetler" için Öztürkçe karşılık olarak benimsenmiş ve yaygın olarak kullanılan durumdaki "yürütme" teriminin halk nezdinde akis bulunduğu diğer bir anlamının işbu beyit meyanında beraberinde getirdiği çağrışım, bir talih midir, yoksa talihsizlik mi, yoksa sadece bir tesadüf müdür; doğrusu, üzerinde -ironiyle karışık biçimde- düşünmeye değer olabilir. İdare hukuku öğretisinde idarenin "yürütme" işlevine karşı halkın ekonomik bağlamda korunması gereği-

lemelerine karşı korunması ilkesinin kitaplarda kaldığını, öğretinin ise bu çıplak gerçekler karşısında idari işlemin kimliği veya yapılış süreci, yahut idari yargıda dava açmanın süreleri gibi, idare hukukunun münhasıran teknik hukuk boyutuna indirgenmiş inceleme alanlarına ağırlık vermek suretiyle, sanki kendi disiplininin teknik koridorlarında kaybolmayı yeğlediğini düşündürmektedir.

V. Uygulamadaki Temel Sorunlar

Yukarıdaki bölümlerde ifade edilmeye çalışıldığı üzere, bilim alanında analitik bir yaklaşım sergilenmesi hususunun en başta gelen bir temel ilke olduğu açıktır. Bu açıdan, şabloncu bir yaklaşımla hukuksal konulara eğilinmesi, kesin biçimde isabetsizdir ve eleştirilmelidir. Hukuk uygulamasına bu noktadan bakıldığında, özellikle idare hukukuna kısa bir bakış, bize önemli sorunların varlığını gösteriyor. Bu yönde, uygulamadan eleştiri konusu yapılabilecek bir örneğe geçmeden önce, şabloncu/formalist bakışın yer bulmadığı olumlu bir örneğe değinmek, ileriye yönelik olarak ufuk açıcı nitelikte görülebilecektir.

Sözgelimi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında Türk idare hukukunda memur kavramının ne şekilde belirlendiğinin anlamsız kalabileceği yönünde bir analizi ortaya koyan bir çalışmada,⁴⁰ böylece idare hukukumuzun kendi dışındaki bir uygulamayı dikkate almak suretiyle uyarıcı bir işlevi –olması gerektiği gibi– yerine getirdiğini gözlemleyebiliriz. Böylece, anılan çalışma, idare hukukumuzdaki memur tanımının ülke dışındaki –tazminat yaptırımını nedeniyle uyulması zorunluluğu doğan– gelişmelerin izlenmesi sonucunda olası bir kayıtsızlığa karşı önlem almaya yönelik isabetli bir işlevi görmektedir. İşte, bu örnek, kendi dışındaki uygulamalar bağlamında geleneksel- leştirdiği –ve içselleştirdiği– bir biçimde kendini sadece kaynak Fransız hukukuna başvurmaya adanmış görünen idare hukukumuzda, ortaya çıkan yeni gelişmeler (uluslararası yatırım andlaşmaları vb.) kar-

nin gözden kaçırılması, bu anlamda yine vurgulamaya değer olmaktadır.

⁴⁰ Bkz. Karahanoğulları, Özlem Erdem, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi –İdari Davalar– Memur Uyuşmazlıkları, *Danıştay 133. Yıl Sempozyumu (İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü)*, 11-12 Mayıs, 2001, Danıştay Yayını, Ankara, 2003, s. 61- 76.

şısındaki “*kayıtsız kalma sendromunu*” aşmaya yardımcı olabilir ümidindeyiz.

Aksi durum, idare hukukunun toplumsal sorunları kuşatıcı yanıtlar ve çözümler üretebilmesini de büyük ölçüde engelleyecek, toplumun karşısına önemli faturaların işte bu “*ayırıldında olmama*” keyfiyeti nedeniyle çıkmasına neden olabilecektir. Yatırım tahkimi konusunda bu sorun, ülkemizin (yani tüm vatandaşların) tahkim heyetlerince ödemeye maruz bırakıldığı milyonlarca ABD Doları tutarında tazminatlar şeklinde halihazırda ortaya çıkmış durumdadır ve geride daha milyarlarca ABD Dolarlık tutarların talep hanesinde yer aldığı çok sayıdaki yatırım tahkimi davaları sürmektedir.⁴¹ Bu sorunun ortaya çıkmasında, gerek geneli anlamında hukukçularımızın ve özelinde idare hukuku öğretisindeki kayıtsızlığın (ve kimi durumlarda katkılarının⁴²) olumsuz etkisi, üzerinde düşünülmesi ve ders alınması gereken bir keyfiyeti sergiliyor gibidir.

Bu bağlamda ilaveten değinmek gerekirse, idare hukuku teorisi, ikili veya çok taraflı yatırım andlaşmaları bağlamında idare hukukunun -artık eskiyen bir nitelik kazanmış durumdaki- kimi söylemlerinin ve dengelerinin geçerliliğini ve etkinliğini zedeleyen uygulamalarla karşılaşıldığının daha hâlâ farkında değil gibi görünmektedir. Nitekim bu konuyla ilgili olarak idare hukuku teorisyenlerince yapılmış neredeyse hiç bir çalışma bulunmamaktadır.

Oysa beklenirdi ki, hemen yukarıdaki paragraflarda kısaca değindiğimiz üzere, uygulamada beliren yeni durumlar karşısında idare hukukunun teknik sorunlarının önüne bu yeni sorunları öncelleyen bir yaklaşım konulsun ve yabancı literatürdeki gibi bu alanlarda-

⁴¹ Sözelimi, yakın zamanlarda basına yansıyan bir tahkim davasında 10,1 milyar ABD Doları talep edilmektedir (bkz. Şener, Nedim, “Türkiye, Uzan’ı CIA ve FBI Uzmanlarının Raporuyla Vuracak”, *Milliyet Gazetesi*, 23 Mart 2010, s. 9; “Bakan Yıldız: Libananco Davasında Endişemiz Yok”, *Radikal Gazetesi*, 26 Mart, 2010, s. 4) .

⁴² Bu konuda bir örnek için bkz. Çal, Sedat, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 175, 565 nolu dipnot. Anılan dipnota alıntı yapılan -imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkime yer verilebilmesine yönelik 1999 yılındaki Anayasa değişiklikleri öncesindeki süreçte serdedilen ve kanımızca gerçeklikle asla bağdaşmayan- idare hukuku öğretisinden bir görüşe göre, “hakemlerin, imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyumsuzlukları İdari yargı mercileri kadar adil ve rasyonel çözümlenemeyeceklerine dair hiçbir bilimsel dayanak bulunmamaktadır.”

ki güncel sorunları irdeleyerek idare hukuku öğretisine ışık tutan çalışmalar sergilenebilsin. Bu bir yana, bu alanda yapılmaya çalışılan bir kaç cılız girişimin dahi, şekilci olduğu savlanabilecek bir yaklaşım içerisinde “*idare hukuku alanına murtabit değildir*” fetvasıyla karşılanabilmesi, hukukumuz (özellikle idare hukuku teorisi) –ve ülkemiz– adına büyük bir talihsizlik olarak düşünülebilir.

İdare hukuku bakımından bilimsel yaklaşım eksikliğine birçok örnek göstermeye elverişli bir hukuk uygulaması alanıyla karşılaşıldığı, kanımızca, rahatlıkla söylenebilecektir. Sözelimi, imtiyaz kavramının Fransa’da ne şekilde, hangi koşullar tahtında ortaya çıktığına yeterince itibar etmeyen idare hukuku öğretisi, bu kavramı şekilci bir yaklaşımla dar biçimde algılamaya yönelmiştir.⁴³ Böylece, bir kamu hizmetinin özel girişimciler eliyle görülmesine yönelik “*sözleşme ilişkisi içerisinde olunması zorunluluğu*” biçiminde –tarihsel dönemlerdeki kapitülasyon uygulamalarıyla koşulları ağırlaştırılmış olarak– beliren imtiyaz kavramını bu dar kalıptan sıyırmaya öğretimiz ekseriyetle gerek duymamıştır. İdare hukuku öğretisindeki anılan ekseriyet, bununla da yetinmemiş ve kavrama –lâyıki veçhile– geniş ufuklu bir kalıp çizen Anayasa Mahkemesi kararlarını da eleştirmiştir.⁴⁴

Yine, idare hukukunun Fransa’da ortaya çıkışının hangi tarihsel temellere dayandığı ve burada kimin kime karşı korunduğu hususunun yeterince analitik bir bakış açısıyla ele alındığına dair yeterli açıklığı kurgulayan bilimsel eserler ya yoktur, ya da son derece kısıtlı sayıda yahut belli belirsiz değinmelere yer veriyor biçimdedir. Keza, ayrıca, idarenin sorumluluğu hususundaki algılamaların, idare hukuku alanında kalmayı ne anlamda gerektirdiği üzerinde doyurucu irdelemelere gereksinim duyulduğu, bu anlamda halihazırdaki irdelemelerin daha ziyade formalist yaklaşımın izlerini taşıdığı savlanabilir. Bu paragraftaki yargılara bir küçük örnek, özel girişimciler eliyle görülen kimi hizmetlerin “*virtüel kamu hizmeti*” sınıflandırmasına alınıp alınmaması konusunda veya kamu hizmeti kavramının “*içerik denetimi*”

⁴³ Bkz. Çal, Sedat, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, TOBB Yayını, Ankara, 2008, s. 54-72.

⁴⁴ Bu meyanda, anılan görüşlere topluca yer verilen çalışma için bkz. *a. g. e.*, s. 38-54.

bağlamında ele alınmasındaki kapsayıcı yahut analitik bakış eksikliği bağlamında verilebilir.⁴⁵

Son olarak değinmek gerekirse, bilimde “haset” duygusuna yer olmamak gerekir. Unutmamak gerekir ki, bilimin –özellikle ülkemizde bakımından– “cılız fidesi”, ancak rekabetle “yeşerebilir” ve “kök salabilir”. Oysa kimi zaman üniversite kürsülerinde böylesi uygulamaların görülebilmiş olması önemli bir sorun oluşturmaya aday görünüyor. Sözgelimi, eski adıyla “asistan” –yahut, yeni adıyla “araştırma görevlisi”– alımları itibarıyla, bir bilim alanında üniversite kürsüsünü işgal etmekte bulunanların, yeni akademik personel alımında bilimsel yeterliği kendilerinden daha ileride olduğu kanısına vardıkları adayları “benimsememeleri” yönündeki uygulamalarla karşı karşıya geldiği aktarılmaktadır.⁴⁶ Bu durumun, bilimin ilerlemesi bakımından son derece sorunlu olduğu açıktır ve “iki küçük doz hazım” reçetesiyle bertaraf edilebileceği umulur.⁴⁷

⁴⁵ Burada değinilen “içerik denetimi odaklı yaklaşım” a yönelik eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, *Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler*, op. cit., s. 1846-1880.

⁴⁶ Sözgelimi, bir asistan adayına kürsü hocasının “seni asistan almam; çünkü sen benim şöhretimi silersin!” diyebildiği dahi zikredilmektedir (bkz. Pala, *İki Darbe Arasında*, op. cit., s. 2).

⁴⁷ Toplumsal yapımızda yer ettiği varsayılabilen bu eğilim, sadece akademik kürsülere mahsus bir özellik olmayıp, gerek idari yapıda ve gerek toplumun diğer katmanlarında yer etmiş bir habis hücre gibi karşımızda belirmektedir. Bu yönde Osmanlı’nın yükselme dönemlerindeki uygulamaya kısaca bir göz atmak yararlı olabilir (ki, günümüzde ABD’deki uygulamanın bu yönde tecelli ettiği savlanabilir ve bu ülkenin pek çok alanda ileriye gitmiş olmasını bu özelliğine hamletmek mümkündür kanısındayız). Buna göre, anılan dönemde kişiler tamamen yetenekleriyle makamlara gelmekte, toplumda ön plana geçmektedir. Üstelik, bundan da övgüyle söz etmektedirler. Böylece, bir çoban çok rahatlıkla vezir-i azam makamına yükselebilmektedir. Yazarının ifadesiyle, “(b)u koca mecliste tek bir kişi yoktu ki sahip olduğu konumu ve rütbeyi kendi liyakat ve cesaretine borçlu olmasın... Türkiye’de herkes kendi mevki ve istikbalinin kurucusudur. En yüksek mevkilere çıkmış olanlar çoğu zaman çobanlıktan yetişmişlerdir. Bunlar böyle küçük yerlerden, aşâğılardan gelmiş olmak-tan utanmak şöyle dursun, aksine bununla iftihar ederler. Ben ne idim. Çalışkanlığım ve doğruluğum sayesinde ne oldum!.. derler. Bugünkü mevki ve istikballerini atalarına ne kadar az borçlu iseler, iftihar etmekte kendilerine o kadar hak görürler. Türkler insanlarda meziyetin babadan oğula irs yoluyla intikal ettiğine, bir miras gibi elde edildiğine inanmazlar. Bunun kısmen Allahın bir ihsanı, kısmen de çalışmanın, zahmetin, gayretin ödüllü telakki ederler... Namussuz, tembel, atıl, bilgisiz olanlar hiçbir zaman yüksek mevkilere tırmanamazlar. Osmanlıların neye teşebbüs ederlerse başarılı olmalarının, bütün dünyada hâkim bir ırk haline gelebilmelerinin, imparatorluğun hudutlarını boyuna genişletmeleri-

Bu noktada, Cumhuriyet'in ilk yıllarındaki son derece kısıtlı bütçe olanaklarına rağmen bilime özel bir önem veren Halaskâr Gazi'nin, eğitim görmek üzere yurt dışına gönderilenlere -her birine telgrafla "kişiyeye özel" olarak ve hemen tam seyahat öncesi tren garında veya vapur rıhtımında iletilmesine özen gösterdiği- sözünü bu noktada anımsamak ve ders almak gerekebilir: "Sizi bir kıvılcım olarak gönderiyorum. Volkan olup dönmelisiniz."⁴⁸

Kuşkusuz, bir fidenin kök salıp etrafına yarar sağlamak üzere "meyveye durması", en çok onu yetiştirenlere iftihar vesilesidir ve tartışma götürmeyen bir gerçektir ki, toplumlar öncüllerini aşan evlatlarıyla yükselir. Buna yönelik ortamın en verimli kılınması gerektiği yer ise, bilim alanı olsa gerektir. Bu meyanda, sözümüzü yine Atatürk'ten bir anekdotla bağlamak isteriz:

"Herkesin kendine göre bir zevki var. Kimi bahçe ile meşgul olmak, güzel çiçekler yetiştirmek ister. Bazı insanlar da adam yetiştirmekten hoşlanırlar. Bahçesinde çiçek yetiştiren adam bir şey bekler mi? Adam yetiştiren adam da çiçek yetiştirendeki hislerle hareket edebilmelidir. Ancak bu tarzda düşünen ve çalışan adamlardır ki memleketlerine ve milletlerine ve bunların istikbaline faydalı olurlar."⁴⁹

Sonuç

Hukuk biliminde konulara ve kavramlara sağlıklı bir yaklaşım, ancak bilimsel yöntemlerle olabilir. Bilimsel yöntemler ise, analitik bir bakış açısına sahip olmayı gerektirir ve şekilci/şabloncu yaklaşımların uzağında kalmayı öngörür. Bu bağlamda, üzücü olsa da, ülkemizdeki

nin sebebi, hikmeti budur... Türklerin en büyük düşmanı iltimaştır. Onun hiçbir yerde yeri yoktur" (bkz. de Busbecq, Oqier Ghislain, *Türk Mektupları*, (Yayına Haz. Recep Kibar), Kırkambar Kitaplığı, İstanbul, 2002, s. 42, 43, 79) ("vurgu", tarafımıza aittir). Buradaki ifadelerin, daha sonraki dönemler dikkate alındığında, "nereden nereye" şeklinde iç geçirmeyle bütünleşen bir acı -veya buruk- tebessüme yol açmaması zordur.

⁴⁸ Bkz. Şarman, Kansu, *Türk Promethe'ler - Cumhuriyet'in Öğrencileri Avrupa'da (1925-1945)*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2006, s. 25; Özata, *Atatürk, Bilim ve Üniversite*, op. cit., s. 28.

⁴⁹ Özata, *Atatürk, Bilim ve Üniversite*, op. cit., s. 11.

hukuk uygulamalarında kimi zaman önemli sorunlar doğurabilen örneklerle karşılaşılması sözkonusudur.

Bundan ötürü, işbu çalışmada ortaya konulmaya çalışıldığı üzere, hukuk alanındaki bilimsel yaklaşım itibariyle hangi bakımlardan olumsuzluk görülebildiğinin özellikle irdelenmesi gereksinimi bulunmaktadır. Anılan eksikliklerin ne tür sorunlar doğurabildiğine ilişkin olarak idare hukuku alanındaki uygulamalardan verilen örnekler de, kanımızca bilimsel bir bakış açısına uygun biçimde hareket etmenin önemini vurgulamaktadır.

Bu bağlamda, toplumsal yapıdan da beslenen bir eleştiri eksikliği ve giderek eleştiriyi bertaraf etmeye yönelik algılamaların önemli bir sorun oluşturduğu düşünülmektedir. Bir diğer temel sorun ise, analitik bakış açısı eksikliği ve bu meyanda hukuksal konulara şekilci bir açıdan yaklaşılması olarak görünüyor.

Yine, bilimsel yaklaşımın gereği olarak kavramsal önyargılardan arınma ve edinilmiş kavramların mutlaka sorguya bağlı kılınması gereksiniminin ayrıca altı çizilmelidir. Nihayet, hukuksal sorunlara bulunan yanıtların mutlaka gerçekliği kavrayıp kavramadığı bakımından değerlendirilmesi, kimi zaman özellikle idare hukuku teorisinde gözden kaçtığı görülen bir zorunluluktur.

Hukukta bilimsel yaklaşıma genel olarak ve özetle değinen bu çalışmada ortaya konulduğu üzere, hukukumuzda şekilci bakış açısının kendisini gösterebildiği ve önemli sorunları beraberinde getirdiği savlanabilir. Bu anlamda, özellikle idare hukukuna yönelik olarak işbu çalışma içerisinde yer verilen dar kapsamlı değinilerin, çalışmanın genelindeki eleştirileri de dikkate almak suretiyle, bu hukuk dalında daha analitik ve sonuç itibariyle işlevsel özellik taşıyan yeni değerlendirmeleri davet edeceği umulur.

KAYNAKLAR

- Adomeit, Klaus, Hukuki Yöntem, (Çeviren: Altan Heper), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 10. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), İstanbul Barosu, İstanbul 2004.
- Akkaya, Rukiye, Kamu Hukuku Eğitiminin Fransa'da Tarihsel Kökleri ve Kamu Hukuku Okulları Üzerine Notlar, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt VII, Sayı 3-4, Aralık 2003.
- Arat, Tuğrul, Önsöz, içinde Rıfat Erten, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2005.
- Argüden, Yılmaz, Üst Kurullar ve Rekabet Özgürlüğü, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, Sayı 22 (Mart-Mayıs-Haziran-Ekim-Aralık), (Soru ve Cevap Bölümü), Ankara 2008.
- Ayaydın, Cem, 82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1998.
- Ayaydın, Cem, *İdare Hukuku'na Giriş -Ders Notları-*, Cilt II, Yenilik Basımevi, İstanbul 2008.
- Bakan Yıldız, Libananco Davasında Endişemiz Yok, *Radikal Gazetesi*, 26 Mart, 2010.
- Bingöl, Adil, Hukuk Devleti Açısından Yasaların Metrukiyeti Uygulanmazlığı ve Uygulanamazlığı Sorunu, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 10. Kitap, (Hazırlayan: Hayrettin Ölçesiz), İstanbul Barosu, İstanbul 2004.
- Çal, Sedat, Altyapının Finansmanı ve İşletilmesi Bağlamında, Kamu Hizmeti İmtiyaz Kavramlarının 1999 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesindeki Dönüşümü, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, Sayı 22 (Mart-Mayıs-Haziran-Ekim-Aralık), (Soru ve Cevap Bölümü), Ankara 2008.
- Çal, Sedat, *Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, TOBB Yayını, Ankara 2008.
- Çal, Sedat, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- Çal, Sedat, Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 63, Sayı 4, 2008.

- Çal, Sedat, *Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler*, içinde Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- De Busbecq, Oqier Ghislain, *Türk Mektupları*, (Yayına Haz. Recep Kibar), Kırkambar Kitaplığı, İstanbul, 2002.
- Derbil, Süheyp, *İdare Hukuku*, Cilt I, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1940.
- Derbil, Süheyp, Ankara Hukuk Fakültesi'nin 25. kuruluş yıldönümü vesilesiyle yapılan konuşma, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 7, Sayı 3-4, 1950.
- Duguit, Leon, *Kamu Hukuku Dersleri*, (Çeviren: Süheyp Derbil), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1954.
- Gözler, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, US-A Yayıncılık, Ankara 1998.
- Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Cilt 1, 4. Bası, Turhan Kitabevi, 2006.
- Güran, Sait, *Hukuk Fakültelerinde Öğretim, Türkiye Barolar Birliği (TBB) Uluslararası Sempozyumu*, Ankara, 2003 (<http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/saitguran.doc>).
- Güriz, Adnan, *Türkiye'de Hukuk Öğretimi, Türkiye Barolar Birliği (TBB) Uluslararası Sempozyumu*, Ankara, 2003 (<http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/adnanguriz.doc>).
- Güriz, Adnan, *Türkiye'de Hukuki Pozitivizm, Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 8, 1991.
- Gürkan, Ülker, *Hukukta Değişim ve Kararlılık Sorunu*, içinde Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, AÜHF Yayını, Ankara, 1975.
- Hırş, Ernst E., *Hâtıralarım*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1985.
- Hırş, Ernst, *Pratik Hukukta İlmî İspat ve Tefsir, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 1943.
- Hürriyet Gazetesi*, Erzincan Üniversitesi Rektörü İntihar Etti, 18 Mart, 2010 (<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/14144392.asp?gid=373>).
- Karahanoğulları, Özlem Erdem, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi - İdari Davalar - Memur Uyuşmazlıkları, Danıştay 133. Yıl Sempozyumu (İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü)*, 11-12 Mayıs, 2001, Danıştay Yayını, Ankara, 2003.

- Karakaş, Jale, Hukuki Pozitivizmde Norm Üretme Sürecinde Ortaya Çıkan Epistemolojik Problemler, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 10. Kitap, (Hazırlayan: Hayrettin Ölçesiz), İstanbul Barosu, İstanbul, 2004.
- Kılıç, Muharrem, Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 12. Kitap, (Hazırlayan: Hayrettin Ölçesiz), "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - II", Sempozyum, 7-11 Eylül, 2004, İstanbul, Bildiriler / 1, İstanbul Barosu, İstanbul, 2005.
- Kirchmann, Julius Hermann v., *İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği*, (Çev. Coşkun Üçok), *HFSA*, 17. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), İstanbul Barosu, İstanbul, 2007.
- Metin Münir, Ak Parti, Siyah Proje, *Milliyet Gazetesi*, 18 Mart, 2010.
- Metin Münir, İlsu'da Cevapsız Sorular, *Milliyet Gazetesi*, 17 Mart 2010.
- Özata, Metin, *Atatürk, Bilim ve Üniversite*, Tübitak Yayını, Ankara 2007.
- Özkök, Gülriz, Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 51, Sayı 2, 2002.
- Pala, İskender, *İki Darbe Arasında*, Kapı Yayınları, İstanbul 2010.
- Şarman, Kansu, *Türk Promethe'ler - Cumhuriyet'in Öğrencileri Avrupa'da (1925-1945)*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2006.
- Şener, Nedim, Türkiye, Uzan'ı CIA ve FBI Uzmanlarının Raporuyla Vuracak, *Milliyet Gazetesi*, 23 Mart 2010.
- Tan, Turgut, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.

TÜRK HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN CEZAI SORUMLULUĞU VE YARGILANMALARINDAKİ ÖZELLİKLER ÜZERİNE BİR İNCELEME

A SURVEY ON PENAL LIABILITY OF MENTALLY DISTURBED AND THE PROPERTIES OF THEIR JUDGMENT PROCESS ACCORDING TO TURKISH LAW

Halil POLAT*

Özet: Ceza hukukunda bir kişinin cezai sorumluluğunun bulunabilmesi için isnat yeteneğinin bulunması gerekir. Bilindiği gibi ceza hukukunda isnat yeteneğini etkileyen bazı haller söz konusudur. Örneğin yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve sağır dilsizlik, isnat yeteneğini etkileyen hallerdendir. Bu çalışmada, isnat yetenekleri yönüyle cezai sorumlulukları konusunda diğer kişilerden farklılık gösteren çocukların cezai sorumlulukları incelenmiştir. Bu kapsamda çocuk kavramı, çocuklara ilişkin 5237 sayılı TCK'nın ilgili hükümleri, 5271 sayılı CMK'nın ilgili hükümleri ile 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda yer alan çeşitli hükümlere açıklık getirilecektir. Bu şekilde bu kişilerin cezai sorumluluklarının incelenmesinin ardından bu kişilerin işlediği suçların soruşturulmasında, kovuşturulmasında ve cezalarının infazında farklılık arz eden hususlar ele alınarak bu husustaki kanaatler ortaya konulacaktır. Yapılan açıklamalar sonucunda varılan kanaatler bir sonuç yazısına bağlanarak çalışma bitirilecektir.

Anahtar Sözcükler: Yaş küçüklüğü, çocuk, isnat yeteneği, cezai sorumluluk, güvenlik tedbirleri.

Summary: In the penal law one must have attribution capacity in order to be have penal responsibility. As known, there are several conditions in penal law which affect attribution capacity. For example, low age, mental disorders and deafness are the conditions which affect attribution capacity. In this survey, penal liabilities of children who differ from others in terms of their attribution capacity are investigated. In this respect, TCK's 5237th verdict which is about children, CMK's 5271st verdict and various verdicts in 5395th Children protection Law will be explained. In this way after investigating

* Cumhuriyet Savcısı.

these people's penal liability, different issues in investigation, prosecution and execution of penalty of these people will be discussed and different opinions on this issue will be stated. The ideas which are the results of these discussion will be connected to a conclusion part and the survey will be finished.

Keywords: Minority in penal law, capacity of imputability, penal liability, safety measures

I. GİRİŞ

Kanun'daki suç tipine uygun olan hukuka aykırı tipik hareketi gerçekleştiren kişinin, kural olarak kusurlu davranma yeteneğine sahip olduğu kabul edilir. Bu sebepten ötürü kanunlarda kimlerin kusurlu davranabileceği açıklanmaz. Sadece istisnai bir durum olması nedeniyle kimlerin kusurlu davranma yeteneğine sahip olmadığı açık ve seçik bir şekilde belirtilerek kanunlarda belirlenir. Her kişinin kural olarak isnat yeteneğinin bulunduğuna yönelik kabulün istisnalarını, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır-dilsizlik ve geçici nedenlerden kaynaklanan durumlar oluşturmaktadır.¹

İsnat yeteneğini etkileyen hallerin en önemlilerinden bir tanesi yaş küçüklüğüdür. Yaş küçüklüğü, İsnat yeteneğini etkileyen önemli bir sebep olması nedeniyle çocuk suçluluğu üzerine ulusal ve uluslararası hukukta önemli çalışmalar yapılmış ve önemli adımlar atılmıştır. II. Dünya Savaşı'ndan sonra hızlı bir artış gösteren çocuk suçluluğu konusu, günümüzün de önemli sorunlarından biridir. Çocuk suçluluğunun önüne geçebilmek için hemen hemen bütün dünya ülkelerinde bu kişiler ile yetişkinler arasındaki kurallar arasında farklar oluşturulmuştur. Bunun sebebi, çocukların bedensel, zihinsel ve ruhsal yönden tam bir olgunluğa sahip olamayışlarıdır. Bu sebeplerden ötürü birçok Batı ülkesinde çocuklara ilişkin hükümlerin bir kısmı, yetişkinlerle farklılık arz etmektedir.²

Diğer ülkelerin kanunlarında olduğu gibi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da yaş küçüklüğü, ceza sorumluluğuna etki eden sebep-

¹ Nur Centel / Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beşinci Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 353.

² Burhan Caner Hacıoğlu, "Yeni Türk Ceza Kanunu Tasarısının Çocuk ve Küçük Ceza Hukukuna İlişkin Hükümleri", *AÜEHFD*, C. II, S. 1, 1998, s. 1.

ler arasında yer almaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 31. maddesinde yaş küçüklüğünün ceza sorumluluğuna ilişkin etkisi düzenleme altına alınarak çeşitli ayrımlara gidilmiştir.

Ceza sorumluluğuna etkisinin yanı sıra çocukların işlediği suçlarda yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bazı hususlar özellik arz etmektedir. Yine bunun gibi yargılama sonunda verilen hükümlerin infazında da bir takım özel hükümler bulunmaktadır. Bütün bunların yanı sıra ceza hukukunun temel müesseselerinden olan "seçenek yaptırımlar"da, "erteleme" müessesesinde, "hak yoksunlukları" müessesesinde, "tekerrür" müessesesinde ve "zamanaşımı" müessesesinde yaş küçüklüğü hususu önemli özellikler arz etmektedir.

Bu çalışmada genel itibariyle çocuk kavramına ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler açısından yaş küçüklüğünün esaslarına değinildikten sonra, yaş küçüklüğünün ceza ve ceza muhakemesi hukuku müesseseleri açısından taşıdığı özelliklere, çocukların işlediği suçların soruşturulmasında, kovuşturulmasında ve verilen cezaların infazında dikkat edilecek özelliklere yer verilecektir. Bu açıklamaların ardından bir sonuç yazısıyla çalışma sonlanacaktır.

II. ÇOCUK KAVRAMI

İnsanlar iyi ile kötüyü, doğru ile yanlış, haklı ile haksızı ayırabilme ve bu algılayışa göre davranabilme yeteneklerini belli bir yaş seviyesi ile kazanırlar.³ İnsanoğlunun doğumundan bu algılama ve kavrama yeteneğini kazandığı yaşa kadar geçirdiği evre "çocukluk evresi" sayılır ve bu dönemdeki kişiler de "çocuk" kavramı ile anılır.

Çocuk, geliştikçe bağımlılığı azalarak bireysel davranışlarda bulunmaya başlayacak ve kendisini bulunduğu çevreye ve topluma kabul ettirecektir.⁴

³ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 483.

⁴ Hayati Yelesdağ, *Ceza Hukukunda Çocuk Kavramı ve Çocuğun Cezai Sorumluluğunun Belirlenmesindeki Kriterler*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s. 2.

Belli bir yaşa ulaşmamış çocuklarda algılama ve irade yeteneği, diğer bir ifade ile isnat yeteneği bulunmaz. Bu sebeple bu yaş grubundaki çocuklar hakkında cezai yaptırım uygulanmaz. Nitekim Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 40/3-a maddesine göre, belli yaşa kadar olan çocukların isnat yeteneğinin bulunmadığı kabul edilmiştir.⁵ Kimlerin düşünsel faaliyetleri ve bedensel özellikleri açısından isnat yeteneğine sahip olma olgunluğuna erişmiş sayılacağını belirlemede, psikoloji ve tıp bilimlerinde geçerli evrensel kurallar kadar, kanun koyucuları yönlendiren toplumsal değer yargıları da etkili olmaktadır.⁶

Türk hukukuna bakıldığında 1982 Anayasası'nda çocuk kavramının her hangi bir tanımlaması yoktur.⁷ Aynı şekilde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da çocuk kavramı tanımlanmadan çocukların yaş itibarıyla ceza sorumluluğunun sınırları çizilmiştir. Ceza sorumluluğunun kaç yaşından itibaren başlayacağı ve hangi yaş aralıklarında cezai sorumluluğun ne olacağı kanunun 53 ve devamı maddelerinde açıklanmakla birlikte çocuk kavramı tanımlanmamıştır. Esasen kavramların tanımlanması sistemi, son dönemlerdeki kanunlaştırma hareketleriyle ortaya çıkan bir durumdur.⁸

21.11.1979 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren ve daha sonra 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'yla 2005 yılında yürürlükten kaldırılan 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun da çocuk kavramını tanımlamamıştı. Fakat Kanun'un 41. maddesinde geçen "küçük" kavramını tanımlamıştı. Söz konusu 41. maddeye göre, "Bu kanundaki küçük deyimini suçu işlediği tarihte henüz 15 yaşını bitirmemiş kimseleri kapsar". Bu

⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 484.

⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 351.

⁷ Her ne kadar 1982 Anayasası çocuk kavramını tanımlamamış olsa da, bazı maddelerinde "küçük" kavramını, bazı maddelerinde ise "çocuk" kavramını kullandığı gözlemlenmektedir. Örneğin 19, 24 ve 50. maddelerinde "küçük" kavramı; 41, 61 ve 62 maddelerinde de çocuk kavramını kullanmıştır. Fakat bu kavramların somut bir tanımlaması anayasa metninde yoktur.

⁸ Son zamanlarda çıkan kanunların ilk hükümlerinde genellikle kanunların amacı, kapsamına ve tanımlara yer verilmektedir. Bu nedenle eski tarihlerde çıkarılan kanunlarda bu şekilde tanımlara rastlamak zordur.

tanım dışında, 2253 sayılı Kanun'da çocuk kavramına ilişkin bir tanım bulunmamaktadır.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girerek 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, yeni bir kanun olması dolayısıyla son yıllarda önem arz eden çocuk suçluluğu hususunun önemli bir ögesini oluşturan "çocuk" kavramını tanımlamıştır. Söz konusu tanım yapıldığı 6. maddenin 1/b bendine göre "Çocuk deyiminden, henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır". Dolayısıyla henüz 18 yaşını doldurmayan kişiler çocuk statüsündedir ve çocuklara ilişkin hükümlere tabidirler. Benzer tanımın yer aldığı 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK) 3/1-a hükmüne göre, "Çocuk, daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi ifade eder". Görüldüğü gibi 5395 sayılı ÇKK'daki tanım, karışıklıkları ortadan kaldırması açısından daha doyurucudur. Dolayısıyla halen yürürlükte bulunan 5237 sayılı TCK ve 5395 sayılı ÇKK hükümleri dikkate alındığında, henüz 18 yaşını doldurmamış bulunan kişi, ergin olup olmamasına bakılmaksızın çocuk statüsündedir.⁹

III. CEZAI SORUMLULUK AÇISINDAN YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ

A. GENEL OLARAK

İnsanın belli bir yaşı ve dönemi geçirmesinden sonra doğruyu ve yanlış anlama yeteneği kazanabileceği gerçeği dikkate alındığında, yaş küçüklüğünün bazı dönemlerinde ceza sorumluluğu tamamen kaldırılmış, bazı dönemlerinde ise cezada indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. Örneğin ilerde ayrıntısıyla inceleyeceğimiz üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile getirilen sistemde, 12 yaş sınırı, ceza sorumluluğunda sınırdır. Suç tarihinde 12 yaşını doldurmamış olan çocukların işledikleri suçlar bakımından cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu sınır, 765 sayılı TCK döneminde 11 idi. 765 sayılı TCK'nın 53/1. Maddesine göre, suç tarihinde 11 yaşını doldurmamış olan çocuklar hakkında takibat yapılamaz ve ceza verilemez.

⁹ Fakat çocuğun gerçek yaşı konusunda bir ihtilaf veya iddia varsa, nüfusa yanlış yazılmış olsa dahi gerçek yaşı araştırılmalı ve düzeltilmek suretiyle 18 yaş sınırının altında veya üstünde olduğuna kanaat getirilmelidir. Çünkü ceza hukukunda esas olan husus, şekli gerçek değil, maddi gerçektir.

Bu başlık altında cezai sorumluluk açısından yaş küçüklüğünü inceleyerek, yaş küçüklüğünün dönemlerine ve cezai sorumluluğa etkilerine değineceğiz.

B. YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜNÜN TARİHSEL GELİŞİMİ

Eski hukuk sistemlerinden beri ceza sorumluluğunun başlaması için insanoğlunun belli bir olgunluğa ulaşması gerektiği düşüncesi hakim olmuştur. Tarihteki sistemlere baktığımızda bazı hukuk sistemleri yaş sınırını dikkate alırken, bazıları da olgunluk derecesini dikkate almışlardır.¹⁰

Roma hukukunda “*Oniki Levha Kanunları*”ndan itibaren ceza sorumluluğu buluşa ermeye tabi tutulmuştur. Kilise hukukunda ise genellikle yedi yaşın altındaki küçükler kasıtlı davranması imkansız olan akıl hastaları gibi kabul edilmiş ve hakime, yedi yaşından büyük ancak buluşa ermemiş küçüklerin kasıtlı davranma yeteneğinin gelişip gelişmediği konusunda araştırma görevi yüklemiştir. Cermen hukukunda ise esas itibarıyla on iki yaşından küçüklerin cezai sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmiş ve fakat çocuğun mensup olduğu ailenin zararı tazmin niteliğinde uzlaşma bedeli ödemesi gerektiği kabul edilmiştir. İslam hukukunda malum olduğu üzere çocuğun buluş çağına girip girmediğine göre sorumluluk belirlenmektedir.¹¹

C. 5237 SAYILI TCK AÇISINDAN YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜNÜN ESASLARI

1. Genel Olarak

Yaş küçüklüğüne ilişkin düzenleme, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede, “(1) *Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.*”

¹⁰ Beşir Aslan, “Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğünün Etkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programı Yüksek Lisans Tezi, 2007, s. 1.

¹¹ Naci Şensoy, “Çocuk Suçluluğu-Küçüklük-Çocuk Mahkemeleri ve İnfaz Müesseseleri” *İHFİM*, C. XV, S. 1, 1949, s. 95 vd.

(2) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz.

(3) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz." şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yaş küçüklüğünü üç devre halinde ele almıştır.

Birinci devre, 12 yaşın bitirilmesine kadar olan devredir (TCK m. 31/1). Kanun koyucu, suç tarihinde 12 yaşını¹² doldurmamış kişilerin isnat yeteneğine sahip olmadığını ve dolayısıyla cezalandırılmaması gerektiğini aksi ispat edilemeyen bir karine olarak kabul etmiştir.¹³

¹² 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki bu sınır, 765 sayılı TCK zamanında 11'di (765 sayılı TCK m.53/1). Bu sınır, 1937 İsviçre CK'da 7, 1930 İtalyan CK'da 14, 1948 Romanya CK'da 12, 1950 Yunanistan CK'da 7, 1968 Bulgaristan CK'da 14, 1961 Macaristan CK'da 14, 1951 Yugoslavya CK'da 14, 1996 Rusya Federasyonu CK'da 14 olarak belirlenmiştir. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 484.

¹³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 487; Ceza sorumluluğundaki yaş sınırını belirleyen Alman Ceza Kanunu'nun (Strafgesetzbuch) 19. maddesine göre, "Fiilin icrası sırasında henüz 14 yaşını tamamlamamış olan bir kişinin, kusur ehliyeti yoktur", Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, 15 Mayıs 1871 Tarihli Alman Ceza Kanunu, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 18; "Alman Ceza Kanunu'nun 14. maddesinde 14 yaş altındaki kişiler çocuk (kinder) olarak tanımlandıkları için, bu yaş grubundakilerin hiçbir şekilde cezai sorumlulukları yoktur", Hans-Heiner Kühne, "Gösteriler Sırasında Şiddet Kullanan Çocukların (Alman ve Türk) Ceza Hukukundaki Yeri (Eyleme Katılmış Çocukların Cezalarının Azaltılması; Bunların Arkasında Bulunan Gerçek Faillerin Cezasının Artırılması Konusunda Türkiye İnsiyatifi)", *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, Seçkin Yayınevi, Yıl 1, Sayı 2, Ocak 2010, s. 23 (Çeviren: Özlem

Fakat kanunkoyucu bu yaş sınırı altında olanlar hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceğini kabul ederek adli makama takdir hakkı tanımıştır.

İkinci devre, fiili işlediği sırada 12 yaşını bitirmiş olup 15 yaşını bitirmeyenlerin oluşturduğu gruptur. Bu yaş grubundaki kişilerin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olup olmamasına göre cezai sorumluluğu değişmektedir. Eğer kişinin suç işlediği tarihte bu yaş grubunda olup da işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş ise, cezai sorumluluğu yoktur. Fakat bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması zorunludur. Eğer bu yaş grubundaki kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olduğunun anlaşılması¹⁴ halinde, verilecek cezada indirim öngörülmüştür. Bu indirim, yargılama sonunda TCK'nın 61. maddesindeki sıraya göre yapılacaktır.

Üçüncü devre, suç tarihi itibarıyla 15 yaşını doldurmuş olup 18 yaşını doldurmamış olanların oluşturduğu gruptur. Bu yaş grubundaki kişilerin işledikleri suçlarda cezai sorumlulukları bulunmakta olup, bu durum, 18 yaşını doldurmuş kişilere göre, cezanın indirimi sebebi ni oluşturmaktadır.

2. Suç Tarihinde 12 Yaşını Doldurmamış Olan Kişilere İlişkin Hükümler

a. Cezai Sorumluluk Açısından

5237 sayılı TCK'nın 31. maddesinin 1. fıkrasına göre, suç tarihinde 12 yaşını doldurmamış olan çocukların cezai sorumluluğu bulunmamaktadır.¹⁵ Bu kişiler hakkında ceza kovuşturması yapılamaz. Fa-

Özaydın)

¹⁴ Bu husus, özellikle çocuk psikolojisinde uzman hekimlerin bulunacağı bir heyet tarafından verilecek raporla tespit edilmelidir.

¹⁵ "Çocuklar için 5237 sayılı TCK'nın 31/1 maddesinde sorumsuzluk yaşınının 12 olarak belirlenmesi karşısında 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 11/1 maddesi uyarınca kabahat niteliğindeki fiili işlediği zaman 15 yaşını doldurmamış çocuk hakkında idari para cezasının uygulanmayacağı belirtilmiş, böylece kabahatler bakımından sorumsuzluk yaşı 15 olarak belirlenmiştir", Yelesdağ, s. 61.

kat bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir.

Kanunkoyucu bu yaş grubundaki kişilerin cezai sorumluluk açısından isnat yeteneğinin mutlak surette bulunmadığını kabul etmiştir. Dolayısıyla fiili işlediği sırada 12 yaşını doldurmamış olan kişinin isnat yeteneğinin bulunup bulunmadığını araştırmaya gerek yoktur.¹⁶ Fakat burada araştırılması yapılmayacak olan husus, kişinin gerçekte 12 yaşını doldurmadığı halde isnat yeteneğinin bulunup bulunmadığına dair bedeni, akli ve ruhi durumdur. 12 yaşını doldurmayan kişide bu hususları araştırmaya gerek yoktur.¹⁷ Eğer şahıs gerçekte 12 yaşından büyükse ve fakat nüfusa küçük kaydedilmişse, bu husus araştırılmalıdır. Bunun için ilgili mahkeme olan asliye hukuk mahkemesinde yaş düzeltme davası açılmalıdır.¹⁸ Çünkü kişinin gerçek yaşı önemli olup, nüfustaki yaşının bir önemi bulunmamaktadır.¹⁹ Kişinin gerçek yaşı araştırılırken yaşının büyük yazıldığı da ihtimale katılmalıdır. Bu nedenle kimlikte örneğin 13 yaşında görünen bir çocuk görünüm itibariyle daha küçük gösteriyorsa, Cumhuriyet savcısı kavuşturma aşmadan önce bu çocuğun gerçek yaşını tespit ettirmelidir. Fakat ne yazık ki uygulamada bu durumlarda yaş düzeltme davası açılmadan kovuşturma açıldığı gözlemlenmektedir.²⁰

Kanunkoyucu bu yaş grubundaki kişilerin işlediği suçlarda ceza kovuşturmasının²¹ yapılamayacağını belirttiğine göre, bu yaş grubun-

¹⁶ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 357; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 234;

¹⁷ Aynı doğrultuda bakınız, Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C. II, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul Ekim 1999, s. 159; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 487; Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s. 50.

¹⁸ Aynı doğrultuda bakınız, Yusuf Solmaz Balo, *Teori ve Uygulamada Çocuk Ceza Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 313

¹⁹ Çocuğun yaşının tespiti için Adli Tıp Kurumu veya tam teşekküllü bir sağlık kuruluşuna sevki yapılmalı ve bu konuda heyet raporu aldırılmalıdır.

²⁰ Mahir Topaloğlu, *Türk Hukukunda Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, s. 56.

²¹ 5271 sayılı CMK m. 2/1-f hükmüne göre, "kovuşturma, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi" ifade eder. 765 sayılı TCK'nın 53.

daki kişilerin işledikleri suçlarda soruşturma yapılması mümkündür.²² Hatta bu kişilerin işlediği suçlarda soruşturma yapılması zorunludur. Çünkü ortada bir suç vardır ve bu suça Cumhuriyet savcısı kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar verecek bile olsa el koymalıdır. Yani bu kişilerin işlediği suçlarda soruşturma başlatılmalı, tedbir uygulanması uygun görülüyorsa ilgili mahkemesinden²³ bu konuda talepte bulunulmalı ve işlenen suç açısından da yaş küçüklüğü gerekçesiyle kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar verilmelidir.

Cumhuriyet savcısının yaş küçüklüğünü fark etmemesi halinde açtığı kamu davasında suça sürüklenen çocuğun suç tarihinde 12 yaşından küçük olduğunu fark eden mahkeme, 5271 sayılı CMK m. 223/3-a maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verecektir.²⁴

b. Güvenlik Tedbirleri Açısından

aa. Genel Olarak

5237 sayılı TCK'nın 31. maddesinin ilk fıkrasına göre, suç işlediği tarihte henüz 18 yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında çocukla-

maddesinin 1. fıkrasında kullanılan "takibat" kelimesi, yeni sistemimizde "kovuşturma" anlamına gelmektedir.

²² Aynı doğrultuda bakınız, Veli Özer Özbek/ M. Nihat Kanbur/ Pınar Bacaksız/ Korumay Doğan/ İlker Tepe, *Ceza Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler)*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 218; Bu hususta karşı bir görüşe göre, "...ceza kovuşturma terimi 5271 sayılı CMK'nın 2/1-f bendinde tarif edilen *kovuşturma* olarak anlaşıldığı takdirde bu çocuklar hakkında soruşturma yapılabileceği anlamı çıkar ki bu, kanun koyucunun amaçladığı bir durum değildir. Bu nedenle TCK m. 31/1 maddesindeki ceza kovuşturmasını, 5271 sayılı CMK'daki soruşturma olarak anlamak gerekir", Topaloğlu, s. 53-54.

²³ Y. 20. HD, T. 20.3.2006, E. 2006/2306, K. 2006/3631 sayılı kararında açık bir şekilde vurgulandığı üzere bu hususta ilgili mahkeme, çocuk (ceza) mahkemesidir.

²⁴ "Bu durumda çocuk hakkında beraat kararı vermek yanlış olacaktır. Ceza tertibine yer olmadığı kararı verildiği hallerde ÇKK'nın 11. maddesinde belirlenen çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinden birisi uygulanacaktır. Hakim bu tedbirleri uygulaması zorunludur. Kanun koyucu bu konuda hakime uygulayabilen uygulamama hususunda takdir yetkisi tanımamıştır. Ancak hakim, uygulanacak tedbir bakımından serbesttir.", Metin Efe, "Çocukların Cezai Sorumluluğu", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008, s. 63-64.

ra özgü güvenlik tedbirine hükmedilebilecektir. Bu hususta kanun koyucu takdir yetkisi tanımıştır. Bu takdir yetkisinin Cumhuriyet savcısına ait olduğunu düşünüyoruz. Çünkü suç işlendiğinde Cumhuriyet savcısı olaya el atacak; soruşturma sonunda kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verecek ve fakat görevli ve yetkili mahkemeden çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını talep edebilecektir. Mahkemece olaya doğrudan el atılamayacağına göre bu husustaki takdir yetkisinin Cumhuriyet başsavcılığına ait olduğu sonucu çıkmaktadır. Fakat çocuğun yaşı fark edilmeden kamu davası açılmışsa, mahkemece CMK m. 223/3-a maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilecek ve güvenlik tedbiri uygulanması konusunda yine mahkemece yapılacak değerlendirme sonucunda karar verilecektir.

bb. Uygulanabilecek Güvenlik Tedbirleri

Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, 5237 sayılı TCK'nın 56. maddesine istinaden 03.07.2005 Tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda (ÇKK) düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun'un 11. maddesine göre, *"Bu Kanunda düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirler, suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından, çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak anlaşılır"*.

Suçta sürüklenen çocuk kavramı 5395 sayılı ÇKK'nın 3/1-a.2 maddesinde tanımlanmıştır. Söz konusu hükme göre suça sürüklenen çocuk, *"Kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu"* ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

Suçta sürüklenen çocuklar hakkında uygulanacak koruyucu ve destekleyici tedbirler ise ÇKK'nın 5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan;

a. *Danışmanlık tedbiri*, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye,

b. *Eğitim tedbiri*, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine,

c. *Bakım tedbiri*, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine,

d. *Sağlık tedbiri*, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan Maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına,

e. *Barınma tedbiri*, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya, Yönelik tebirdir.

Tehlike altında bulunmadığının tespiti ya da tehlike altında bulunmakla birlikte veli veya vasisinin ya da bakım ve gözetiminden sorumlu kimsenin desteklenmesi suretiyle tehlikenin bertaraf edileceğinin anlaşılması hâlinde; çocuk, bu kişilere teslim edilir. Bu fıkranın uygulanmasında, çocuk hakkında birinci fıkrada belirtilen tedbirlerden birisine de karar verilebilir (ÇKK m. 5/3).

3. Suç Tarihinde 12 Yaşını Doldurmuş Olup 15 Yaşını Doldurmamış Olan Kişilere İlişkin Hükümler

5237 sayılı TCK'nın 31. maddesinin 2. fıkrasına göre, "*Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu ki-*

şiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fül için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz."

Suç tarihinde 12-15 yaş sınırları arasında bulunan kişiler, genel itibariyle işlemiş oldukları fiilin haksızlık teşkil ettiğinin farkındadırlar. Fakat bazı hallerde davranışlarını hukukun öngördüğü şekilde yönlendirme yetileri zayıflamakta ve bu suretle söz konusu fiili işlemekten kendilerini alıkoyamamaktadırlar.²⁵

Suç tarihinde 12 yaşını doldurmuş olup 15 yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlardan dolayı ceza sorumluluğunun bulunması için, işledikleri fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişmiş olması gerekir.

İsnat Yeteneğinin Bulunup Bulunmadığının Tespiti

Doktrinde isnat yeteneğinin kim ve ne şekilde tespit edileceğine dair farklı görüşler mevcuttur. Diğer bir deyişle suça sürüklenen çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişip gelişmediği, kısaca isnat yeteneğinin bulunup bulunmadığı hekim tarafından mı, yoksa hakim tarafından belirlenecektir? Madde gerekçesine göre, *bu grup yaş küçüklerinin ceza sorumluluğunun olup olmadığı, çocuk hâkimi tarafından tespit edilir. Ancak bu belirlemeden önce, yaş küçüğünün içinde bulunduğu aile koşulları, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında uzman kişilerce rapor hazırlanması istenir. Çocuk hâkimi, hazırlanan bu raporları, ceza sorumluluğunun belirlenmesiyle ilgili olarak yapacağı değerlendirmede dikkate alır.* Doktrinde bir kısım yazarlarımız tarafından madde gerekçesine uygun olarak isnat yeteneğinin hakim tarafından belirlenmesi gerektiği, hakim bu belirlemeyi yapmadan önce bu hususta görevlendireceği bir bilirkişinin araştırmasından faydalanabileceği ve fakat bu bilirkişinin çocuğun isnat yeteneği konusunda bir mütalaa ve tespitte bulunmasının doğru olmayacağı ifade edilmiştir.²⁶ Yargıtay'ın

²⁵ Özgenç, *Ceza Hukuku*, s. 359.

²⁶ Bakınız, Özgenç, *Ceza Hukuku*, s. 360; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 316; Centel/Zafer/

bir kararına göre, "... sanık G... yönünden yapılan değerlendirmede; 5237 sayılı TCK'nın 31/2. maddesi kapsamında kalan 12 yaşını doldurmuş olup da 15 yaşını doldurmamış olan küçüklerin, işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığının tespitinde, küçüğün içinde bulunduğu aile, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında sosyal çalışma uzmanına, kişilere rapor hazırlanması, hazırlanan bu raporlar değerlendirilerek hakim tarafından ceza sorumluluğunun belirlenmesi gerekirken, devlet hastanesinde görev yapan nöroloji uzmanından alınan yetersiz rapora dayanılarak hüküm kurulması; sanığın işlediği suçun farik ve mümeyyizi olup olmadığının mahkemeye tartışılmaması yasaya aykırıdır."²⁷ şeklindeki değerlendirmesiyle söz konusu farik mümeyyizliğin alınacak rapor incelenerek hakim tarafından takdir edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Uygulamaya bakıldığında, suç işleyen bu grup yaş küçüklerinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olup olmadığı konusunda Cumhuriyet savcısı tarafından küçüğün teşekküllü bir hastaneye sevki ile bu konuda rapor alındığı gözlemlenmektedir. Yukarıda yer verdiğimiz görüşlere bakıldığında bu uygulamanın doğru olmadığı sonucu çıkmaktadır. Eğer söz konusu isnat yeteneğinin hakim tarafından tespit edilmesi gerekiyorsa, karşımıza bir sorun çıkmaktadır. O da şu ki, hakimin soruşturma sırasında mı, yoksa kovuşturma sırasında mı bu kararı alması gerektiğidir. Örneğin bu gruptaki bir çocuğun işlediği suçtan dolayı soruştur-

Çakmut, s. 359; Hacıoğlu, s. 7; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 323; "Bu dönem bakımından önce çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilip algılayamadığı veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olup olmadığı yönünden bedeni-akli ve ruhi durumunu incelettirir", Veli Özer Özbek, *Türk Ceza Kanununun Anlamı, TCK İzmir Şerhi*, C. I, 4. Baskı, Ankara 2010, s. 568; Aynı doğrultuda Donay, s. 50; Bu hususta farklı fikirde olan Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre, "suça sürüklenen çocuk hakkında mahkemeler, çocuk hakimleri veya Cumhuriyet savcılıklarınca gerektiğinde çocukların bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren inceleme yaptırılır. Çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığı sosyal inceleme raporunda belirtilir ve mahkeme 12-15 yaş arasında bulunan çocukların işledikleri suçlarda bu raporu göz önünde bulundurur", Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 491.

²⁷ Y. 1. CD, 24.07.2008 T, 2777/6275, YKD, C. 34, S. 11, Kasım 2008, 2258 vd. (Nakleden, Özbek, *TCK'nın Anlamı*, s. 568)

ma bir yıl sürmüşse ve ondan sonra kamu davası açılmışsa, yargılamaya bakan çocuk hakiminin bu aşamada (kovuşturma aşamasında) bu tespiti yapması sağlıklı olmaz. Çünkü suç tarihinden itibaren belli bir zaman geçmiş ve bu süreçte çocuğun gelişimi hızla ilerlemiştir. Görünüş itibarıyla gelişen bir çocuğun suç zamanında ne durumda olduğunu tespit etmek güçtür. Dolayısıyla isnat yeteneği konusundaki tespitin hakim tarafından tespit edilmesi gerektiği kabul edilecekse, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı tarafından çocuğun sağlık kuruluşuna sevki ile muayene edilmesi ve rapor tanzimi istenilmeli ve bu raporla birlikte çocuğun çocuk mahkemesi hakimi önüne çıkarılarak isnat yeteneğinin olup olmadığı konusunda gecikmeksizin bir karar verilmesi istenmelidir. Bunun öncesinde çocuk hakkında sosyal çalışma görevlisi tayin edilerek çocukla görüşmesi ve çocuk hakkında sosyal çalışma raporu tanzim etmesi sağlanmalıdır. Çünkü hakim bu hususta karar verirken çok önemli olan bu rapordan faydalanmalıdır. Böyle bir rapor olmadan sadece sağlık kuruluşu raporuna dayanılarak verilecek karar eksik olacaktır. Hakim tarafından değişik işler defteri üzerinden, savcılıkça sağlık kuruluşundan ve sosyal çalışmacıdan alınan raporlar ve çocuğun görünüşü incelenerek bir karar verilmelidir. Doğru olan usul bu olmasına rağmen, uygulamada böyle bir yöntem izlenmediğini belirtmek isteriz.

Hekim, çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişip gelişmediği konusunda araştırma yaparken suç tarihini nazara alarak ve işlenen fiille sınırlı olarak değerlendirmede bulunmalıdır. Aynı şekilde hakim de bu şekilde hareket etmelidir. Örneğin hakaret suçuyla kasten öldürme suçunda çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişip gelişmediği farklılık arz edebilecektir. Dolayısıyla hekimin, işlenen fiilin ne olduğunu bilmesi gerekir.

Bu yaş grubundaki kişilerin işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişmediği kanaatine varılması halinde Cumhuriyet savcılığı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilecektir. Fakat bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilecektir (TCK m. 31/2). Bu durumda, çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygu-

lanması zorunludur.²⁸ Bu tedbirler, yukarıda incelediğimiz ve ÇKK m. 5 hükmünde düzenlenen tedbirlerdir.

Bu yaş grubundaki çocukların işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin geliştiği kanaatine varılması halinde, çocuğun cezai sorumluluğu vardır ve hakkında ilgili çocuk mahkemesinde işlenen suç nedeniyle kamu davası açılmalıdır. Fakat bu durumda mahkemece yapılacak yargılama sonucunda TCK m.61 hükmü gereğince TCK m. 31/2 hükmünde belirtilen oranlarda cezada indirim yapılacaktır.

Burada son olarak şu hususa da değinmek gerekir ki, şahsın gerçek yaşı ile kimlikteki yaşı arasında fark olduğu düşünülüyorsa, bu durum giderilmelidir. Çocuğun nüfus kaydındaki yaşının gerçeği yansıtmadığı şüphesi varsa, CMK m. 218/2 hükmü uyarınca yargılamayı yapan mahkeme, yaş düzeltme davasına da bakacaktır.²⁹

4. Suç Tarihinde 15 Yaşını Doldurmuş Olup 18 Yaşını Doldurmamış Olan Kişilere İlişkin Hükümler

5237 sayılı TCK'nın 31. maddesinin 3. fıkrasına göre, "*Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz.*"

Madde gerekçesine göre, bu grubu oluşturan gençler, normal koşullarda, gerçekleştirdikleri davranışların hukukî anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip olmakla birlikte; bu kişilerin, davranışlarını yönlendirme yetenekleri yeterince gelişmemiş olabilmektedir. Bu nedenle, suç yoluna girmiş olan gençlerin, işledikleri suçlar bağlamında irade yeteneğinin zayıf olduğu normatif olarak kabul edilmiştir. Azalmış isnat yeteneğine sahip bulunan gençler hakkında kural olarak indirilmiş cezaya hükmedilir.

²⁸ Aynı doğrultuda, Özgenc, *Ceza Hukuku*, s. 361.

²⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 357.

Bu dönemde suç işleyen çocuklar hakkında, sırf yaşları nedeniyle psikolojik ve sosyal yetenek araştırılması yapılmaz. Bu çocukların ceza sorumlulukları var kabul edilmektedir ve fakat tam olgunluğa ulaşmadıkları gerekçesiyle cezalarında indirim yapılması öngörülmüştür.³⁰

IV. YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜNÜN CEZA HUKUKU VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNUN TEMEL MÜESSESELERİ AÇISINDAN TAŞIDIĞI ÖZELLİKLER

A. GENEL OLARAK

Yaş küçüklüğü, ceza hukukunun ve ceza muhakemesi hukukunun bir takım müesseseleri açısından esnek hükümler taşımaktadır. Kanun koyucu, çocukların işledikleri suçlar bakımından ceza miktarının yanı sıra, ceza hukukunun ve ceza muhakemesi hukukunun diğer müesseseleri bakımından da esnek hükümler ihdas ettiği görülmektedir. Bu başlıkta, yaş küçüklüğünün ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun çeşitli müesseseleri açısından taşıdığı özelliklere değineceğiz.

B. YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜNÜN CEZA HUKUKUNUN TEMEL MÜESSESELERİ AÇISINDAN TAŞIDIĞI ÖZELLİKLER

1. Kısa Süreli Hapis Cezalarına Seçenek Yaptırımlar Açısından Yaş Küçüklüğünün Taşıdığı Özellikler

5237 sayılı TCK'nın 50/1. maddesine göre, kısa süreli hapis cezası,³¹ suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre aynı maddenin 1. fıkrasında sayılan seçenek yaptırımlara çevrilebilecektir. Örneğin kısa süreli hapis cezası, adli para cezasına çev-

³⁰ İçel, Kayıhan/Evik, A. Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Kitap, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s. 176

³¹ 5237 sayılı TCK m. 49/2 hükmüne göre, "Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır"

rilebilecektir. Bu husus kural olarak belirtilen kriterler doğrultusunda hakimin takdirindedir.

Aynı maddenin 3. fıkrasına göre, *“Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir”* Bu hükümden çıkan sonuca göre, fiili işlediği tarihte 18 yaşını doldurmayan kişilerin işledikleri suçlarda mahkum edildikleri bir yıl veya daha az süreli hapis cezasının TCK m. 50/1 fıkrasındaki seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunludur. Burada kanun koyucu emredici bir hüküm öngörmüştür. Dolayısıyla suça sürüklenen çocukların alacakları bir yıl veya daha az süreli hapis cezasının, hapis cezası olarak bırakılması mümkün değildir.³²

Hakim, suça sürüklenen çocuğun mahkum olduğu kısa süreli hapis cezasını TCK m. 50/3 hükmü gereğince TCK m. 50/1 hükmündeki seçenek yaptırımlardan adli para cezasına çevirmeye karar verirse, kararda, TCK m. 52/4-son cümle hükmündeki cümleye yer vermeyecektir. Yani hakim, suça sürüklenen çocuk hakkında hükmettiği kısa süreli hapis cezasını adli para cezasına çevirmeye karar verdiğinde, kararda, bu adli para cezasına ilişkin taksitlerin zamanında ödenmemesi halinde geri kalan kısmının tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceğine ilişkin cümleye yer vermez. Çünkü 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 106/4 madde ve fıkrasına göre *“Çocuklar hakkında hükmedilen adli para cezasının ödenmemesi hâlinde, bu ceza hapse çevrilemez. Bu takdirde onbirinci fıkra hükmü uygulanır.”* Sözü edilen 11. fıkraya göre ise, *“İnfaz edilen hapsin süresi, adli para cezasını tamamıyla karşılamamış olursa, geri kalan adli para cezasının tahsili için ilâm, Cumhuriyet Başsavcılığınca mahallin en büyük mal memuruna verilir. Bu makamlarca 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre kalan adli para cezası tahsil edilir.”* Toparlamak gerekirse, çocuklar hakkında hükmedilen adli para cezasına ilişkin taksitlerin zamanında ödenmemesi ha-

³² Aynı doğrultuda, Özgenç, *Ceza Hukuku*, s. 361.

linde, geri kalan kısım savcılıkça hapse çevrilemeyecek; 6183 sayılı Kanun uyarınca tahsili için maliyeye gönderilecektir.³³

2. Erteleme Müessesesi Açısından Yaş Küçüklüğünün Taşıdığı Özellikler

5237 sayılı TCK'nın 51/1 madde ve fıkrasına göre, *"İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır."*

Bu hükümden çıkan sonuca göre, fiili işlediği sırada 18 yaşını doldurmuş olanların netice itibariyle mahkum edildikleri iki yıl ve daha az süreli hapis cezaları erteleme kapsamındayken; fiili işlediği sırada henüz 18 yaşını doldurmamış kişilerin netice itibariyle mahkum edildikleri üç yıl veya daha az süreli hapis cezaları erteleme kapsamındadır. Örneğin 18 yaşını doldurmamış olan kişinin işlediği taksirle öldürme suçundan alacağı netice ceza 3 yıl hapis cezası olsa bile ertelenebilecektir. Burada sanığın yaşı açısından suç tarihi önemli olup karar tarihinde 18 yaş doldurulsa bile sonuç değişmeyecektir.

3. Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma Hükümleri Açısından Yaş Küçüklüğünün Taşıdığı Özellikler

Kural olarak suç tarihinde 18 yaşını doldurmuş kişiler, işledikleri suçlar sonucunda mahkum oldukları hapis cezasının karşılığı olarak 5237 sayılı TCK'nın 53/1 madde ve fıkrasındaki hakları kullanmaktan yoksun bırakılırlar. Örneğin 5 ay hapis cezasına mahkum olan ve bu cezası ertelemeyen kişi hakkında TCK m. 53/1 hükmündeki belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma tedbirlerine hükmolunacaktır. Fakat aynı maddenin 4. fıkrasına göre, *"Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz."* Bu hükümden çıkan sonuca göre suç tarihinde henüz 18 yaşını doldurmamış olan kişi, karar tarihinde 18 yaşını doldurmuş olsa bile, işlediği suç karşılığında mahkum olacağı ha-

³³ Doğrudan hükmedilen ve fakat taksitleri zamanında ödenmeyen adli para cezalarında da aynı durum söz konusudur.

pis cezasının miktarı ne olursa olsun TCK m. 53/1’de belirtilen hakları kullanmaktan yoksun bırakılamayacaktır.³⁴

4. Tekerrür Müessesesi Açısından Yaş Küçüklüğünün Taşıdığı Özellikler

5237 sayılı TCK m. 58/1 hükmüne göre, önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi hâlinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Aynı maddenin 5. fıkrasına göre, “*Fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlar dolayısıyla tekerrür hükümleri uygulanmaz*”. Dolayısıyla henüz 18 yaşını doldurmamış olan kişilerin işledikleri suçlar hakkında tekerrür hükümleri uygulanmaz.

Bu hükme göre sonradan işlenen suçun suç tarihinde failin 18 yaşını doldurmuş olup olmaması önemli olmayıp, önemli olan tekerrüre esas olabilecek olan önceki mahkumiyete ilişkin suçun 18 yaşın doldurulmadan işlenmesidir. Örneğin fail 17 yaşında işlediği bir suçtan sonra (mahkumiyet 18 yaşından sonra verilse bile fark etmez) yeni bir suç işlerse, 17 yaşındayken işlediği suç, ikinci işlediği suç için tekerrüre esas oluşturamayacaktır. İkinci suç, failin 18 yaşını doldurmasından sonra işlenmiş olsa da sonuç değişmez. Çünkü önceki mahkumiyet, 18 yaş doldurulmadan işlenmiş bir suça ilişkin mahkumiyettir.

5. Zamanaşımı Süreleri Açısından Yaş Küçüklüğünün Taşıdığı Özellikler

Suçun işlendiği tarih ile verilen hükmün kesinleşmesinden sonra belli bir süre geçmesi, devletin ceza ve infaz ilişkilerini devam ettirmesindeki sosyal yararın yitirilmesine sebep olur. Bu sebepten dolayı belirli bir sürenin geçmesinin, devletin cezalandırma yetkisini ortadan kaldırmasına zamanaşımı denilmektedir.³⁵

³⁴ Bu nedenledir ki uygulamada, suç tarihinde 18 yaşını doldurmamış kişilere ilişkin iddianamelerin sevk maddelerine TCK m. 53/1 hükmü konulmaz.

³⁵ Demirbaş, s. 678.

Zamanaşımı da kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bunlar “*dava zamanaşımı*” ve “*ceza zamanaşımı*”dır. Dava zamanaşımı, suçun işlenmesinden itibaren belli bir sürenin geçmesidir. Ceza zamanaşımı ise, ceza verilip hüküm kesinleştikten sonra hükümlünün bulunamaması nedeniyle cezanın belli bir süre infaz edilememesidir. Dava zamanaşımına ilişkin hükümler TCK’nın 66 ve 67. maddesinde; ceza zamanaşımına ilişkin hükümler ise TCK’nın 68 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

TCK m. 66/2 hükmüne göre, “*Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer.*”

Bu hükümden çıkan sonuca göre,

- Fiili işlediği tarihte 12 yaşını doldurmuş olup 15 yaşını doldurmayan çocukların işlediği suçlarda, zamanaşımı süreleri yarısı oranında uygulanır. Örneğin suç tarihinde 14 yaşında olan failin gece vakti bina içerisinde muhafaza altına alınmış eşyaya karşı işlediği hırsızlık suçunda dava zamanaşımı süresi 15 yıl değil, 7,5 yıldır.

- Fiili işlediği tarihte 15 yaşını doldurmuş olup 18 yaşını doldurmayan çocukların işlediği suçlarda, zamanaşımı süreleri 2/3 oranında uygulanır. Örneğin suç tarihinde 16 yaşında olan failin gece vakti bina içerisinde muhafaza altına alınmış eşyaya karşı işlediği hırsızlık suçunda dava zamanaşımı süresi 15 yıl değil, 10 yıldır.

Burada şu önemli hususu vurgulamak gerekir ki, failin kriter olarak alınacak yaşı, *suç tarihindeki yaşıdır*.

Kanun’da öngörülen, kural olarak hükmün kesinleştiği veya infazın herhangi bir nedenle kesintiye uğradığı anda işlemeye başlayan ve kesilmelere rağmen ceza infaz edilemeden tamamlanan ve tamamlanma anından itibaren de daha önce gerçekleştirilemeyen infaza engel olan süreye ceza zamanaşımı denmektedir.³⁶ Kesinleşmiş bir cezanın uzun süre infaz edilememesi halinde artık o cezanın yerine getiril-

³⁶ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 533; Koca/Üzülmez, s. 613.

mesinde toplumsal bir yarar kalmadığı düşünülerek ceza zamanaşımı kabul edilmiştir.³⁷

Ceza zamanaşımı süreleri, TCK m. 68/1 hükmünde belirtilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre, “Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle ceza infaz edilmez” Bu hükümden çıkan sonuca göre, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, sürenin yarısı oranında; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisi oranında ceza zamanaşımı süresi uygulanır. Burada failin yaşı, suç tarihindeki yaşıdır. Mahkumiyetin karar tarihi, kesinleşme tarihi vs. hususları önemli değildir. Örneğin suç tarihinde 17 yaşında bulunan fail, işlediği bir suçtan dolayı neticeten 23 yıl hapis cezasına mahkum olmuşsa, 16 yıllık (24 yılın üçte ikisi) ceza zamanaşımı süresine tabidir.

C. YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜNÜN CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNUN TEMEL MÜESSESELERİ AÇISINDAN TAŞIDIĞI ÖZELLİKLER

1. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Hükümleri Açısından

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 171/2 madde ve fıkrasına göre, “253. maddenin ondokuzuncu fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir” Aynı maddenin 4. fıkrasına göre, “Ertelene süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir” Bu hükümlerden çıkan sonuca göre, erteleme süresi 5 yıl olup bu süre içerisinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilecektir. Fakat erteleme-

³⁷ Sedat Bakıcı, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 1314.

ye ilişkin bu süre, suç tarihinde 18 yaşını doldurmamış kişiler için 5 yıl değil, 3 yıldır (ÇKK m.19).

2. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Hükümleri Açısından

CMK m. 231/5 hükmüne göre, *“Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir”* 5395 sayılı ÇKK'nın 23. maddesine göre, *“Çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda, Ceza Muhakemesi Kanunundaki koşulların varlığı halinde, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Ancak, bu kişiler açısından denetim süresi üç yıldır”* Bu hükümlerden çıkan sonuca göre yetişkinler için hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde denetim süresi 5 yıl iken, çocuklar bakımından 3 yıldır.

V. ÇOCUKLARIN YARGILANMASINDAKİ ÖZELLİKLER

A. GENEL OLARAK

Çocukların işlediği suçların soruşturulmasında, kovuşturulmasında ve cezalarının infazında bir takım özel durumlar bulunmaktadır. Bu kişilerin işlediği suçlarda soruşturma yönteminin ne şekilde olacağı, hangi koruma tedbirlerinin uygulanıp hangilerinin uygulanamayacağı, yargılamanın hangi mahkemece yapılacağı, mahkemenin özellikleri, yargılamada dikkat edilmesi gereken hususlar, yargılamada bu kişiler ile yetişkinler arasındaki usul farkı ve nihayet cezanın infazı sırasında çocuklara ilişkin özel hükümler, üzerinde durulması ve açıklanması gereken kurallardır. Bu başlıkta bu kuralları inceleyerek analiz etmeye çalışacağız.

B. SORUŞTURMA AŞAMASINDAKİ ÖZELLİKLER

1. Soruşturmayı Yapacak Makam Açısından

5395 sayılı ÇKK'nın 15. maddesine göre, *“Suça sürüklenen çocuk hakkındaki soruşturma çocuk bürosunda görevli Cumhuriyet savcısı tarafın-*

dan *bizzat yapılır*” Bu hükümden çıkan sonuca göre, suç işleyen çocuk hakkındaki soruşturma, kolluk görevlilerine bırakılmayıp bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacaktır.³⁸ Örneğin ifade alınması, kolluğa bırakılmayacaktır. Suça sürüklenen çocukların ifadeleri mutlak surette Cumhuriyet savcısınınca alınmalıdır. Kolluk, sadece kimlik tespitiyle yetinmelidir.³⁹

Soruşturmanın bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından yapılması gerektiğine yönelik Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 01.01.2006 tarih ve 2 no.'lu genelgesi de mevcuttur.⁴⁰

Öğretide bir kısım yazarlar, savcılık kurumunun mevcut olanakları dikkate alındığında bütün işlerin savcıya yüklenemeyeceği ve bunun yerine çocuk suçluluğu konusunda uzmanlaşmış özel bir kolluğun bu işlemleri yürütmesi önerilmiştir.⁴¹ Fakat bu konuda uzman kolluk eliyle soruşturma yürütülse de, söz konusu çocuklar hakkındaki tedbir uygulanması talebi savcılık tarafından yapılacağından, bu çocukların özellikle ifadelerinin bizzat savcı tarafından alınması daha yararlı olacaktır.⁴²

2. Çocuğun İfadesinin Alınması Usulü Açısından

Yukarıda da az çok değindiğimiz üzere, suça sürüklenen çocukların ifadeleri, Cumhuriyet Savcısı tarafından bizzat alınacaktır. 5395

³⁸ “Bizzat soruşturma yapma emri kanun tarafından Cumhuriyet savcılarına görev olarak verilmiş ise de, uygulamada nedense çocuk suçlarında sadece ifadelerin Cumhuriyet savcıları tarafından alınmasıyla yetinilmekte, yani soruşturma işlemlerinin tümü savcı tarafından yapılmamaktadır”, Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Kitap, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul Kasım 2009, s. 531-532.

³⁹ “Kolluğun çocuğun ifadesini alması, çocuğa teşhis yaptırması gibi soruşturma işlemleri yapması, görev sınırlarını aşması nedeniyle hukuki bir sonuç doğurmaz. Görevsiz ve yetkisiz olarak yapılan bu işlemlere dayanarak hüküm kurulamayacaktır”, Aslan, s. 115.

⁴⁰ Söz konusu genelge hükümleri için bkz., Halil Polat, *Teori ve Uygulamada Cumhuriyet Savcısının El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 871.

⁴¹ Bahri Öztürk/Veli Özer Özbek/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, no.1157.

⁴² Handan Yokuş Sevük, “Ceza Yargılaması Hukukunda Çocuk Soruşturması”, *AÜ-EHFD*, C. VIII, S. 1-2, Yıl 2004, s. 4.

sayılı ÇKK m. 15/2 hükmüne göre, “Çocuğun ifadesinin alınması veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında, çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabilir.” Bu husus, soruşturma evresinde ifade alan Cumhuriyet savcısının takdirine bağlıdır.

Suçta sürüklenen çocuğa, istemine bakılmaksızın kendisine müdafî tayin edilir ve bu müdafî, ifade sırasında hazır bulunur (CMK m. 150/2). Burada zorunlu müdafîlik söz konusudur. Burada dikkat edilmesi gereken tarih, suç tarihidir. Örneğin 18 yaşını doldurmaya üç ay kala suç işleyip firar eden ve 4 ay sonra yakalanan, yani 18 yaşını doldurduktan sonra yakalanan kişinin ifadesinde de zorunlu müdafî bulundurulur.

3. Yetişkinlerle Birlikte Suç İşlenmesi Halinde Dosyaların Yürütülmesi Açısından

Çocukların yetişkinlerle birlikte bir suça karışması mümkündür. Bu durumda, soruşturma işlemleri bir takım özellikler arz etmektedir. 5395 sayılı ÇKK m. 17/1 hükmüne göre, “Çocukların yetişkinlerle birlikte suç işlemesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturma ayrı yürütülür”. Bu hükme paralel olarak 26.12.2006 Tarih ve 26386 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usûl Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in 7/1. maddesine göre, “Çocukların yetişkinlerle birlikte suç işlemesi hâlinde, adlî kolluk tarafından çocuklar hakkında ayrı evrak düzenlenir, soruşturma ve kovuşturma ayrı yürütülür”. Bu hükümlerden çıkan sonuca göre çocuklar ile yetişkinlerin iştirak halinde suç işlemeleri halinde veya işlenen suçların taraflarından birini çocuk oluşturması halinde, bu çocuğa ilişkin soruşturma evrakları kolluk tarafından ayrı hazırlanır ve Cumhuriyet savcısı çocuklara ilişkin soruşturmayı ayrı yürütür.

Uygulamaya bakıldığında kolluğun ve Cumhuriyet savcılarının bu hususa uygun davranmadığı, kolluğun evrakı bir bütün halinde getirdiği ve genel olarak Cumhuriyet savcılarının da soruşturmayı tek bir evrak halinde yürütüp delilleri topladıktan sonra dava açma sırasında evrakı çocuk yönüyle ayırdıkları görülmektedir. Oysa ki suça

sürüklenen çocukların soruşturma dosyaları ayrı numaralara kaydedilmeli ve soruşturma işlemleri baştan itibaren ayrı yürütülmelidir.⁴³

İddianamenin düzenleneceği tarihte çocuk 18 yaşını doldurmuş olsa bile soruşturma dosyası ayrılmalı ve ayrı açılmalıdır.

4. Koruma Tedbirleri Açısından

a. Yakalama Tedbiri Açısından

Çocukların işledikleri suçlar nedeniyle yakalanmasıyla ilgili hükümler, 1 Haziran 2005 T. 25832 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre,

“Çocuklar bakımından yakalama ve ifade alma yetkileri aşağıdaki şekilde sınırlandırılmıştır:

a) Fiili işlediği zaman oniki yaşını doldurmamış olanlar ile onbeş yaşını doldurmamış sağır ve dilsizler;

1) Suç nedeni ile yakalanamaz ve hiçbir suretle suç tespitinde kullanılmaz.

2) Kimlik ve suç tespiti amacı ile yakalama yapılabilir. Kimlik tespitinden hemen sonra serbest bırakılır. Tespit edilen kimlik ve suç, mahkeme başkanı veya hâkimi tarafından tedbir kararı alınmasına esas olmak üzere derhâl Cumhuriyet başsavcılığına bildirilir.

b) Oniki yaşını doldurmuş, ancak onsekiz yaşını doldurmamış olanlar suç sebebi ile yakalanabilirler. Bu çocuklar, yakınları ile müdafiyeye haber verilerek derhâl Cumhuriyet başsavcılığına sevk edilirler”.

Bu hükümden çıkan sonuca göre 12 yaşını doldurmamış çocukların işledikleri suçlardan dolayı sadece kimlik, adres ve suç tespiti için yakalama yapılabilecektir. Bu yaş sınırının altındakiler başka sebeple yakalanamayacaktır. Kimlikleri ve adresleri tespit edildikten sonra derhal serbest bırakılmalıdırlar. Serbest bırakılmaktan kasıt, çocuğun başıboş bırakılması olmayıp, çocuğun ailesine teslimidir.

⁴³ Aynı doğrultuda, Veli Özer Özbek, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı*, İzmir Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 322.

12 yaşını doldurmuş olup 18 yaşını doldurmamayan çocuklar ise yakalanabilecek, kimlik tespitleri yapılabilecek ve fakat ifadeleri alınmadan doğrudan Cumhuriyet savcılığına intikal ettirilecektir. Bu kişiler yakalandıklarında, müdafilerine ve yakınlarına kolluk tarafından bilgi verilmelidir.

b. Gözaltı Tedbiri Bakımından

Yukarıda yakalama tedbirinde de belirtildiği üzere, 12 yaşını doldurmuş olan çocuklar yakalanabileceğinden, bu kişilerin gözaltına da alınması mümkündür. Fakat yakalanan kişinin çocuk olması halinde mümkün merteye gözaltına alınmadan derhal Cumhuriyet savcısının huzuruna çıkarılması daha doğru olacaktır.

5395 sayılı ÇKK'nın 16. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Gözaltına alınan çocuklar, kolluğun çocuk biriminde tutulur" Aynı maddenin 2. fıkrasına göre, "Kolluğun çocuk biriminin bulunmadığı yerlerde çocuklar, gözaltına alınan yetişkinlerden ayrı bir yerde tutulur".

Aynı Kanun'un 18. maddesine göre, "Çocuklara zincir, kelepçe ve benzeri aletler takılamaz. Ancak; zorunlu hâllerde çocuğun kaçmasını, kendisinin veya başkalarının hayat veya beden bütünlükleri bakımından doğabilecek tehlikeleri önlemek için kolluk tarafından gerekli önlem alınabilir".

c. Adli Kontrol Tedbiri Açısından

5395 sayılı ÇKK'nın 20/1. madde ve fıkrasına göre, suça sürüklenen çocuklar hakkında soruşturma veya kovuşturma evrelerinde adli kontrol tedbiri olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109. maddesinde sayılan tedbirlere hükmedilecektir. CMK m. 109 hükmünde sayılanlar dışında,

- Belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak,
 - Belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek,
 - Belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamak,
- tedbirlerine hükmedilebilir.

Çocuklar hakkında hükmedilen bu tedbirlerden sonuç alınmaması, sonuç alınamayacağıın anlaşılması veya tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklama kararı verilebilir (ÇKK m. 20/2).

d. Tutuklama Tedbiri Açısından

5395 Sayılı ÇKK m.21 hükmüne göre, *“Onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez.”*

Kanun koyucu, yetişkinlerin işlediği suçlarda, tutuklama tedbirine hükmedebilmek için işlenen suçun cezasının üst sınırının bir yıldan fazla olmasını aramışken,⁴⁴ 15 yaşını doldurmamış çocuklarda bu sınırı 5 yıl olarak belirlemiştir. Burada bakılması gereken husus, suçun kanundaki cezasının üst sınırındır.

e. Zorla Getirme Tedbiri Açısından

Çocuklar hakkında zorla getirme hükümleri açısından özel bir hüküm getirilmediğinden, CMK'nın 145 ve 146. maddeleri uyarınca zorla getirme hükümleri uygulanabilecektir.

5. Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirlerinin Uygulanması Açısından

Çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı; çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen çocuk hâkimi tarafından alınabilir (ÇKK m. 7/1). Suça sürüklenen çocuklarla ilgili soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı, yukarıda açıkladığımız üzere çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması için ilgili çocuk mahkemesinden tedbir talebinde bulunacaktır.

⁴⁴ CMK m. 100/4 hükmüne göre, *“Sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez”*

Tedbir kararı verilmeden önce çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılabilir (ÇKK m. 7/2). Tedbirin türü kararda gösterilir. Bir veya birden fazla tedbire karar verilebilir (ÇKK m. 7/3). Hâkim, hakkında koruyucu ve destekleyici tedbire karar verdiği çocuğun denetim altına alınmasına da karar verebilir (ÇKK m. 7/4). Hâkim, çocuğun gelişimini göz önünde bulundurarak koruyucu ve destekleyici tedbirin kaldırılmasına veya değiştirilmesine karar verebilir. Bu karar acele hâllerde, çocuğun bulunduğu yer hâkimi tarafından da verilebilir. Ancak bu durumda karar, önceki kararı alan hâkim veya mahkemeye bildirilir (ÇKK m. 7/5). Tedbirin uygulanması, onsekiz yaşın doldurulmasıyla kendiliğinden sona erer. Ancak hâkim, eğitim ve öğrenimine devam edebilmesi için ve rızası alınmak suretiyle tedbirin uygulanmasına belli bir süre daha devam edilmesine karar verebilir (ÇKK m.7/6).

C. KOVUŞTURMA AŞAMASINDAKİ ÖZELLİKLER

1. Kovuşturmayı Yapacak Mahkeme Açısından

Çocuklarla ilgili kovuşturmayı yapacak mahkeme, 5395 sayılı ÇKK'nın 25. maddesi hükmü uyarınca kurulan çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemeleridir. Söz konusu 25. maddenin 1. fıkrasına göre, "*Çocuk mahkemesi, tek hâkimden oluşur. Bu mahkemeler her il merkezinde kurulur. Ayrıca, bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak kurulabilir. İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde çocuk mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır. Çocuk mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz. Mahkemelerin bulunduğu yerlerdeki Cumhuriyet savcıları, çocuk mahkemeleri kararlarına karşı kanun yoluna başvurulabilirler*" Aynı maddenin 2.fıkrasına göre, "*Çocuk ağır ceza mahkemelerinde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur ve mahkeme bir başkan ve iki üye ile toplanır. Bu mahkemeler bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak kurulur. İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde çocuk ağır ceza mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır*" Bu hükümlere bakıldığında 1. fıkrada normal çocuk mahkemeleri; 2. fıkrada ise çocuk ağır ceza mahkemelerinin kuruluş ve çalışma usulü gösterilmiştir.

Çocukların işledikleri suçların kanundaki cezasının üst sınırına bakılarak kovuşturmayı yapacak mahkeme belirlenir. İşlenen suçun kanundaki cezasının üst sınırı 10 yıl veya daha fazla ise, çocuk ağır ceza mahkemesi görevli; 10 yıldan az ise çocuk mahkemeleri görevlidir. Kısacası, çocuk mahkemesi, asliye ceza mahkemesi ile sulh ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından suça sürüklenen çocuklar hakkında açılacak davalara bakar (ÇKK m. 26/1). Çocuk ağır ceza mahkemesi, çocuklar tarafından işlenen ve ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlarla ilgili davalara bakar (ÇKK m. 26/2).

Çocuk mahkemesinin kurulmadığı yerlerde, çocukların işledikleri suçlardan dolayı yapılacak soruşturma sonunda işlenen suç hangi mahkemenin görevine giriyorsa, o mahkemeye çocuk mahkemesi sıfatıyla kamu davası açılmalıdır. Örneğin çocuğun işlediği basit yaralama suçundan dolayı çocuk mahkemesi bulunmayan yerlerde bu suça ilişkin dava, o yer sulh ceza mahkemesine çocuk mahkemesi sıfatıyla açılacaktır. Uygulama bu doğrultudadır.

2. Kovuşturma Sırasında Mahkemede Bulunabilecek Kişiler Açısından

Hakim: Öncelikle doğal olarak çocuk mahkemelerinde ve çocuk ağır ceza mahkemelerinde yargılamayı yapacak hakim veya hakimler bulunmalıdır. Çocuk mahkemesinde tek hakim bulunur (ÇKK m. 25/1). Çocuk ağır ceza mahkemesinde ise, bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur ve mahkeme bir başkan ve iki üye ile toplanır (ÇKK m. 25/2). ÇKK m. 28/1 hükmüne göre, “Mahkemelere, atanacakları bölgeye veya bir alt bölgeye hak kazanmış, adlî yargıda görevli, tercihan çocuk hukuku alanında uzmanlaşmış, çocuk psikolojisi ve sosyal hizmet alanlarında eğitim almış olan hâkimler ve Cumhuriyet savcıları arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atama yapılır” Bu madde ile mahkeme hakimlerinin taşınması gereken nitelikler ve atanma usulü belirlenmiştir.⁴⁵

⁴⁵ “Çocuk mahkemeleri hakimlerinin sık sık yer değiştirilmemesi ve bu suretle çocuk hakimliği konusunda uzmanlaşmalarının sağlanması önemlidir”, Oğuz Üstünel, *Çocuk Mahkemesi İçinde Çocuk Kolluğu ve Bir Uygulama Örneği*, Bahçeşehir Çocuk Suçlarını Önleme Merkezi, Yüksek Lisans Tezi, 2003, s. 58.

Cumhuriyet Savcısı: Yukarıda da belirtildiği üzere çocuk mahkemelerinde Cumhuriyet savcısı bulunmaz. Oysa çocuk ağır ceza mahkemelerinde Cumhuriyet savcısı bulunur.⁴⁶ Suç işleyen çocuk, suç tarihinde 18 yaşından küçük olduğu müddetçe Cumhuriyet savcısı çocuk mahkemesinde bulunmaz. Yani çocuk duruşmada 18 yaşını doldursa bile Cumhuriyet savcısı duruşmaya katılamaz.

Zorunlu Müdafii: CMK m. 150/2 hükmüne göre, müdafii bulunmayan 18 yaşından küçük sanığa istemi aranmaksızın müdafii tayin edilir. Örneğin suç tarihinde 18 yaşından küçük olup Cumhuriyet savcısının ifadeye çağırıldığı tarihte 18 yaşını dolduran kişiye de müdafii tayin edilmeli ve bu müdafii, yargılama aşamasında da çocuğu temsil etmelidir. Yani önemli olan suç tarihi olup soruşturmanın diğer kısımlarında veya yargılamada 18 yaşın ikmal edilmesi müdafii mecburiyetini etkilemez.

Sosyal Çalışma Görevlisi: Mahkeme veya hâkim, çocuğun sorgusu veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurabilir (ÇKK m.22/2). Bu hükümden çıkan sonuca göre mahkemenin sorgusu veya hakkındaki diğer işlemler sırasında sosyal çalışma görevlisi bulundurma mecburiyeti bulunmamaktadır. Bu husus hakimin takdirine bırakılmıştır.

Diğer Kişiler: ÇKK m. 22/1 hükmüne göre, “Çocuk, velisi, vasisi, mahkemece görevlendirilmiş sosyal çalışma görevlisi, çocuğun bakımını üstlenen aile ve kurumda bakılıyorsa kurumun temsilcisi duruşmada hazır bulunabilir”

3. Kovuşturmanın Yöntemi Açısından

Çocuklara ilişkin yargılamada duruşma kapalı olarak yapılmalı ve karar kapalı oturumda açıklanmalıdır.⁴⁷ Bu konuda CMK m.185

⁴⁶ Cumhuriyet Savcısının çocuk mahkemesinde bulunmamasının dayanağı konusundaki görüşler için bakınız, Hande Özdemir, *Türk Hukukunda Çocukların Yargılanması*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s. 62 vd.

⁴⁷ “Duruşmanın kapalı yapılmasındaki amaç, çocuğun teşhir edilmesini, kalabalık izleyicilerin önünde korkmasını, utanmasını veya kendisini bir kahraman olarak görmesini önlemektir”, Esin Konanç, *Çocukları Korumak ve Yargılamakla Görevli Or-*

hükmü şu şekildedir: “Sanık, onsekiz yaşını doldurmamış ise duruşma kapalı yapılıdır; hüküm de kapalı duruşmada açıklanır.” Fakat Yargıtay, kapalı yapılması gereken bir duruşma açık yapılmışsa bu hususu “telafisi olmadığından” bahisle bozma sebebi yapmamaktadır.⁴⁸

Suç tarihinde 18 yaşın altında olmasına rağmen yargılama sırasında 18 yaşını doldurmuş kişinin yargılama sırasında kapalı yapılması gerekmez ve aleniyete dönülür.⁴⁹

4. Duruşmanın Düzen ve Disiplini Açısından

CMK'nın 203. maddesinin birinci fıkrasında duruşmanın düzen ve disiplinini mahkeme başkanı veya hakim tarafından sağlanacağı, ikinci fıkrasında mahkeme başkanı veya hakimin duruşmanın disiplinini bozan kişinin, savunma hakkının kullanılmasını engellemek koşuluyla salondan çıkarılmasını emredeceği ve son olarak üçüncü fıkrasında da kişinin dışarı çıkarılması sırasında direnç göstermesi veya karışıklıklara neden olması halinde yakalanacağı ve hâkim veya mahkeme tarafından, avukatlar hariç, verilecek bir kararla derhâl dört güne kadar disiplin hapsine konulabileceği hüküm altına alınmıştır. Fakat bu maddenin 3. fıkrasının son cümlesine göre, “çocuklar hakkında disiplin hapsi uygulanmaz”

ganlar, Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, s. 358.

⁴⁸ 1.1.1989 doğumlu olup hüküm tarihinde 18 yaşını doldurmamış bulunan sanık hakkında 5271 sayılı CMK'nın 185. maddesi uyarınca duruşmanın kapalı yapılması ve hükmün de kapalı açıklanması gerekirken buna uyulmaması, telafisi mümkün bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır (Y 5. CD, 8.3.2006 T, 2006/205 E, 2006/1468 K).

⁴⁹ “Bu husus, AİHM içtihatlarına bakıldığında son derece yerindedir”, Hakan Karakehya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma*, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, s. 219; “Sanık N. K., dosya içerisinde bulunan nüfus kayıt örneğine göre 25.06.1987 doğumlu olup, Yerel Mahkemece gizlilik kararının verildiği ilk oturumda 18 yaşını bitirmiş durumdadır. Yasal koşulları bulunmadığı halde duruşmanın gizli yapılması ve sanıkların sorgu ve savunmalarının gizli oturumda alınması, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nin 308/6. maddesi uyarınca yasa mutlak aykırı davranılan hallerdendir. Nitekim yerleşmiş yargısal kararlarda da bu husus vurgulanarak mutlak bozma nedeni olarak kabul edilmiştir”, (YCGK, 27.02.2007, 2007/6-4 E, 2007/50 K)

Bu hükümden çıkan sonuca göre çocuklar hakkında disiplin hapsinin uygulanamayacağı hükme bağlanmıştır. Burada suç tarihinde 18 yaşından küçük olmasına rağmen duruşmada 18 yaşını dolduran kişi hakkında disiplin hapsinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu açık değildir. Fakat kanaatimizce kanun koyucu bu hükmü, duruşmanın düzenini bozduğu esnada çocuk (suça sürüklenen çocuk) sıfatında olan kişiler için ihdas etmiş olup, duruşmada 18 yaşını ikmal etmiş kişi hakkında disiplin hapsi uygulanabilecektir.

D. İNFAZ AŞAMASINDAKİ ÖZELLİKLER

1. Koşullu Salıverme Hükümleri Açısından

Koşullu salıverilme, mahkumun infaz kurumunda bulunduğu süre içerisinde infaz süresini iyi halli olarak geçirmesi halinde infaz kurumundan erken çıkmasını sağlayan bir kurumdur. Kural olarak ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar 24 yılını, diğer süreli hapis cezalarına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler (5275 sayılı CGTİHK m. 107/2).⁵⁰

ÇKK'da koşullu salıverilmeye ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat 5275 sayılı CGTİHK'nın 107/5 maddesine göre, "Koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında, hükümlünün onbeş yaşını dolduruncaya kadar infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak dikkate alınır" Bu hüküm 19.12.2006 Tarih ve 5560 sayılı kanunla değiştirilerek bu hale getirilmiştir. Bu değişiklikten önceki durumda 15 yaş sınırı, 18 idi.⁵¹ Şartla tahliye müessesesinde lehe yasa hükümleri uygula-

⁵⁰ Bu süreler 647 sayılı Ceza İnfaz Kanunu zamanında farklıydı. Örneğin süreli hapislerde cezanın yarısı ve yatılan miktar açısından her ay 6 gün indirim yapılmak suretiyle koşullu salıverilme tarihi bulunuyordu. Dolayısıyla suç tarihi 5275 sayılı CGTİHK'nın yürürlük tarihi olan 1.6.2005 tarihinden önce ise, sanığın lehine olan 647 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır. Çünkü TCK m. 7/3 hükmüne göre, "Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır" Bu hükmün mefhum-u muhalifinden, koşullu salıverilme müessesesinde lehe yasa hükümleri uygulanır.

⁵¹ "Çocuk suçlularda görülen yüksek artış, kanun koyucuyu geri adım atmaya yöneltmiş olabilir", Aslan, s. 158.

nacağından, 5560 sayılı yasadan önce işlenen suçlarda 18 yaşın doldurulmasına kadar infaz kurumunda geçecek olan sürede bir gün iki olarak sayılacaktır.

Çocukların gözaltında ve tutuklulukta geçirdiği sürelerin de bir gün iki gün hesabıyla hesaplanıp hesaplanmayacağı konusunda farklı fikirler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, gözaltı ve tutuklulukta geçen günlerde de bir gün iki gün hesabıyla hesaplanacaktır.⁵² Karşı bir görüşe göre kanunda infaz kurumunda geçirilen süre düzenlemesi karşısında gözaltı ve tutuklulukta geçen süreler bir gün iki gün hesabıyla hesaplanmayacaktır.⁵³ Kanaatimizce 15 yaş sınırına uygun olmak kaydıyla gözaltı ve tutuklulukta geçirilen süreler de bir gün iki gün hesabıyla hesaplanacaktır. Bunun aksini düşündürecek her hangi bir düzenleme mevcut değildir.

2. Adli Para Cezasının İnfazındaki Özellikler Açısından

Bilindiği üzere 5237 sayılı TCK'nın 52/4 madde ve fıkrası hükmüne göre, adli para cezasına ilişkin kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi hâlinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir. Kural bu olmakla birlikte çocuklar bakımından 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 106/4 madde ve fıkrasına göre, *"Çocuklar hakkında hükmedilen adli para cezasının ödenmemesi hâlinde, bu ceza hapse çevrilemez. Bu takdirde onbirinci fıkra hükmü uygulanır."* Sözü edilen 11. fıkraya göre ise, *"İnfaz edilen hapsin süresi, adli para cezasını tamamıyla karşılamamış olursa, geri kalan adli para cezasının tahsili için ilâm, Cumhuriyet Başsavcılığınca mahallin en büyük mal memuruna verilir. Bu makamlarca 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre kalan adli para cezası tahsil edilir."* Yani, çocuklar hakkında hükmedilen adli para cezasına ilişkin taksitlerin zamanında ödenmemesi halinde, geri kalan kısım savcılıkça hapse çevrilemeyecek; 6183 sayılı Kanun uyarınca tahsili için maliyeye gönderilecektir.

⁵² Balo, s. 499.

⁵³ Aslan, s. 158

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Çocukların toplumsal, ekonomik, biyolojik ve psikolojik etkenler bakımından yetişkin insanlara göre olaylardan ve durumlardan daha çok etkilenmeleri ve yetişkinlerden farklı özelliklere sahip olmaları nedeniyle gerek ceza kanunlarında, gerek ceza muhakemesine ilişkin kanunlarda ve gerekse infaz kanunlarında çocuklara özgü farklı hükümler ihdas edilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ceza sorumluluğuna yönelik hükümlerine bakıldığında, 12 yaşın altındaki çocukların işledikleri suçlarda cezai sorumluluk kabul edilmemiştir. Fakat bu yaş grubundakilere takdire bağlı olarak çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir. 12-15 yaş grubundaki kişilerde ise cezai sorumluluk, işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişip gelişmediğine bağlanmıştır. Bu yetenek gelişmişse cezai sorumluluk bulunmakta ve fakat cezada indirim yapılmaktadır. Eğer bu yaş grubundakilerin işledikleri fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yetenekleri gelişmemişse, cezai sorumluluk bulunmamakta ve fakat zorunlu olarak çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenmektedir. 15-18 yaş grubundaki kişilerin ise, cezai sorumlulukları bulunmakla birlikte bu husus cezada indirim sebebidir.

Çocukların işledikleri suçlar açısından ceza ve ceza muhakemesi hukuku kuralları açısından bazı özellikler söz konusudur. Bu bağlamda tekerrür, cezaların ertelenmesi, kısa süreli hapis cezalarına seçenek yaptırımlar, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma tedbirleri ve zamanaşımı sürelerinin hesaplanması konularında çeşitli esnek hükümler bulunmaktadır. Aynı şekilde ceza muhakemesi hukukuyla bağlantılı olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi müesseseleri açısından süre konularında esnek hükümler bulunmaktadır.

Çocukların işledikleri suçların yargılanmasında yetişkinlerinkinden farklı usul kuralları bulunmaktadır. Öncelikle iş durumu dikkate alınarak çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemeleri kurularak çocukların yargılanmasında ihtisas mahkemeleri oluşturulmuştur.

Çocukların yargılaması kapalı duruşmada yapılmalı, hüküm de kapalı duruşmada açıklanmalıdır. Yine bunun gibi çocukların yargılanmasında istemleri olmaksızın kendilerine zorunlu olarak bir müdafî tayin edilmelidir.

Cezaların infazı konusunda da çeşitli durumlarda çocuklarla yetişkinler arasında fark oluşturulmuştur. Bu bağlamda 15 yaşını doldurmamış çocukların ceza infaz kurumunda geçirecekleri bir gün iki gün olarak hesaplanmaktadır. Yine bunun gibi adli para cezasının ödenmemesi halinde hapse çevirme işlemi çocuklar açısından söz konusu değildir. Bu kişilerin ödemedikleri adli para cezaları, 6183 sayılı AATUHK'ya göre maliye tarafından tahsil edilecektir (5275 sayılı Kanun m. 106/4, 106/11).

KAYNAKLAR

- Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.
- Bahri Öztürk/Veli Özer Özbek/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.
- Beşir Aslan, *Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğünün Etkisi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programı Yüksek Lisans Tezi, 2007.
- Burhan Caner Hacıoğlu, "Yeni Türk Ceza Kanunu Tasarısının Çocuk ve Küçük Ceza Hukukuna İlişkin Hükümleri", *AÜEHFD*, C. II, S. 1, 1998.
- Esin Konanç, *Çocukları Korumak ve Yargılamakla Görevli Organlar*, Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı.
- Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, *15 Mayıs 1871 Tarihli Alman Ceza Kanunu*, Beta Yayınevi, İstanbul 2009
- Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009
- Hakan Karakehya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma*, Savaş Yayınevi, Ankara 2008
- Halil Polat, *Teori ve Uygulamada Cumhuriyet Savcısının El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009
- Handan Yokuş Sevük, "Ceza Yargılaması Hukukunda Çocuk Soruşturması", *AÜEHFD*, C. VIII, S.1-2, Yıl 2004.

- Hande Özdemir, "Türk Hukukunda Çocukların Yargılanması", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.
- Hans-Heiner Kühne, "Gösteriler Sırasında Şiddet Kullanan Çocukların (Alman ve Türk) Ceza Hukukundaki Yeri (Eyleme Katılmış Çocukların Cezalarının Azaltılması; Bunların Arkasında Bulunan Gerçek Faillerin Cezasının Artırılması Konusunda Türkiye İnsiyatifi", *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, Seçkin Yayınevi, Yıl 1, Sayı 2, Ocak 2010 (Çeviren: Özlem Özaydın).
- Hayati Yelesdağ, *Ceza Hukukunda Çocuk Kavramı ve Çocuğun Cezai Sorumluluğunun Belirlenmesindeki Kriterler*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.
- İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
- Kayıhan İçel/A. Hakan Evik, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Kitap, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2007.
- Mahir Topaloğlu, *Türk Hukukunda Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.
- Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
- Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Metin Efe, *Çocukların Cezai Sorumluluğu*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008.
- Naci Şensoy, "Çocuk Suçluluğu-Küçüklük-Çocuk Mahkemeleri ve İnfaz Müesseseleri" *İHFM*, C. XV, S. 1, 1949.
- Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Dördüncü Bası, Beta Yayınevi, İstanbul Ekim 2006
- Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Kitap, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul Kasım 2009.

- Oğuz Üstünel, *Çocuk Mahkemesi İçinde Çocuk Kolluğu ve Bir Uygulama Örneği*, Bahçeşehir Çocuk Suçlarını Önleme Merkezi, Yüksek Lisans Tezi, 2003.
- Özlem Cankurataran Öntaş, "Tutuklu Çocukların Gözüyle Çocuk Adalet Sisteminin Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*, Sayı 66, Yıl 2006.
- Sedat Bakıcı, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C. II, Onikinci Bası, Beta Yayınevi, İstanbul Ekim 1999.
- Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Beta Yayınevi, İstanbul 2007.
- Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
- Veli Özer Özbek, *Türk Ceza Kanununun Anlamı*, TCK İzmir Şerhi, C. I, 4. Baskı, Ankara 2010.
- Veli Özer Özbek, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanunununun Anlamı*, İzmir Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.
- Veli Özer Özbek/M. Nihat Kanbur/Pınar Bacaksız/Koray Doğan/İlker Tepe, *Ceza Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler)*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.
- Yusuf Solmaz Balo, *Teori ve Uygulamada Çocuk Ceza Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2005.

REKABET KURULU'NUN DENETİM YETKİSİNİ KULLANMA ARAÇLARI -Geçici Tedbir, Bilgi İsteme ve Yerinde İnceleme Kararları-

THE MEANS OF THE COMPETITION AUTHORITY'S SUPERVISORY POWERS -Decisions of the Interim Measures, Request for Information and On-the-Spot Inspection-

Emel BADUR*
Burcu ERTEM**

Özet: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (bundan sonra Kanun olarak anılacaktır) 20. maddesiyle Anayasa'nın 167. maddesi uyarınca Rekabet Kurumu kurulmuş ve rekabet ortamının tesisi, korunması ve Kanun'un uygulanmasının izlenmesi ile görevlendirilmiştir. Rekabet Kurumu'na, rekabet düzeninin sağlanması ve korunması görevini ifa edebilmesi için geniş düzenleme ve denetleme yetkileri tanınmıştır. Kanun'un 9/4. maddesinde düzenlenen "Geçici Tedbir", 14. maddesinde düzenlenen "Bilgi İsteme" ve 15. maddesinde düzenlenen "Yerinde İnceleme" kararları, Rekabet Kurulu'nun denetim yetkisini kullanmasının en etkin araçlarıdır. Kurul bu yetkilerini (geçici tedbir kararı hariç olmak üzere), sadece "İnceleme ve Araştırma Usulü" başlığı altında düzenlenen faaliyetleri yürütürken değil; muafiyet, birleşme veya devralma, işlemlerine izin verilmesi ya da menfi tespit gibi diğer incelemelerini yürütürken de kullanılabilir. Kurul'un yukarıda anılan kararlarla kullanacağı denetim yetkisinin teminatını, Kanun'un 16 ve 17. maddelerinde düzenlenen idari para cezaları oluşturur.

Anahtar Kelimeler: Rekabet Kurulu, geçici tedbir, bilgi isteme, yerinde inceleme, idari para cezası.

Abstract: At the Article 20 of the "The Act on the Protection of Competition" numbered 4054 (here and after called "Act"), The Competition Authority has been established with respect to the Article 167 of the Turkish Constitution and the Competition Author-

* Yrd. Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.

** Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı araştırma görevlisi.

ity has been assigned to observe competition practices and ensure the application of the Act. In order to conduct the regulation of the competition, the Competition Board has been empowered with the broad regulatory and supervisory powers. The decisions of the “Interim Measures” (Art. 9/4), “Request for Information” (Art. 14) and “On-the-Spot Inspection” (Art. 15), which have regulated at the Act, are the most effective powers performing duly protection of competition. Except the interim measure decision, these supervisory powers are not restricted to the “Procedure in Examinations and Inquiries”, but also be used in the process of taking decisions on exemption, negative clearance and etc. as well. Furthermore the supervisory powers of the Competition Board are secured by the administrative fines which are set forth at articles 16 and 17 of the Act.

Keywords: Competition Authority, interim measures, request for information, on-the-spot inspection, administrative fines.

GİRİŞ

Kurul’a serbest rekabet düzenin sağlanması, bu düzenin korunması ve sağlıklı bir şekilde devam ettirilmesi için uygulamanın izlenmesi görevi verilmiştir. Yasa koyucu Kurul’u piyasa faaliyetlerini izleme görevi kapsamında düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkileriyle donatmıştır. Bu üçlü saç ayağı şeklinde ve birbirlerinin etkinliğinin teminatı olan yetkileri, Rekabet Kurulu idari eylem ve işlemler tesis etmek suretiyle kullanmaktadır. Kurul gözetim görevini yerine getirebilmek için, bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkileri ile de donatılmıştır.

Kurul gözetim ve denetim yetkilerini yerine getirebilmek ve ihlal durumunda önleyici, caydırıcı ve iyileştirici birtakım tedbirler alabilmek amacıyla kullandığı düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkilerini, şüphesiz idari işlemler vasıtasıyla yerine getirmektedir. Kanun’un 9/4. maddesinde düzenlenen “Geçici Tedbir”, 14. maddesinde düzenlenen “Bilgi İsteme” ve 15. maddesinde düzenlenen “Yerinde İnceleme” kararları, Kurul’un ekonomik kolluk faaliyeti kapsamında kullandığı denetim yetkisinin en etkin kullanım araçlarıdır.

Kanun’un 9/1. maddesinde öngörülen ihlale son verme kararı, Kurul’a verilen serbest rekabet düzenin sağlanması, korunması ve sağlıklı bir şekilde devam ettirilmesi gibi görevlerin bir yansıması ola-

arak değerlendirildiğinde, denetim yetkisinin kullanılma aracı olarak ortaya çıkabileceğine de; ilgililere nihai kararlar birlikte getirilen pozitif ve negatif edim yükleri açısından ele alındığında, yaptırım niteliğinin daha ağır bastığı görülecektir. Kanun'un 9/3. maddesinde düzenlenen görüş bildirmeye ilişkin karar ise, hem bağlayıcı olmadığından hem de herhangi bir yaptırımla teminat altına alınmadığından, etkin bir denetim aracı olarak nitelendirilemez. Anılan nedenlerle Kurul'a tanınan ihlale son verme ve görüş bildirme kararları, çalışmanın kapsamına dahil edilmemiştir.

Yukarıdaki açıklamalar uyarınca çalışma dört ana bölümden oluşacaktır. Öncelikle çalışmanın ilk bölümünde serbest rekabet düzeninin korunması ve/veya bozulması halinde, yeniden tesisinin sağlanması için, Kurul tarafından verilecek geçici tedbir kararı üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde ise taşıdıkları pek çok ortak özellik nedeniyle, bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerine ilişkin temel esas ve unsurlar açıklanacaktır. Anılan yetkilerin kullanımına ilişkin ortak esas ve unsurların açıklanmasını takiben, çalışmanın üçüncü bölümü bilgi isteme ve dördüncü bölümü de yerinde inceleme kararlarının incelenmesine ayrılacaktır.

1. GEÇİCİ TEDBİR KARARI

Kanun'un "*İhlale Son Verme*" kenar başlıklı 9. maddesinde Kurul'un alabileceği üç tür karar düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerinin ihlal edildiğinin Kurul tarafından tespit edilmesi halinde, "*rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için*" işletmelere bir takım yükümlülükler getirebileceğine ilişkin, Kanun'un 9/1. maddesinde düzenlenen ihlale son verme kararıdır. Maddenin üçüncü fıkrasında, Kanun'un diğer maddelerinde fazla örneğine rastlanmayan bir karar türü benimsenerek, Kurul'a "*görüş bildirme*" yetkisi tanınmıştır. Maddenin dördüncü ve son fıkrası ise çalışmanın konularından birini oluşturan geçici tedbir kararına ayrılmıştır.¹

Kanun'un 9/1. maddesinde düzenlenen ihlale son verme kararının alınabilmesi, öncelikle Kurul'un Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerinin

¹ Kanun'un 9. maddesinin ikinci fıkrası, kenar başlığıyla bağdaşmaz şekilde, kimlerin şikayetçi olabileceklerine ilişkin düzenlemeyi konu almaktadır.

ihlal edildiğini tespit etmesine bağlıdır. Fıkıradaki Kanun'un Dördüncü Kısım'ına yapılan yollamadan da açıkça anlaşılacağı gibi, bu karar ancak nihai kararlarla birlikte verilebilir. Kanun'un 11/b bendinde birleşme ve devralmalar için getirilen hüküm, 9/1. maddesinde öngörülen ihlale son verme kararının özel olarak düzenlenmiş halidir. Ancak yasa koyucu Kanun'un 11/b bendinde yerinde olmayan bir tercihle "tedbir" terimini kullanmıştır. Bu terim, Kanun'un 9/4 ve 10/1. maddelerinde düzenlenen gerçek anlamı tedbirlerle karıştırılabilme riskini taşıdığı için uygun değildir.²

Kanun'un 9/3. maddesi uyarınca, Kurul ihlale son vermeye ilişkin nihai kararı almadan önce, işletmelere ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşünü yazılı olarak bildirir. Görüleceği üzere yasa koyucu, Kanun'un 9/3. maddesinde Kurul'a takdir hakkı tanımamış; amir hükümle görüş bildirme yükümlülüğü getirmiştir. Bununla birlikte hukuk mantığı açısından yerinde ve doktrinde³ hakim olan görüş, Kurul'un her olayda ihlale son vermeye ilişkin görüş bildirmek zorunda olmadığı yönündedir.

Kanun'un 9/4. maddesinde düzenlenen geçici tedbir kararı, karara uyulmamasına ilişkin yaptırımlar ve karara karşı başvurulacak yargı yolu bakımından ihlale son verme kararına; bir ara kararlar ve Kanun'un 51/3. maddesinde düzenlenen toplanma ve karar sayıları ile alınması açısından da görüş bildirme kararına benzer nitelikler taşır.

Kanun'un 9/4. maddesine göre, nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalini gördüğü durumlarda, Kurul ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir. Kurul'un geçici tedbirlere ilişkin kararı ara karar niteliğindedir. Bu nedenle söz konusu karar Kanun'un 51/3. maddesinde belirtilen toplantı ve karar yeter sayıları ile alınır. Geçici tedbirlere ilişkin karar, ara karar olması

² Kanun'un 17/a bendinde böyle bir karışıklığa mahal vermeyecek şekilde "nihai karar veya geçici tedbir kararı ile..." ifadesi kullanılmıştır.

³ Atasayar, K., "4054 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi 3. Fıkrası Gereğince 'İhlale Son Vermek İçin Görüş Bildirme' Üzerine Düşünceler", *Rekabet Bülteni*, S. 5, İstanbul 2005, s. 2; Eğerci, A., *Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi*, Ankara 2005, s. 184; Bolatoğlu, H., *Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi*, Ankara 2004, s. 62-63.

na karşılık; haklarında karar verilen işletmelerin hukuki ve ekonomik statülerini doğrudan etkilediği için, Kanun'un 55/1. maddesi uyarınca aleyhine yargı yolu açık tutulmuştur. Kanun'un 17/a bendi gereğince işletmelerin geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülükler uymamaları, nispi idari para cezası yaptırımına bağlanmıştır.

Kanun'un 9/4. maddesinde yer alan "*nihai karara kadar*" ifadesinden de açıkça anlaşılacağı üzere, Kurul'un geçici tedbir kararı alabilmesi için, bir ön araştırma ya da soruşturma faaliyeti yürütüyor olması zorunludur. Yani yasa koyucunun kullandığı "*nihai karar*" terimi dar yorumlanmalı ve Kurul'un diğer nihai kararlarına ilişkin süreçte de geçici tedbirler uygulayabileceği kabul olunmamalıdır.

Kanun'un 10/1. maddesinde, Kurul'un geçici tedbir kararı verme yetkisi, birleşme veya devralmalara ilişkin nihai incelemeye geçilmesi kararı açısından, özel olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre Kurul, birleşme veya devralma işlemine ilişkin olarak yaptığı ön inceleme sonucunda, bu işlemi nihai incelemeye almaya karar verirse, ön itirazını bildiren yazısıyla birlikte, birleşme veya devralma işleminin nihai karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını ilgili taraflara bildirir. Kurul nihai incelemeye geçilmesine ilişkin kararına, birleşme veya devralma işlemi ile ilgili gerekli gördüğü tedbirleri de ekleyebilir.

Yasa koyucu, 10/1. maddede sadece "*gerekli gördüğü diğer tedbirler*" ifadesini kullanmış, "*Kanun'un İhlale Son Verme*" kenar başlıklı 9/4. maddesine herhangi bir yollama yapmamıştır. Ancak Kurul'un 10/1. maddeden doğan yetkisini kullanırken, 9/4. maddedeki şartlarla bağlı olduğunun kabulü gerekir. Hatta 10/1. maddedeki düzenleme olmasaydı bile, Kurul'un 9/4. maddeye dayanarak, birleşme veya devralmaya ilişkin geçici tedbir alma yetkisine sahip olacağı söylenebilirdi.⁴

Kurul'un Kanun'un 10/1. maddesi kapsamında alabileceği tedbirlerin neler olduğuna ilişkin bir açıklama, madde metninde yer almamaktadır. Halbuki Kanun'un 11. maddesinin (b) bendinde alabileceği tedbirler, sınırlı sayıda olmamak üzere örnek kabilinden sayılmıştır.

⁴ Kurul'un bu tür tedbirleri alma yetkisinin nihai inceleme aşamasına özgü olduğu, yani 15 günlük ön inceleme aşamasında Kanun'un 10/1 veya 9/4. maddelerine dayanarak tedbir kararı alamayacağı açıktır.

Yasa koyucunun bu düzenlemedeki muhtemel amacı, 11/b'deki birleşme veya devralmaların uygulamaya sokulmuş olmalarının etkilerini bertaraf etmektir. Oysa 10/1. maddeye ilişkin tedbirler henüz uygulamaya sokulmamış olan birleşme ve devralma işlemleri ile ilgili olacaktır.

Kurul'un geçici tedbir kararı verebilmesi için, bazı şartların birlikte gerçekleşmiş olması gerekir. Bu şartlar ortada bir ihlalin olması, ciddi ve telafi edilemeyecek zarar tehlikesinin varlığı, kararın alınmasının zorunluluk arz etmesi, tedbir kararının ihlalden önceki durumu koruyucu nitelik taşıması ve nihai kararın kapsamının aşılması gerekliliğidir. Ancak geçici tedbirin Kurul'dan talep olunması, bu şartlardan biri değildir. Kurul talepte bulunulup bulunulmadığını gözetmeksizin, yukarıda anılan şartların tümünün birden varlığı halinde resen tedbir kararı verecektir.

Kanun'un 9/4. maddesinde açıkça ifade olunmama ile birlikte, geçici tedbirlere başvurulabilmesi için, Kurul'un hakkında ön araştırma ya da soruşturma yürüttüğü işletmelerin davranışlarını, Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerini açık şekilde ihlal edici bulması gereklidir. Burada sözü edilen ihlal, nihai kararla tespit olunacak türde bir ihlal değildir. Ancak geçici tedbir kararıyla hakları kısıtlanacak işletmelerin ihlal niteliği taşıyan davranışlarına ilişkin makul bir başlangıç şüphesi, tedbir kararı vermeye yeterli değildir. Doktrinde açıkça anlaşılabilir ihlal edici davranışların örneği olarak, Kanun'un 4/2. maddesinin bentlerinde sayılan hallerin kabul edilip⁵ edilemeyeceği⁶ tartışılmışsa da; sadece bu bentlerde sayılan hallerin söz konusu şartı gerçekleştirdiklerine dair bir ön kabul mümkün değildir.

Geçici tedbir kararının verilebilmesi için gerekli olan ikinci şart, yasa koyucu tarafından "*cidde ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimali*" ifadesi ile belirlenmiştir. Zarar tehlikesi, ihlal niteliği taşıyan davranışların nihai kararla sona erdirilmesinin beklenmesini gerektirmeyecek yoğunluk, güncellik ve yakınlıkta olmalıdır. Muhtemel zararların kime ait olacağı yasa koyucu tarafından belirlenmemiştir. Söz konusu zararlar, sadece ihlali gerçekleştiren işletmelerin davranış-

⁵ Topçuoğlu, M., *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Ankara 2001, s. 279.

⁶ Eğerci, A., s. 177; Aslan, İ. Y., *Rekabet Hukuku*, B. 4, Bursa 2007, s. 907.

larından mağdur olan diğer işletmelere (sağlayıcı, rakip veya müşteri sıfatını taşıyanlar gibi) değil; tüketicilere veya rekabetin işlemesine yönelik de olabilir. Kamu yararının zarara uğrama tehlikesi de, bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Kanun'un 9/4. maddesinde kullanılan ifade gereğince ortaya çıkma ihtimali bulunan zararların sadece ciddi olması değil; "*telafi olunamayacak*" niteliği taşıması da zorunludur. Bu ifade tazminat yoluyla telafi olunabilecek zararlara ilişkin tehlikenin, tedbir kararı için yeterli olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır.⁷ Zira "*Türk Sorumluluk Hukuku*"nun genel ilkeleri gereğince, manevi zararlar dahil, tazminatla telafi olunamayacak bir zarar türü yoktur. Kanun hükmünün tazminatla giderilemeyecek zararlara özgülenmesi fikri, tedbir kararını işlevsiz kılacaktır.

Yukarıda belirtilen iki şartın gerçekleşmesindeki eksikliklere dayalı olarak verilen bir tedbir kararı, sebep unsuru yönünden sakat olacaktır. Kurul'un geçici tedbirlere başvurabilmesi için varolması gereken ve yukarıdaki şartlarla doğrudan bağlantılı görülen bir diğer şart ise, tedbir kararı almanın zorunluluk arz etmesidir. Bu zorunluluğun gerekçesi, ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma olasılığının bertaraf edilmesidir.

Alınacak tedbirlerin içeriğini, ihlalden önceki durumu koruyucu önlemler oluşturabilir. Kurul bu niteliğin ötesindeki tedbirleri, bir ara kararlar alamaz. Tedbirin kapsamının ihlalden önceki durumu koruyucu niteliği aşması, tedbir kararını konu yönünden hukuka aykırı kılacaktır. Tedbir kararının kapsamı ihlali gerçekleştiren işletmeleri, ihlal öncesinden daha dezavantajlı bir duruma sokarak, cezalandırıcı nitelik taşımamalıdır. Benzer şekilde tedbir kararı, kararın verilmesini talep eden, şikayetçi olan ya da ihlalden zarar gören işletmelerin mağduriyetlerini giderecek ve onları ihlal öncesinden daha avantajlı bir duruma getirecek nitelikte olmamalıdır.

Geçici tedbir kararına ilişkin birlikte aranan şartlardan sonuncusu, Kanun'da da açıkça belirtildiği üzere, bu tedbirlerin nihai kararın kapsamını aşacak nitelikte yükümlülükler içermemesi gereğidir. Genel olarak tedbir kavramının bir gereği olan bu durumun ve alınacak

⁷ Karşı görüş için bkz. Eğerci, A., s. 178.

tedbirlerin içeriğinin, sadece ihlalden önceki durumu koruyucu nitelik taşıyabileceği kıstasının aşılması, tedbir kararının amaç unsuru yönünden hukuka aykırı olması sonucunu doğurur.

Kurul, Kanun'un 9/4. maddesinin kendisine verdiği yetkiyle haklarında soruşturma yürütülen işletmelere, tedbir kararıyla pozitif ya da negatif bir takım edimleri görev olarak yükleyebilir. Bu edimler haklarında soruşturma yürütülen taraflar açısından görev niteliğini taşıırken; şikayetçiler ya da haklarında soruşturma yürütülen işletmelerin davranışları yüzünden mağduriyet yaşayan diğer menfaat sahipleri için, hak doğurucu nitelikte olabilir. Kanun'un 52/2. maddesine göre, eğer Kurul taraflara görevler yüklüyor ya da haklar tanıyorsa, bunları şüphe ve tereddüde yol açmayacak şekilde açıkça yazmalıdır.

Yasa koyucu tarafından geçici tedbir kararlarının geçerlilik süresine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Böyle bir belirleme yapılmaması karşısında, tedbir kararının Kurul tarafından verildiği tarihten, nihai kararın alındığı tarihe kadar geçerli olacağı kabul edilmelidir. Kurul nihai kararda tedbirleri kaldırdığını açıkça ifade etmemiş olsa dahi, nihai kararın verilmesiyle birlikte geçici tedbirlerin sona ereceği açıktır. Buna karşılık AB Rekabet Hukuku'nda 1/2003 sayılı Tüzük'ün kabulüyle hem tedbir kararı açıkça düzenlenmiş hem de Komisyon'un tedbir kararını ancak belirli bir süreyle sınırlı olmak üzere verebileceği öngörülmüştür.⁸

Kanun'da açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, Kurul'un geçici tedbir kararının geçerliliğini belirli bir süreye kendisinin bağlaması da mümkündür. Bu durumda geçici tedbir hükümlerinin geçerliliği, Kurul tarafından belirlenen sürenin dolmasıyla sona erecektir. Bu konuya ilişkin bir diğer ihtimal de Kurul'un yetki ve usulde paralellik ilkesi gereğince verdiği geçici tedbir kararını nihai karardan önce kendisinin geri almasıdır.

İşletmelere geçici tedbir kararındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için Kurul tarafından tanınacak süreye ilişkin bir belirleme,

⁸ Tüzük'e ilişkin tasarıda bu süre bir yıl olarak belirlenmişse de, Tüzük kabul edilirken bir yıllık ifade metinden çıkartılmıştır. Bkz. Ersoy, Ç., "Avrupa Topluluğu Rekabet Usul Hukuku Reformu (Avrupa Topluluğu'nu Kuran Anlaşma'nın 81. ve 82. Maddelerinin Uygulanmasına İlişkin 1/2003 Sayılı Tüzük)", *Rekabet Dergisi*, S. 16, Ankara 2003, s. 17.

Kanun'un 9/4. maddesinde yapılmamıştır. Ancak Kurul'un verdiği her geçici tedbir kararında işletmelere yükümlülüklerin yerine getirilmesi için bir süre tanınması zorunludur. Zira Kanun'un 17/1/a bendi gereğince geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülükler uyulmaması halinde her gün için işleyecek nispi idari para cezası, belirtilen karardaki yükümlülükler uyulması için belirlenen sürenin dolmasından itibaren verilebilir.

2. BİLGİ İSTEME VE YERİNDE İNCELEME YETKİLERİNE İLİŞKİN GENEL ESASLAR VE UNSURLAR

Kanun'un 14. maddesinde düzenlenen "*Bilgi İsteme*" ve 15. maddesinde düzenlenen "*Yerinde İnceleme*" kararları, Kurul'un ekonomik kolluk yetkisinin kullanılma araçları olarak, gerek yetki veren maddelerin kaleme alınışları gerekse söz konusu yetkinin kullanılmasına ilişkin ihlallerin karşılaşıcağı yaptırımlar açısından birbirlerine benzerdir. Bu iki yetkinin soruşturma sırasında, Kurul adına hareket eden ve Kurul tarafından belirlenip görevlendirilen bir heyetçe kullanılabilmesi ise, 44. maddede açıklanmıştır. Kurul'un bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkileri, Kanun'un 16. maddesinde düzenlenen idari para cezası ve 17. maddesinde düzenlenen süreli nispi para cezası ile güçlendirilmiştir. Taşadıkları benzerlikler nedeniyle söz konusu yetkilerin ayrı ayrı incelenmesi öncesinde, bu yetkilere ilişkin genel esasların açıklanması yerinde olacaktır.

Kanun'un 14 ve 15. maddelerinin her ikisi de "*Kurul, bu Kanun'un kendisine verdiği görevleri yerine getirirken...*" ifadesi ile başlamaktadır. Kanun'un Kurul'a verdiği görevleri belirleyen "*Kurulun Görev ve Yetkileri*" kenar başlıklı 27. maddenin ilk dört bendi incelendiğinde, Kurul'un sadece ön araştırma ve soruşturma safhalarında değil; diğer incelemelerinde de (muafiyet ve/veya menfi tespit incelemeleri, birleşme ve devralmalara ilişkin izin başvurularının ön inceleme aşamasında değerlendirilmesi gibi) bilgi isteme ve yerinde inceleme kararlarını alabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Ancak Kanun'un Kurul'a verdiği tüm yetki ve görevlerin ifası sırasında bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin kullanılabilmesine ilişkin bir yorum yapmak mümkün değildir. Zira Kurul ikinci başkan-

nı seçmek, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve kararlarla ilgili olarak diğer ülkelerin mevzuat, uygulama, politika ve tedbirlerini izlemek gibi yetkilerini kullanırken ve görevlerini yürütürken bilgi isteme ve yerinde inceleme araçlarına muhtaç değildir. Başka bir söylemle, Kanun'un 14 ve 15. maddelerinin Kurul'a verdiği yetkiler, idari işlemin amaç unsuruna uygun kullanılmalıdır. Bu noktada hukuka uygun amaç unsurunu, serbest rekabet düzeninin tesisi yani Kanun'un maddi hukuk kurallarının uygulanmasına ilişkin denetleme ve yaptırım yetkileri belirler.

Kanun'un 14. maddesinde Kurul'un "*gerekli gördüğü her türlü bilgiyi*" isteyebileceği ve 15. maddesinde "*gerekli gördüğü hallerde*" yerinde inceleme yapabileceği düzenlenmiştir. Şu halde Kanun'un Kurul'a verdiği yetkilerin bir diğer kullanılma kriterinin "*gerekli görme*" olduğu ortaya çıkmaktadır. Ancak gerekli görme kriteri ile Kurul'a tanınan takdir yetkisi sınırsız değildir. Kurul bu yetkilerini kullanırken, yetkinin kullanılmasını neden gerekli gördüğünü ve Kanun'da düzenlenen kriteri nasıl sağladığını muhataba bildirmelidir. Zira Kurul'un karar alırken uymakla yükümlü olduğu bir diğer ilke bildirim ilkesidir.

Kanun'un 9/1-3, 10/1 ve 42. maddelerinde bildirim yükümlülüğü açıkça düzenlenmiştir. Bunlara ek olarak, yerinde incelemeye ilişkin 15. maddede açıkça bildirimden söz edilmemekle birlikte, yerinde incelemeye giden uzmanların yanlarında bulundurmaları gereken yetki belgesi de bildirim ilkesinin bir sonucudur. Söz konusu yetki belgesinin "*incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idari para cezası uygulanacağı*" unsurlarını içermesinin yasal zorunluluk olması da bu görüşü destekleyici niteliktedir. Bildirim ilkesinin ve yasa koyucunun getirdiği "*gerekli görme*" kriterinin bir uzantısı olarak, Kurul'un bilgi isteme yetkisini kullanırken de muhataba yetkinin kullanılmasının neden gerekli olduğuyla ilgili açıklama yapmakla yükümlü olduğu kabul edilmelidir. Benzer şekilde istenilen bilginin süresi içerisinde bildirilmemesi halinde, ilgililere idari para cezası uygulanacağı da bilgi isteme kararına eklenmelidir.

Bu kapsamda üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, Kurul'un bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini kullanmasının ön araştırma ya da soruşturma sürecine hasredilip edilmediğidir. Kanun'un 44. maddesinde bu yetkilerin soruşturma sırasında Kurul adına hareket eden ve Kurul tarafından belirlenip görevlendirilen ra-

portörlerden oluşan bir heyetçe kullanılabilmesine ilişkin düzenleme, bu yetkilerin kullanılmasının soruşturma aşaması ile zaman itibariyle yetki yönünden sınırlandırıldığı şeklinde yorumlanamaz. Anılan hüküm Kanun'un 14. ve 15. maddelerde Kurul'a verdiği yetkinin, soruşturma süreci ile sınırlı olmak kaydıyla soruşturma heyetine devredilmesi anlamını taşır. Gerek maddi hukuk gerekse rekabet otoritesine tanınan yetkiler yönünden, hukukumuzun büyük benzerlikler taşıdığı Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda da Komisyon'a tanınan bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkileri, soruşturma aşamasına özgülenmemiştir.

Kanun'un 44. maddesinde soruşturma heyetine yapılan yetki devri haricinde (yani soruşturma öncesinde veya dışında yapılan tüm inceleme ve araştırma işlemlerinde) Kurul, bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini karar almak suretiyle kullanabilir. Söz konusu kararın alınma usulüne ilişkin özel bir düzenleme, Kanun'da da Kurul'un çıkarmış olduğu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te de öngörülmemiştir. Ancak söz konusu kararların, Kanun'un 48. maddesinde düzenlenen nitelikte nihai karar olmadıkları kesindir. Bu nedenle söz konusu yetkilerin kullanılmasına ilişkin karar, Kurul'un nihai karar haricindeki kararları alma usulünü düzenleyen Kanun'un 51/3. maddesi uyarınca, Kurul üyelerinden en az üçte birinin toplanması ve toplantıya katılanların salt çoğunluğunun oyuyla alınabilir.

Kurul'un düzenlemiş olduğu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 59. maddesinde, ön araştırma yapmakla görevlendirilen raportörlerin yapacakları ön araştırma ile ilgili olmak şartıyla, bilgi isteme ve yerinde inceleme yapmak yetkilerine sahip oldukları belirtilmiştir. Bu hüküm bir bakış açısıyla Kurul'un yaptığı düzenleyici işlemle, Kanun'un 14 ve 15. maddelerinde kendisine tanınan yetkiyi, ön araştırma aşaması için "*genel yetki devriyle*" raportörlere aktarmış olduğu şeklinde yorumlanabilir. Ancak yasa koyucunun gerekli gördüğü hallerde söz konusu yetkileri kullanılmasına ilişkin devri-Kanun'un 44. maddesinde örneği görüldüğü üzere- kendisinin yaptığı göz önünde bulundurulduğunda; Yönetmelik'in 59. maddesindeki yetki devrinin yasal dayanaktan yoksun olduğu da düşünülebilir.

Söz konusu iki yetki ile ilgili bir diğer ortak nokta, bu yetkilerin kullanılması sırasında elde edilen işletmelere ilişkin ticari sırların açık-

lanamayacağına ilişkindir. Kanun'un 25/4. maddesinde Kurul üyeleri ve personelinin bu Kanun'un uygulanması sırasında işletme ve işletme birlikleri ile ilgili öğrendikleri ticari sırları görevlerinden ayrılmış olsalar bile ifşa edemeyecekleri, kendilerinin veya başkalarının menfaatine kullanamayacakları düzenlenmiştir. Bu konudaki bir diğer güvence Kanun'un 53/2. maddesinde "*Kurul kararları, tarafların ticari nitelikli sırlarını ifşa etmeyecek şekilde...*" ifadesiyle getirilmiştir. Kanun'un 25/4 ve 53/2. maddelerinde düzenlenen kurallar, işletmelerin ticari sırlarının korunması açısından önem taşıyan teminatlardır.

Kurul'un çalışmanın konusunu oluşturan bu iki yetkisine ilişkin teminatlar olarak düzenlenen yaptırımlar da benzerlik taşır. Kanun'un 14. maddesinde düzenlenen bilgi verme yükümlülüğünün ihlaline ilişkin ilk yaptırım, Kanun'un 15. maddesini de kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Kanun'un 16/1/c bendinde, "*Kanun'un 14 ve 15. maddelerinin uygulanmasında eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgelerin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi*" ifadesi kullanılmıştır. Aynı maddenin (d) bendinde düzenlenen "*Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması*" hali de ayrı bir idari para cezası verilme nedeni olarak düzenlenmiştir.

Kanun'un 16/1/c bendinde, belirtilen ihlallerden birinin gerçekleşmesi halinde, ihlali gerçekleştiren işletme ya da işletme birliklerinin karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri; (d) bendinde belirtilen ihlalin gerçekleşmesi halinde, aynı şekilde saptanacak olan gayri safi gelirlerin binde beşi oranında idari para cezası verilecektir.

Kanun'un "*Nispi İdari Para Cezası*" kenar başlıklı 17. maddesinin, (c) bendinde "*Kanun'un 14 ve 15. maddelerinin uygulanmasında, istenen bilgi veya belgenin süre içinde verilmemesi*" ve (b) bendinde "*Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması*" durumlarında her gün için, (yukarıdaki paragrafta öngörülen sistemle hesaplanan) yıllık gayri safi gelirlerinin on binde beşi oranında idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. Her gün için verilecek bu para cezası, (c) bendi için belirlenen sürenin dolmasından; (b) bendi için fiili takip eden günden itibaren başlayacaktır. Sürenin başlangıç tarihinin yasa koyucu tarafın-

dan belirlenmesine rağmen, sona erme tarihinin açıkça düzenlenmemesi ve bu konudaki inisiyatifin Kurul'a bırakılması, kanunilik ilkesinin uzantısı olan belirlilik esası açısından uygun değildir.

Bu durum, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 4/2. maddesinde "*Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.*" ifadesiyle de yasal dayanağa kavuşturulmuştur. Zira Kabahatler Kanunu'nun "*Genel Kanun Niteliği*" kenar başlıklı 3. maddesinin (b) bendi uyarınca, adı geçen Kanun'un genel hükümleri idari para cezası yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır.

Kanun'un 16/1/c-d ve 17/1/b-c bentlerinde yapılan düzenlemelerin, incelenmeye değer bir diğer boyutu, bir fiilden dolayı birden fazla ceza verilmesine (*non bis in idem*) ilişkin yasaklamadır. Söz konusu yasak, Kabahatler Kanunu'nun 15/1. maddesinde "*Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idari para cezası öngörülmüşse, en ağır idari para cezası verilir.*" ifadesi ile düzenlenmiştir. Ancak söz konusu yasaklamanın ve maddenin uygulanabilmesi için gerekli olan ön koşul, iki farklı idari para cezasıyla yaptırıma bağlanan, tek bir fiilin mevcudiyetidir.

Konu açısından belirlenmesi gereken zorunlu olan ilk nokta, Kanun'un 16/1/c-d ve 17/1/b-c bentlerinde yaptırıma bağlanan fiilin, teklik unsurunu gerçekleştirip gerçekleştirmediğidir. Örneğin bilgi isteme yetkisi üzerinden somutlaştırma yapılacak olursa; Kanun'un 16/1/c bendinde düzenlenen ihlal, eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgelerin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi fiiline ilişkindir. Kanun'un 17/1/c bendinde düzenlenen ihlal, istenen bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde verilmemesine ilişkin süreklilik arz eden bir fiildir. İki maddenin ortak fiili, bilgi veya belgelerin belirlenen süre içinde verilmemesidir.

Ancak Kanun'un 16/1/c bendi açısından ihlale ilişkin fiil, Kurul tarafından belirlenen sürenin bitme anında bilgi veya belgelerin verilmemesi ile gerçekleşir. Buna karşılık Kanun'un 17/1/c bendinde düzenlenen ihlale ilişkin yaptırım sürenin sona ermesinden sonra uygulanabilir. Nitekim bu maddenin öngörülmeye amacı ilgilileri bilgi veya belgelerin verilmesine zorlamaktır. Yukarıda yapılan açıklamalar, yerinde inceleme yetkisinin teminatı olarak öngörülen 16/1/d ve 17/1/b bentleri için de geçerlidir. Bu noktada, Kabahatler Kanunu'nun 5/2.

maddesinin “*Kabahat failin icrai veya ihmali davranışı gerçekleştirdiği zaman işlenmiş sayılır.*” ve 15/2. maddesinin “*Kesintisiz fülle işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idari yaptırım kararı verilmeye kadar fiil tek sayılır.*” hükümleri de dikkate alınmak zorundadır.

Ayrıca Kurul tarafından düzenlenen, “*Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik*”in 6/2/b bendinde kullanılan “*incelemeye yardımcı olunmaması halinde*” temel para cezasının yarısına kadar arttırılabileceğine ilişkin hüküm de Kurul’un bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkileriyle bağlantılı görünmektedir. Çünkü işletmelerin incelemeye yardımcı olmama halleri, bilgi istemenin ya da yerinde incelemenin reddini de içerecek genişliktedir.

Konu itibariyle sadece yerinde inceleme yetkisiyle ilintili olmakla birlikte, bir fiilden dolayı birden fazla ceza verme yasağı açısından incelenmesi gereken bir diğer nokta; Kanun’un 16. maddesinin (c) ve (d) bentleridir. Maddenin (c) bendinde Kanun’un 15. maddesi uyarınca istenilen bilgi ve belgelerin verilmemesine ilişkin yaptırım düzenlenirken; (d) bendinde yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması yaptırma bağlanmıştır. Yerinde inceleme sırasında istenilen bilgi ve belgelerin verilmemesinin, yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması niteliğini taşıyacağı açık olmakla birlikte; böyle bir durumla karşılaşılması halinde, Kurul’un her iki bentten birden ceza vermesi, bir fiile birden fazla ceza verme yasağı ile bağdaşmayacaktır. Bu açıklamalar, Kanun’un 17. maddesinin (b) ve (c) bentleri açısından da geçerlidir.

3. BİLGİ İSTEME KARARI

Kurul, Kanun’un “*Bilgi İsteme*” kenar başlıklı 14. maddesi uyarınca gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, işletmelerden ve işletme birliklerinden istemeye yetkili kılınmıştır. Kanun’un 14/2. maddesinde kendilerinden bilgi istenenlerin, istenen bilgileri belirlenen süre içinde Kurul’a vermek zorunda oldukları belirtilmiştir. Kurul’un bilgi isteme yetkisi, Kanun’un 16/1/c bendinde düzenlenen idari para cezası ve 17/1/c bendinde düzenlenen süreli nispi para cezası ile güçlendirilmiştir.

Kanun'un 14/1. maddesi uyarınca kendisinden bilgi istenebilecek kişiler tüm kamu kurum ve kuruluşları, işletmeler ve işletme birlikleridir. Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 59. maddesinde, Kurul'un ön araştırma sırasında gerek hakkında ön araştırma yürüttüğü taraflardan gerekse *"ilgili diğer yerlerden"* bilgi isteyebileceği düzenlenmiştir. Yönetmelik'te kullanılan ilgili diğer yerler ifadesi, akla kamu kurum ve kuruluşları, işletmeler ve işletme birlikleri haricinde kalan kişi ya da topluluklardan da bilgi istenebileceğini getirirse de Kanun'un 14/1. maddesinin açık düzenlemesi karşısında böyle bir kabul mümkün değildir.

Kurul, 1997/1 sayılı Tebliğ'in *"Üçüncü Kişilerden Bilgi İstenmesi ve Sözlü Savunma Toplantılarına Katılmaları"* kenar başlıklı 7. maddesinde, çok açık olmamakla birlikte, bilgi isteme kararına ilişkin düzenleme getirmiştir. Tebliğ'in 7. maddesinin ilk fıkrasında *"Rekabet Kurulu birleşme veya devralmayı değerlendirmek için Kanun'un 14. maddesi çerçevesinde gerekli gördüğü hallerde birleşme veya devralmanın taraflarının yanı sıra, birleşme veya devralmayla ilgili diğer kişilerden ve tarafların müşterileri, rakipleri ve sağlayıcıları gibi üçüncü kişilerden bilgi isteyebilir."* hükmü yer almaktadır.

Kurul, Tebliğ'in 7. maddesinin ilk fıkrasındaki bu cümle ile Kanun'un 14. maddesinde kullanılan *"tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden"* ifadesini sadece netleştirmemiş; aynı zamanda Kanun'un hükmünü aşar şekilde genişletmiştir. Zira birleşme veya devralma işleminin taraflarının, rakipleri ve sağlayıcılarının işletme oldukları şüphesizse de müşterilerinin tümü işletme olmayabilir. Üstelik kullanılan *"ilgili diğer kişilerden"* belirlenmesi, işletme ya da işletme birliği olmayan kişileri de kapsayıcı niteliktedir. Tebliğ'in 7/1. maddesinde yer alan *"birleşme veya devralmayı değerlendirmek için"* ibaresi ise, ön inceleme aşamasında da bilgi isteme yetkisinin kullanılabileceğini çağrıştırmaktadır.

Kurul'un kendilerinden bilgi istediği işletmeler ve işletme birlikleri, kendilerinden istenilen bilgileri avukatları aracılığıyla da verebilir. Söz konusu durum AB'de 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 18/4. maddesinde de belirtilmiştir. Hatta adı geçen düzenlemede avukatın verdiği bilginin tam olmaması, yanlış ya da yanıltıcı olması hallerinde, avukatın kişisel sorumluluğunun olduğu düzenlenmiştir. Bu konuda

akla gelen bir diğer nokta da, Kurul'un işletme niteliğini taşıyan avukatlardan, müvekkilleri ile ilgili bilgi isteyip isteyemeyeceği sorusudur. Avukatlık Kanunu'nun 36/1. maddesi uyarınca avukatların kendilerine tevdi edilen ya da avukatlık görevi dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır. Bu nedenle maddenin ikinci fıkrasında avukatlara tanıklıktan çekinebilme hakkı da tanınmıştır. Söz konusu hükümlerin dikkate alınmasıyla, Kurul'un avukatlardan müvekkilleri ile ilgili bilgi istemesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılabılır.

Bilgi isteme kararında ilgililerin bilgi verme süreleri, süre içinde bilgi verilmemesinin veya eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi verilmesinin yaptırımları belirtilmelidir. Kanun'da Kurul'un bilgi isteme yetkisini kullanırken, ilgililere bilgi ve belge vermeleri için tanıyacağı süreye ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Yasama tercihi, istenilen bilginin türü ve ticari hayatın akışı gibi kriterlere bağlı olarak istenilen bilgilerin toplanılma ve Kurul'a ulaştırılma sürelerinin farklılaşabileceği göz önünde bulundurulduğunda yerindedir. Ancak Kurul bu süreyi, istemin gereğinin yerine getirilmesi açısından, somut olaya uygun şekilde belirlemelidir. İlgililerin istenilen bilgileri toplama sürelerine aykırı süre belirlemeleri, özellikle süreye aykırılığa bağlanan cezai yaptırımlar dikkate alındığında, orantılılık ilkesiyle bağdaşmayacaktır.

Kurul'un bilgi isteme yetkisine ilişkin yaptırımlar (yani Kanun'un 16/1/c ve 17/1/c bentleri), sadece işletme birliklerine ve/veya bu birliklerin üyelerine karşı uygulanabilecektir. Yani Kurul, tüm kamu kurum ve kuruluşlarından 14/1. madde uyarınca bilgi isteyebilmekle birlikte, bu kamu kurum ve kuruluşlarının işletme ya da işletme birliği vasfını taşımamaları halinde, yaptırım uygulama yetkisine sahip değildir.⁹

Kurul'un resen araştırma yapma yetkisini kullanmasının önemli araçlarından biri olan bilgi istemenin, Anayasa'nın 167. maddesiyle devlete verilen "*piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemelerini*" sağlama yönündeki anayasal görevin yerine getirilmesi açısından ne denli önemli olduğu açıktır. Bununla birlikte Kurul'un bilgi isteme yetkisini güçlen-

⁹ İnan, N. / Piker, M. B., *Rekabet Hukuku El Kitabı*, Ankara 2007, s. 91.

diren idari para cezalarının anayasaya uygunluğunun, Anayasa'nın 38/5. maddesinde yer alan *"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz."* şeklindeki amir hükmü karşısında tartışılması gereklidir.

Kısaca susma hakkı olarak ifade olunan ve Anayasa'nın 38/5. maddesinde yer alan kural, maddenin başında kullanılan *"Hiç kimse"* ifadesi gereğince, gerçek kişileri olduğu kadar; tüzel kişileri de kapsayıcı niteliktedir. Üstelik susma hakkı sadece sözel beyanları değil; kişinin aleyhine kullanılabilecek bilgi ya da belgeleri vermemesini de kapsamaktadır. Bu noktada susma hakkı açısından gündeme gelen mesele, Kurul'un bilgi ve belgeleri talep etmesi değil; Kanun'un 16/1/c ve 17/1/c bentlerinde düzenlenen idari para cezalarıyla işletmeleri söz konusu bilgi ve belgeleri vermeye zorlamasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de susma hakkının adil yargılanma hakkının zorunlu bir unsuru olduğunu, tüzel kişiler tarafından da kullanılabilceğini, belge ve ticari kayıtları vermeyi reddetme hakkını kapsadığını ve sadece ceza davasına ilişkin usuli süreçlerde değil, idari de olsa ceza riski taşıyan tüm süreçlerde kullanılabileceğini kararlarında belirtmiştir.¹⁰

4. YERİNDE İNCELEME KARARI

Kurul, Kanun'un *"Yerinde İnceleme"* kenar başlıklı 15. maddesine göre, işletme ve işletme birliklerinde yerinde incelemede bulunabilir. Bu incelemelerde işletmelerin veya işletme birliklerinin defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyerek, gerekli gördüğü hallerde suretlerini alabilir. Belirli konularda yazılı ya da sözlü açıklama isteyebilir ve işletmelerin her türlü malvarlığına ilişkin yerinde incelemeler yapabilir. Kurul'un yerinde inceleme yetkisi, Kanun'un 16/1/c-d bentlerinde düzenlenen idari para cezası ve 17/1/b-c bentlerinde düzenlenen süreli nispi para cezası ile güçlendirilmiştir.

Yerinde incelemenin uzmanlar tarafından yapılacağı ve incelemeye giden uzmanların yanlarında *"incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idari para cezası uygulanacağını"* gösteren bir yet-

¹⁰ Funke v. France, 10828/84, 25.02.1993; J. B. v. Switzerland, 31827/96; 03.05.2001.

ki belgesi bulundurmaları, Kanun'un 15/2. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak bu yetki belgesine, yanlış bilgi verilmesi halinde idari para cezasının uygulanacağı yanı sıra, hiç bilgi veya belge verilmemesi ve yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması durumlarında para cezası uygulanacağı bilgilerinin de bildirim ilkesi gereğince eklenmesi gereklidir. 01.08.2003 tarihli ve 4971 sayılı Kanun'la 15. maddeye eklenen 3. fıkrada ilgililerin istenen bilgi, belge, defter ve diğer vasıtaların suretlerini vermekle yükümlü oldukları düzenlenmiştir. Aynı fıkrada yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda, sulh ceza hakiminin vereceği kararla yerinde inceleme yapılacağı belirtilmiştir. Kanun'un 16/2. maddesi uyarınca yerinde incelemenin mahkeme kararıyla gerçekleştirilmesi, yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılmasına ilişkin idari para cezalarının uygulanmasına engel olmayacaktır.

Yerinde incelemeye ilişkin anılan hükümler incelendiğinde, Kanun'un 15. maddesinde yerinde inceleme kararını vermeye yetkili makam bakımından ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Buna göre, Kanun'un 15/1. maddesi kapsamında yerinde inceleme kararı almaya yetkili makam, idari bir organ olarak Kurul'dur. Ancak Kanun'un 15/3. maddesi kapsamında yerinde inceleme kararı vermeye yetkili makam ise, yargı organı olarak sulh ceza hakimidir. Görüldüğü üzere, Kurul'un kararı idari bir tasarruf iken; sulh ceza hakiminin kararı yargısal bir tasarruftur.

Şu halde yetkili makamların sıfatları ve aldıkları kararların hukuki nitelikleri dikkate alındığında, hukuk alanında doğurdıkları ya da doğurmaları gereken sonuçların da açıkça ortaya konulması gereklidir. Ancak özellikle 2003 tarihli değişiklik sonrasında, inceleme kararı almaya yetkili makamlara tanınan yetkilerin kapsam ve sonuçlarının, birbirlerinden ayırt edilemeyecek nitelikte düzenlendiği görülmektedir. Benzer şekilde, her iki fıkra uyarınca uygulanacak yaptırımlar, iki karar türü arasındaki farkı ortadan kaldırır şekilde ortak olarak belirlenmiştir. Halbuki iki kararın hukuksal denetiminin tabi olacağı hukuksal rejimin farklı olacağı açıktır.

2003 değişikliği ile ulaşılmak istenen muhtemel amaç, Kanun'un 15. maddesinin 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'la değiştirilen Anayasa'nın 20 ve 21. maddelerine uygunluğunu sağlamaktır.

Anayasa'nın "Özel Hayatın Gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesi uyarınca kişilerin üstünün, özel kağıtlarının ve eşyalarının aranması ve bunlara el konulması ve "Konut Dokunulmazlığı" kenar başlıklı 21. maddesi uyarınca da kişilerin konutuna girilmesi, arama yapılması ve konuttaki eşyaya el konulması, mutlak suretle "usulüne göre verilmiş hakim kararının" mevcut olması şartına bağlanmıştır.

Bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken sorun, anayasal koruma getirilen konut dokunulmazlığının kapsamına işyerlerinin de dahil olup olmadığıdır. Bir başka ifadeyle, konut kavramının işyerlerini de kapsayacak şekilde yorumlanmasıyla, Kurul Kanun'un 15. maddesindeki yetkisini kullanırken, Anayasal sınırlamalara uygun olarak hareket etmekle yükümlü olacaktır. Anayasal ifadeden söz konusu yoruma ilişkin bir ipucu yakalanması mümkün olmamakla birlikte, AHİM'in konuya ilişkin yaklaşımı çok açıktır. AHİM, Niemetz v. Almanya Kararı'nda kişilerin özel hayatlarıyla iş yaşamlarının, aralarında sınır çizilemeyecek şekilde iç içe geçtiği gerekçesiyle ve mesleki ya da işle ilgili faaliyetlerin de kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı korunmaya değer olduğunu belirterek; konut kavramının içine işyerlerini de dahil etmiştir.¹¹

Ancak 2003 değişikliğiyle, Kanun'un 15/3. maddesindeki yerinde inceleme kararı verme yetkisi, sulh ceza hakimine tanınmakla birlikte; Kanun'un 15/1. maddesi uyarınca halen Kurul da bu kararı verebilmekte olduğundan, Anayasa'nın anılan maddelerine ve değişikliğin amacına uygun bir uyumlaştırma yapılmamıştır. Bu noktada Kurul'un verdiği kararlar yapılacak yerinde incelemenin, işletmenin rızasına ihtiyaç duyduğunun kabulü gerekir. Bu durum Kanun'un 15/3. maddesinin ilk cümlesinde bir yükümlülük olarak da düzenlenmiştir. Halbuki Kanun'un 16/1/d ve 17/1/b bentleri uyarınca işletmenin, Kurul'un verdiği yerinde inceleme kararına uymamasının ağır yaptırımları bulunmaktadır.

Kanun'un 15. maddesinin açık belirlemesi karşısında, Kurul sadece işletme ve işletme birliklerinde yerinde inceleme yapabilir. Ancak bu kapsamda işletmelerin her türlü malvarlığı, örneğin ana binaların yanı sıra eklentiler, motorlu taşıt ve araçlar da yerinde incelemenin ko-

¹¹ Niemetz v. Germany, 13710/88, 16.12.1992.

nusunu oluşturabilir. İşletmeler yerinde incelemeyi yapan Kurul uzmanlarının istedikleri defter, evrak ve belgeleri onlara sağlamakla yükümlüdürler. Uzmanlar bunun haricinde bir arama yetkisiyle donatılmamışlardır. Kendilerine sağlanan bilgi, belge ve defter gibi evrakın sadece suretlerini alabilirler; asıllarına el koyma yetkileri yoktur. Uzmanlar yerinde inceleme faaliyetini yürütürken, işletmenin ticari hayatının kesintiye uğramasına neden olmamalı ve orantısız yetki kullanımlarından kaçınmalıdırlar. Uzmanların bu kriterleri aşan davranışları hakkın kötüye kullanılması oluşturabileceği gibi, bu davranışa maruz kalan işletmeler uğradıkları zararların giderilmesini talep hakkına da sahip olacaklardır.

İşletmelerin yerinde inceleme sırasında hukuki danışman ya da avukat bulundurma haklarının kabulü gerekir. Uzmanlar işletmenin bu yönde bir talebinin olması halinde, hukuki danışman veya avukatın gelmesini makul bir süre beklemelidirler. Eğer yerinde incelemenin zamanı, ilgililere önceden haber verilmişse, böyle bir bekleme süresine gerek duyulmayacaktır. Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesi ışığında, avukatın uzmanlar tarafından yerinde inceleme sırasında talep olunan sözlü açıklamalarda bulunma, sorulan soruları yanıtlama gibi yükümlülükleri bulunmamaktadır.

SONUÇ

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 20. maddesinde, piyasaların serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde gelişiminin sağlanması ve Kanun'un uygulanmasının gözetilmesi görevleri Rekabet Kurumu'na verilmiştir. Burada gözetilmesi ibaresinden çıkan sonuç, Rekabet Kurulu'na serbest rekabet düzenin sağlanması, bu düzenin korunması ve sağlıklı bir şekilde devam ettirilmesi için uygulamanın denetlenmesi görevinin verilmiş olduğudur. Kanun'la kendisine verilen görevlerinin yerine getirebilmesi amacıyla Rekabet Kurulu düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkileri ile donatılmıştır.

Kurul'a inceleme ve araştırmalarını yürütmesi amacıyla tanınan bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkileri ise sırasıyla Kanun'un 14 ve 15. maddelerinde düzenlenmiştir. Kurul'a Kanun'un 9/4. maddesi ile inceleme ve araştırma faaliyetleri esnasında kullanılmak üzere, nihai

karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin mevcudiyeti halinde, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmamak kaydı ile geçici tedbirler alma yetkisi verilmiştir. Kurul'a bilgi isteme, yerinde inceleme ve geçici tedbir kararı verme yetkileriyle tanınan denetim işlevinin etkinliği, Kanun'un 16. ve 17. maddeleri kapsamında öngörülen yaptırım uygulama yetkisi ile teminat altına alınmıştır.

Rekabet Kurulu'nun denetim yetkisini kullanma araçları olarak nitelenebilecek bilgi isteme, yerinde inceleme ve geçici tedbir kararları, temel hak ve özgürlüklerin etki alanını ilgilendiren idari işlemler olarak ortaya çıkmaktadır. Hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkeleleri ışığında idarenin tüm işlem ve eylemlerinin kanuni idare prensibine uygun olarak yürütülmesi zorunludur. Şu halde anılan yetkiler, Kurul tarafından hukukun üstünlüğüne saygı ilkesi ışığında, bir tür ön yaptırım niteliği kazandırılmaksızın ve kişi hak ve özgürlüklerine orantısız müdahalede bulunulmaksızın kullanılmalıdır.

KAYNAKLAR

- Aslan, İ. Y., *Rekabet Hukuku*, B. 4, Bursa 2007.
- Atasayar, K., "4054 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi 3. Fıkrası Gereğince 'İhlale Son Vermek İçin Görüş Bildirme' Üzerine Düşünceler", *Rekabet Bülteni*, İstanbul 2005.
- Bolatoğlu, H., *Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi*, Ankara 2004.
- Eğerci, A., *Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi*, Ankara 2005.
- Ersoy, Ç., "Avrupa Topluluğu Rekabet Usul Hukuku Reformu (Avrupa Topluluğu'nu Kuran Anlaşma'nın 81. ve 82. Maddelerinin Uygulanmasına İlişkin 1/2003 Sayılı Tüzük)", *Rekabet Dergisi*, S. 16, Ankara 2003.
- İnan, N. / Piker, M. B., *Rekabet Hukuku El Kitabı*, Ankara 2007.
- Topçuoğlu, M., *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Ankara 2001.

İPTAL EDİLMİŞ YABANCI HAKEM KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF ANNULLED FOREIGN ARBITRAL AWARDS

Zeynep Derya TARMAN*

Özet: Amsterdam İstinaf Mahkemesi, *Yukos Capital* şirketinin *Rosneft*'e karşı açtığı davada, Rus mahkemesi tarafından iptal edilmiş olan hakem kararının tenfizine karar vermiştir. Ancak Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi m.V/f.1 (e) bendi, yabancı bir hakem kararının tahkim yeri ülkesinde iptal edilmiş olmasını bir tenfiz engeli olarak düzenlemiştir. Amsterdam İstinaf Mahkemesi tarafından verilen bu karar ile, iptal edilmiş yabancı hakem kararlarının New York Sözleşmesi çerçevesinde tanınması ve tenfizinin mümkün olup olmadığı tartışması yeniden gündeme gelmiştir. Bu tartışma, özellikle son otuz yıldır mahkemeleri ve doktrini meşgul etmektedir. Bu yazının amacı, bu konuyu Amsterdam İstinaf Mahkemesi'nin verdiği “*Yukos*” kararını esas alarak incelemektir.

Anahtar Sözcükler: Yabancı hakem kararı, iptal, tanıma, tenfiz, New York Sözleşmesi, kamu düzeni, hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı.

Abstract: The article deals with the “*Yukos Capital*” decision issued by the Amsterdam Court of Appeals in April 2009. The Amsterdam Court of First Instance had previously upheld the decision of the Russian courts setting aside four awards related to a dispute between *Yukos Capital* and *Rosneft*. According to the New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Art. V/1 (e), recognition and enforcement of a foreign arbitral award may be refused if the award has been set aside by a competent authority at the place of arbitration. Even though the Russian courts had set aside the awards, the Amsterdam Court of Appeal ignored

* Yrd. Doç. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı.

the Russian state court decisions and ordered the recognition and enforcement of the arbitral awards in the Netherlands. This decision gives rise to controversy in doctrine and judicature, which started thirty years ago.

Keywords: Foreign arbitral award, set aside (annulment), recognition, enforcement, New York Convention, public policy, independence and impartiality of the judges.

I. Giriş

1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi (New York Sözleşmesi), hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunu düzenlemektedir ve hemen hemen tüm ülkeler tarafından onaylanmış bulunmaktadır.¹ New York Sözleşmesi'nin V. maddesi, yabancı hakem kararlarının tanınmasını ve tenfizini engelleyen nedenleri düzenlemektedir. Bu maddede yer alan tenfiz engelleri sınırlı sayıdadır. Bunların dışında başka bir sebeple hakem kararının tanınmasına veya tenfize engel olmak mümkün değildir. New York Sözleşmesi'nin V. maddesinin ilk fıkrasının (e) bendi,² kendisine karşı tanıma ve tenfiz istenilen kişiye başka ülkede verilen bir iptal kararına dayanan bir itiraz nedeni sunmaktadır. Bu hükme göre, iptal edilmiş hakem kararının artık mevcut olmadığı ve bu sebeple diğer ülkelerde tenfiz edilemeyeceği sonucuna varılabilir. New York Sözleşmesi'nde hakem kararlarının hangi sebeple iptal edilebileceği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Hakem kararlarının iptali meselesi tamamen ilgili devletlerin milli hukuklarına bırakılmıştır. New York Sözleşmesi, tenfize engel teşkil edecek iptal sebepleri konusunda bir açıklama getirmemiş olduğundan, iptal sebep-

¹ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun No: 3731, Kabul Tarihi: 8.5.1991 (RG, 21.5.1991/20877). 144 ülkenin taraf olduğu Sözleşme hakkında geniş bilgi için bkz. www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

² New York Sözleşmesi m. V/f.1: *Aleyhine hakem kararı dermeyan edilen tarafın talebi sebketmez ve mumaileyh, kararın tanınması ve icrası istenen memleketin selâhiyetli makamı huzurunda aşağıdaki hususları ispat etmez ise, hakem kararının tanınması ve icrası talebi reddolunamaz:*

e) *Hakem kararı taraflar için henüz vacibürriaye olmamış olur veya bunun verildiği memleket kanunu yahut tâbi olduğu kanun bakımından selâhiyetli bir makam tarafından iptal veya hükmünün icrası geri bırakılmış bulunursa.*

lerinin iç hukuklarda farklı düzenlenmesi veya aynı iptal sebeplerine yer verilmiş olsa da bu sebeplerin ulusal mahkemeler tarafından farklı şekilde yorumlanması mümkündür. Farklı yorumlar sonucunda, hakem kararlarının iptal sebepleri, kararın verildiği ülkeye göre değişiklik gösterecektir. Bunun yanı sıra, hakem kararlarının milli hukukların, uluslararası tahkimin mahiyet ve amacına uygun düşmeyen hükümlerine istinaden iptal edilmesi söz konusu olabilir.

New York Sözleşmesi, hakem kararının iptalini bir tenfiz engeli olarak kabul etmesine rağmen, uygulamada bazı devletlerin iptal edilen hakem kararının tenfizine karar verdikleri görülmektedir.³ Bu sebeple, tenfiz talebi ile başvurulmuş mahkemenin iptal edilmiş bir hakem kararını tenfiz edip etmeme konusunda takdir yetkisinin olup olmadığının incelenmesi gerekir. New York Sözleşmesi'nin V. maddesine ilişkin İngilizce metin diğer dillerdeki tercüme metinler ile karşılaştırıldığında, tenfiz hakimine yetki mi verildiği yoksa tenfiz engellerinin varlığı halinde hakimin tenfizi reddetmek ile yükümlü mü olduğu konusunda farklı yorumlar yapılmaktadır. Bu soru, özellikle Sözleşme'nin VII. maddesi⁴ çerçevesinde, tenfize karar verecek olan mahkemenin iç hukukunun hakem kararının iptal edildiği ülke hukukunda yer alan iptal sebeplerine yer vermemiş olması durumunda önem kazanır. New York Sözleşmesi m. VII uyarınca, tenfiz ülkesinde yürürlükte olan hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda daha elverişli anlaşma veya diğer mevzuat hükümlerinin uygulanması imkanı vardır. Dolayısıyla tenfiz devletinin iç hukukunda iptal, tenfizin reddi sebebi değilse, bu devletin New York Sözleşmesi'ne taraf olması iptal edilmiş hakem kararını tenfiz etmesine engel teşkil etmeyecektir. New York Sözleşmesi m.V/f.1 (e) bendi, iptal edilmiş hakem kararlarının tenfizi yolunu kapatırken VII. madde, iptal edilmiş hakem kararlarının tenfizine açık kapı bırakan bir madde olarak işlev görmektedir.

³ Julian Lew/Loukas Mistelis/Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Lahey 2003, s. 717 vd.; Nuray Ekşi, *New York Konvansiyonuna Göre İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi*, İstanbul 2009, s. 76 vd.; Banu Şit, *Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara 2005, s. 161.

⁴ New York Sözleşmesi m.VII/f.1: İşbu sözleşme hükümleri âkit devletler arasında mün'akit hakem kararlarının tanınması veya icrasına dair, iki yahut çok taraflı anlaşmaların muteberliğine halel getirmez ve alâkadar taraflardan hiçbirini bir hakem hükmünden, bunun dermeyan edildiği memleketin mevzuat ve muaheleleri ahkâm dairesinde faydalanabilmek imkanını, haiz olma hakkından mahrum etmez.

II. Tarihsel Süreç ve Gelişim

New York Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesinden sonraki ilk yirmi yıl, iptal edilmiş hakem kararlarının başka bir ülkede tenfizi konusunda çok tartışma bulunmamasına rağmen,⁵ o zamandan günümüze m.V/f.1(e) bendinin tenfiz engeli olarak ileri sürüldüğü tenfiz davalarının sayısı artmıştır. Bir hakem kararının iptal edilmiş olmasının tenfi-ze olan etkisi konusunda yerleşmiş ve yeknesak bir uygulama yoktur. Uygulama, ülkeden ülkeye değişmektedir. ABD'de olduğu gibi, aynı ülke içerisinde bu konuda birbiriyle çelişen mahkeme kararlarına rastlamak da mümkündür.⁶

İptal edilmiş bir hakem kararının diğer ülkelerde tenfiz edilip edilemeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.⁷ İlk yaklaşım ülkesellik esasına dayanır. Buna göre, tenfiz istenen ülke her zaman başka ülkelerin hakimiyetine saygı göstermeli ve bunun sonucu yabancı iptal kararlarını, iptal nedenlerini araştırmaksızın tanımalıdır. Bu yaklaşım, sonuç olarak iptal edilmiş hakem kararlarının başka bir ülkede tenfizin reddedilmesine neden olmaktadır ve kural olarak Çin, Almanya,⁸ İtalya, İsveç ve İsviçre tarafından benimsenmektedir. Dolayısıyla bu yaklaşım esas alındığı takdirde, iptal edilmiş bir hakem kararının kesin hüküm etkisinin diğer ülkeler tarafından kabul edilmesi gerekeceğinden bu kararın New York Sözleşmesi uyarınca tenfizi artık söz konusu olamayacaktır.⁹ Hakem kararının varlığının bir ül-

⁵ Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Lahey 1994, s. 349.

⁶ *Chromalloy v. Egypt* [bkz. *Yearbook of Commercial Arbitration (YCA) XXII (1997)*, s. 1001]. Amerika Kolumbiya Mahkemesi, iptal edilmiş hakem kararlarının tenfizi konusunda mahkemelerin takdir yetkisi olduğuna hükmetmiştir. Ancak Amerikan mahkemeleri bu karardan sonra görüş değiştirmiş ve yabancı iptal kararlarının dikkate alınması ve bunun sonucunda tenfizin reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir [bkz. *Baker Marine v. Chevron (YCA XXIV (1999))*, s. 909]; *Spier v. Calzaturificio Tecnica* (bkz. *YCA XVIII (2000)*, s. 159); *Termorio v. Electricadora* (bkz. *YCA XXXI (2006)*, s. 1457).

⁷ Ekşi, s. 78; Şit, s. 161; Lew/Mistelis/Kröll, s. 719-720.

⁸ Beyaz Rusya'da iptal edilmiş bir hakem kararının tenfizin reddedildiği Dresden Temyiz Mahkemesi (Court of Appeal Dresden, Germany) kararı için bkz. *YCA XXXIII (2008)*, s. 510; Nagel Heinrich/Gottwald Peter, *Internationales Zivilprozessrecht*, Köln 2007, s. 820.

⁹ Albert Jan van den Berg, *Enforcement of Annuled Awards?*, *ICC (International Chamber of Commerce) International Court of Arbitration Bulletin 9*, No. 2, 1998, s. 15-16.

kede reddine karşın diğer bir ülkede geçerli bir şekilde hüküm doğurması, milletlerarası karar ahengine aykırı sonuçlar doğurabilir. Yine bu görüşe göre, bir hakem kararının menşe yeri mahkemeleri tarafından iptal edilmiş olması, o hakem kararının tüm diğer ülkelerdeki hukuki etkisini bertaraf etmelidir. Zira iptal kararını veren mahkemenin iç hukuku, hakem kararının hukuki etkisi konusunda söz sahibi olan hukuktur. Ülkesellik yaklaşımı, baskın görüş olmasına karşın son dönemde sıklıkla eleştirilmektedir.¹⁰

İkinci yaklaşım, iptal kararının sadece verildiği ülkede sonuç doğuracağından yola çıkarak diğer ülkelerdeki mahkemelerin bu iptal kararıyla bağlı olmadıkları yönündedir.¹¹ Bu yaklaşım, hakem kurulunun belirli bir ülkeye bağlı olmaması esasından hareket etmekte ve tahkimin yerellikten uzak olmasına dayanmaktadır. Bundan dolayı da tenfiz mahkemelerinin tahkim yeri mahkemelerinin verdikleri iptal kararlarını dikkate alıp almama konusunda serbest oldukları ileri sürülmektedir.¹² Bu yaklaşım, New York Sözleşmesi'nin V. maddesinin ilk fıkrasının (e) bendindeki ifadeye de dikkat çekmekte ve "*tenfiz talebini reddeder*" ifadesi yerine "*tenfiz talebini reddedebilir*" ifadesinin kullanılması karşısında mahkemelerin tenfiz kararlarını verirken takdir yetkileri olduğunu belirtmektedir.¹³ Dolayısıyla bu görüşe göre, New York Sözleşmesi'nin V. maddesinde yer alan tenfiz engellerinin varlığına rağmen, mahkeme tenfiz talebini reddetmek yükümlülüğü altında değildir. Özellikle Fransız mahkemelerinin başka ülkede iptal edilmiş hakem kararlarını Fransa'da tenfiz etme eğiliminde oldukları görülmektedir. Mahkemeler, New York Sözleşmesi'nin V. maddesinde sayılan sebeplerin varlığı halinde dahi mahkemelerin tenfiz talebini reddetme konusunda takdir yetkisine sahip oldukları düşüncesindedir. Dolayısıyla hakem kararı verildiği ülkede iptal edilmiş olsa bile

¹⁰ Jan Paulsson, Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA), *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 9, No.1, 1998, s. 20.

¹¹ Ekşi, s. 79; Şit, s. 162.

¹² Lew/Mistelis/Kröll, s. 719.

¹³ "Recognition and enforcement of the award may be refused..." şeklindeki İngilizce metin esas alındığında, tenfiz hakiminin V. maddedeki şartlar uyarınca hakem kararının tenfizi talebini reddetme konusunda takdir yetkisi olduğu hakkında bkz. Paulsson, s. 17.

başka bir ülkede varlığını ve geçerliliğini muhafaza edebilir.¹⁴

Bu yaklaşıma örnek olarak, *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt (Chromalloy)* davasında verilen hakem kararının tenfizi gösterilebilir.¹⁵ *Chromalloy*, hakem kararının Mısır Devleti'ne karşı tenfizini Fransa'da ve ABD'de talep etmiştir. Görülmekte olan tenfiz davası sırasında, Mısır Devleti, hakem kararının Mısır hukukuna aykırı olduğu gerekçesiyle Mısır'da mahkemeye başvurmuş ve Kahire İstinaf Mahkemesi söz konusu hakem kararını iptal etmiştir.¹⁶ Ancak bu iptal kararı, Fransız ve Amerikan mahkemelerinin hakem kararının tenfizine karar vermelerine engel olmamıştır. Amerikan mahkemesi, New York Sözleşmesi'nin V. maddesinin, mahkemeyi tenfize karar verip vermeme konusunda serbest bıraktığını; bunun yanı sıra, New York Sözleşmesi'nin VII. maddesi uyarınca, hakem kararının Sözleşme'ye nazaran daha lehe hükümler içeren ulusal hukukların veya milletlerarası anlaşma hükümlerine göre tenfiz edilebileceğini belirtmiştir.¹⁷ Fransız mahkemesi, aynı gerekçeye *Pabalk Ticaret Ltd. Şirketi v. Norsolor S.A* davasında¹⁸ dayanmıştır. Hakem kurulu, bir Türk şirketi olan *Palbalk Ticaret Ltd. Şirketi* ile Fransız *Norsolor SA* arasındaki acente sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığı münhasıran uluslararası kabul görmüş kurallara dayanarak çözmüştür. Tahkim yerinin Viyana olması nedeniyle Viyana'da açılan iptal davasında, Viyana İstinaf Mahkemesi, hakem kurulunun hakkaniyete göre karar vermesini yetki aşımı olarak değerlendirmiş ve hakem kararını iptal etmiştir.¹⁹ Fransa'da açılan tenfiz davasında, Fransız Yüksek Mahkemesi, dönüm noktası olarak adlandırabilecek kararında, tenfiz mahkemesinin Sözleşme'nin m.V/f.1 (e) hükmünden bağımsız olarak kendi iç hukukunun söz ko-

¹⁴ Hakem kararının verildiği yer mahkemesi tarafından iptal edilmesinin tenfizi engellemeyeceğine ilişkin Amerikan ve Fransız mahkeme kararları için bkz. Ekşi, s. 81 vd.

¹⁵ Karara konu olan olay hakkında bilgi için bkz. Ekşi, s. 83 vd.

¹⁶ 5 Aralık 1995 tarihli Kahire İstinaf Mahkemesi'nin (Cairo Court of Appeal) kararı için bkz. YCA XXIVa (1999), s. 265-268.

¹⁷ 31 Temmuz 1996 tarihli Amerikan Kolumbiya Mahkemesi'nin kararı için bkz. YCA XXII (1997), s. 1001.

¹⁸ 26 Ekim 1979 tarihli hakem kararı için bkz. YCA IX (1984), s. 109.

¹⁹ 29 Ocak 1982 tarihli Viyana İstinaf Mahkemesi (Vienna Court of Appeal) kararı için bkz. YCA VIII (1983), s. 365.

nusu tenfize izin verip vermeyeceği hususunu incelemesi gerektiğini belirtmiştir.²⁰ Bu karar, iptal edilmiş bir hakem kararının tenfizine karar veren ilk Fransız mahkeme kararı olması nedeniyle önem taşımaktadır. Bu tarihten sonra verilen mahkeme kararları ile iptal edilmiş hakem kararlarının Fransa’da tenfizine ilişkin istikrarlı bir uygulama başlamıştır.²¹ Yukarıda sözü edilen *Chromalloy* davasında verilen hakem kararının tenfizi için ABD dışında Fransa’da da mahkemeye başvurulmuştur. Paris İstinaf Mahkemesi, tenfize izin verdiğiinden ötürü daha müsait olan Fransız hukukunun Sözleşme’nin VII. maddesi uyarınca uygulanabileceği esasına dayanarak Fransız Medeni Usul Kanunu’nun 1502. maddesini uygulamak suretiyle Mısır’da iptal edilmiş hakem kararının tenfizine karar vermiştir.²²

İptal edilmiş bir hakem kararının tenfizine ilişkin son kararlardan biri, Amsterdam İstinaf Mahkemesi tarafından verilmiştir. *Yukos Capital v. Rosneft* davası²³ bu incelemenin konusunu oluşturmaktadır.

III. Rusya Federasyonu: İptal Kararı

2004 yılının Temmuz ve Ağustos aylarında, *Yukos Capital* (ödünç veren) ve *Yukos Oil Company* grubuna bağlı *Yuganskneftegaz* şirketi (ödünç alan) dört tane yazılı ödünç sözleşmesi akdetmişlerdir. Bu sözleşmeler, ödünç sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıkların, tahkim yeri Moskova olmak üzere, Uluslararası Ticari Tahkim Mahkemesi (ICAC)²⁴ hükümleri uyarınca çözüleceğine ilişkin kurumsal bir tahkim şartı içermekteydi. Rusya Federasyonu Maliye Bakanlığı’nun *Yukos Oil*’in sahibi olduğu *Yuganskenftegaz* hisselerine el koymasının ar-

²⁰ 9 Ekim 1984 tarihli Fransız Yüksek Mahkemesi (French Supreme Court) kararı için bkz. YCA XI (1986), s. 484.

²¹ Bkz. Polish Ocean Line v. Jolasry [bkz. YCA XIX (1994), s. 662]; Hilmartion Ltd. v. Omnium de Traitements et de Valorisation [bkz. YCA XX (1995), s. 663].

²² 14 Ocak 1997 tarihli Paris İstinaf Mahkemesi’nin (Paris Court of Appeal) kararı için bkz. YCA XXII (1997), s. 691-695.

²³ 28 Nisan 2009 tarihli ve 200.005.269/01 sayılı Amsterdam İstinaf Mahkemesi (Amsterdam Court of Appeal) kararı.

²⁴ International Court of Commercial Arbitration. Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası bünyesinde uluslararası bir tahkim müessesesi bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.tpprf-mkac.ru>.

dından hisseler, 19 Aralık 2004 tarihinde yapılan arttırmada tek teklifçi olan *Baikal Finance Group* adlı bir Rus şirketine satılmıştır. Arttırmadan birkaç hafta önce kurulan *Baikal Finance Group* şirketi, 260 milyar Ruble (7 milyar Euro) karşılığında *Yuganskneftegaz*'ı satın almıştır. Arttırmadan dört gün sonra, hisselerinin çoğuna Rusya Federasyonu'nun sahip olduğu *Rosneft* şirketi, *Baikal Finance Group*'unun tüm hisselerini satın almıştır.

27 Aralık 2005 tarihinde *Yukos Capital*, *Yuganskneftegaz*'a karşı, Temmuz-Ağustos 2004 döneminde akdedilmiş olan ödünç sözleşmelerine dayanarak Uluslararası Ticari Tahkim Mahkemesi (ICAC) tahkim kurallarına uygun olarak Moskova'da dört tane tahkim prosedürü başlatmıştır. 19 Eylül 2006 tarihinde verilen dört hakem kararında, *Yuganskneftegaz*'ın *Yukos Capital*'e faiz ve masraflar dışında 13 milyar Ruble ödemesine karar verilmiştir. *Yukos Capital*, kararın tenfizi kapsamında Amsterdam'da hacizlere başlamışken, Ekim 2006 tarihinde bir birleşme sonucu *Yuganskneftegaz*'ı satın alan *Rosneft*, hakem kararını Moskova ilk derece mahkemesinde iptal ettirmiştir.²⁵ ICAC hakem kararının iptali üç nedene dayanmıştır:

- Eşitlik ve adil yargılanma ilkesinin ihlali: *Rosneft*'in, ek delillerin sunumu için duruşmanın ertelenmesi ve sürenin uzatılması talebi reddedilmiş ve bu nedenle *Rosneft* davasını savunma hakkından yoksun bırakılmıştır.

- ICAC kurallarının ihlali: Tahkim prosedürü sırasında, ICAC kuralları açıkça yasaklamasına rağmen *Yukos Capital* yeni taleplerde bulunmuştur. Başlangıçta *Yukos Capital* yalnızca ödünç sözleşmesi uyarınca ödünç verilen paranın faizini talep etmiş, ancak sonradan ödünçün geri verilmesini ve ödünç sözleşmesinin zamanından önce sona erdirilmesi nedeniyle oluşan zararı da talep etmiştir.

- Hakem kurulunun tarafların anlaşması hilafına oluşması: ICAC tahkiminde *Yukos Capital*, Nomos Hukuk Bürosu'nun ortağı tarafından temsil edilmiştir. Söz konusu hukuk bürosu, Moskova Ticaret

²⁵ 18 Mayıs 2007 tarihli Arbitrazh (Commercial State) Court of Moscow kararı (Patricia Nacimiento/Maarten Drop, Recognition and Enforcement of Annuled Arbitral Awards, SchiedsVZ 2009, s. 274, dn. 20). Rusya Federasyonu'ndaki ticari uyuşmazlıkların çözümü ile görevli devlet mahkemesi "Arbitrazh" mahkemesi olarak adlandırılmıştır.

Odası ile beraber Moskova'da düzenlenen ve atanmış hakemlerin konuşmacı olarak yer aldığı bir konferansa maddi destek sağlamıştır. Bunun yanı sıra, Nomos Hukuk Bürosu hakemlerin yine konuşmacı olarak yer aldığı Viyana'daki başka bir konferansın sponsorluğunu üstlenmiştir. Hakemlerin *Rosneft'* e bu konuda önceden bilgi vermemeleeri, *Rosneft'* in hakemlerin reddini talep edememesine neden olmuştur.

İlk derece mahkemesi, ilk iki nedenin kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği sonucuna varmış, Moskova Bölgesi Federal Arbitrazh Mahkemesi²⁶ ve Rusya Federasyonu Arbitrazh Yüksek Mahkemesi²⁷ yukarıda sayılan nedenlerin tahkim usulünü ihlal ettiğini belirtmiş ve iptal kararını onamıştır.

IV. Hollanda: Tenfiz Kararı

Rus mahkemesi tarafından verilen iptal kararına rağmen, *Yukos Capital*, hakem kararının Hollanda Usul Muhakemeleri Kanunu m.1075 uyarınca Hollanda'da tenfizini talep etmiştir. Amsterdam ilk derece mahkemesi başkanı, New Sözleşmesi'ne dayanan bu talebi reddetmiştir²⁸. Mahkeme, New York Sözleşmesi'ne göre, Rus mahkemelerinin m. V/f.1 (e) bendi uyarınca, iptal konusunda münhasıran yetkili olduğunu ve bu nedenle de iptal kararının kural olarak dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, m. V/f. 1(e) hükmünün Fransızca tercümesinin Sözleşme'nin diğer dillerdeki çevirileri dikkate alındığında tek başına kaldığını ve Sözleşme'nin İngilizce metni dikkate alındığında iptal edilmiş hakem kararlarının tenfiz edilemeyeceğini belirtmiştir. İptal edilmiş bir hakem kararının tüm ülkelerde aynı statüde olmamasının yaratacağı hoşnutsuzluğu dikkate alan mahkeme, iptal edilmiş bir mahkeme kararının New York Sözleşmesi'ne göre tenfizinin ancak istisnai durumlarda söz konusu olacağı hükmü-

²⁶ 26 Temmuz 2007 tarihli ve KT-A40/6775-07 sayılı Moskova Bölgesi Federal Arbitrazh Mahkemesi (Federal Arbitrazh Court of Moscow Region) kararı (Nacimiento/Drop, s. 274, dn. 21).

²⁷ 10 Aralık 2007 tarihli ve 14955/07 sayılı Rusya Federasyonu Arbitrazh Yüksek Mahkemesi (Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation) kararı (Nacimiento/Drop, s. 274, dn. 22).

²⁸ 28 Şubat 2008 tarihli ve 365094 KG RK 07-750 sayılı Amsterdam ilk derece mahkemesi (District Court of Amsterdam) kararı (Nacimiento/Drop, s. 274, dn. 24).

ne varmıştır. Bu istisnai duruma örnek olarak, mahkeme özellikle adil yargılanma ilkesinin ihlalini, yetkili otoritenin tarafsız ve bağımsız olmamasını ve kararın gerekçesiz olmasını saymıştır. *Yukos Capital*, iptal edilmiş hakem kararının istisnai duruma ilişkin olduğu için tenfiz edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bu mahkeme, bu savın yeterli ölçüde kanıtlanmadığı sonucuna varmış ve hakem kararının tenfizini reddetmiştir. Bu karar üzerine, *Yukos Capital* Amsterdam İstinaf Mahkemesi'ne başvurmuş ve mahkeme ilk derece mahkemesinin kararını bozarak Rusya Federasyonu'nda iptal edilmiş hakem kararının Hollanda'da tenfizine izin vermiştir.²⁹ Amsterdam İstinaf Mahkemesi, kararının gerekçesinde ne New York Sözleşmesi'nin maddelerinin ne de herhangi başka bir sözleşmenin Hollanda mahkemelerinin Rusya Federasyonu hukuk mahkemeleri tarafından verilen kararları doğrudan tanıma yükümlülüğü getirdiğini belirtmiştir. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinin, Hollanda kanunlar ihtilafı kurallarının genel ilkelerine dayandığını ifade etmiştir. Bu kurallar çerçevesinde, Hollanda mahkemesi Rusya Federasyonu mahkemesi kararının adil yargılama ilkesini ihlal ettiği veya iptal kararının tanınmasının Hollanda kamu düzeni ile bağdaşmayacağı sonucuna varırsa iptal kararını dikkate almayacaktır. Dolayısıyla Amsterdam İstinaf Mahkemesi, Hollanda mahkemelerinin iptal edilmiş yabancı bir hakem kararının tenfizini her halde reddetmek zorunda olmadıklarını belirtmiştir. Bu sebeple, Amsterdam İstinaf Mahkemesi, Rusya Federasyonu Arbitrazh Yüksek Mahkemesi'nin iptal kararının adil yargılama ilkesi çerçevesinde verilir verilmediğini, *Yukos Capital* tarafından Rus yargısının bağımsız ve tarafsız olmadığı iddiasını desteklemek üzere mahkemeye sunulan birtakım deliller ışığında değerlendirmiştir. Bu deliller, *Leutheusser-Schnarrenberg* raporu,³⁰ *Transparency International*,³¹ EU-

²⁹ 28 Nisan 2009 tarihli ve 200.005.269/01 sayılı Amsterdam İstinaf Mahkemesi (Amsterdam Court of Appeal) kararı.

³⁰ Avrupa Konseyi Parlamentosu üyesi olan Sabine Leutheusser-Schnarrenberg'in raporu için bkz. <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc04/EDOC10368.htm>.

³¹ Uluslararası bir sivil toplum örgütü olan *Transparency International* tarafından hazırlanan "Rüşvet Tahsil İndeksi" raporundan alıntılar için bkz. 28 Nisan 2009 tarihli ve 200.005.269/01 sayılı Amsterdam İstinaf Mahkemesi (Amsterdam Court of Appeal) kararı 3.8.4 nolu Bölüm.

*Russia Centre*³² ve *Freedom House*³³ raporlarının yanı sıra, İngiliz, İsviçre ve Litvanya mahkemelerinin *Yukos Capital*'in eski bürolarıyla ilgili Rusya Federasyonu'ndaki ceza kovuşturmasına ilişkin kararlarıdır.³⁴ Mahkeme, ayrıca *Yukos Oil Company*'nin iflasına ilişkin Rus mahkeme kararının Hollanda kamu düzenine aykırı olduğuna hükmeden 31 Ekim 2007 tarihli Amsterdam ilk derece mahkemesinin kararına atıfta bulunmuştur.³⁵

Amsterdam İstinaf Mahkemesi, *Rosneft*'in Rus hükümeti ile olan yakın ilişkisine dikkat çekmiş ve bazı yöneticilerin Rusya Federasyonu'nun idari kadrolarında görev aldıklarını belirtmiştir. *Yukos Capital* tarafından sunulan delilleri *Rosneft*'in yeterli ölçüde çürütememiş olması nedeniyle Rus yargısının söz konusu davada bağımsız ve tarafsız olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme, *Rosneft*'in sunulan delillerin Rus yargısının taraflı ve bağımlı olduğunu gösteren doğrudan deliller olmadığı yönündeki savunmasını tatmin edici bulmamıştır. Zira bağımsızlık ve tarafsızlık kesin deliller ile ispat edilebilecek hususlar değildir. Mahkeme, Rus mahkemelerinin adil yargılama ilkesini ihlal ettiği sonucuna vardığından hakem kararının Hollanda'da tenfizinin mümkün olup olmadığı hususunu yeniden değerlendirmiştir. Sonuç olarak, Rusya Federasyonu Arbitrazh Yüksek Mahkemesi tarafından verilen iptal kararının Hollanda'da dikkate alınmayacağına, Amsterdam ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına ve ICAC hakem kararının tenfizine karar verilmiştir.

³² Uluslararası bir sivil toplum örgütü olan *EU-Russia Centre* tarafından basılan "Rusya'da Hukuk Sisteminin Bağımsızlığı ve Hukukun Üstünlüğü" başlıklı makeden alıntılar için bkz. 28 Nisan 2009 tarihli ve 200.005.269/01 sayılı Amsterdam İstinaf Mahkemesi (Amsterdam Court of Appeal) kararı 3.8.5 nolu Bölüm.

³³ *Freedom House* isimli Amerikalı bir sivil toplum örgütü'nün "Rusya'da Demokrasi, İnsan Hakları ve Siyasi Özgürlükler" hakkındaki raporundan alıntılar için bkz. 28 Nisan 2009 tarihli ve 200.005.269/01 sayılı Amsterdam İstinaf Mahkemesi (Amsterdam Court of Appeal) kararı 3.8.6 nolu Bölüm.

³⁴ Avrupa ülkelerindeki çeşitli mahkemeler, *Yukos Oil Company* yöneticilerine karşı Rusya Federasyonu'nda açılan ceza kovuşturmalarının siyasi baskı altında açıldığına hükmetmiştir. Bu kararlar için bkz. 28 Nisan 2009 tarihli ve 200.005.269/01 sayılı Amsterdam İstinaf Mahkemesi (Amsterdam Court of Appeal) kararı 3.8.8 nolu Bölüm.

³⁵ Bkz. 28 Nisan 2009 tarihli ve 200.005.269/01 sayılı Amsterdam İstinaf Mahkemesi (Amsterdam Court of Appeal) kararı 3.8.10 nolu Bölüm.

V. Değerlendirme

Rusya Federasyonu'ndaki mahkemeler, *Yukos Capital v. Rosneft* davasına ilişkin hakem kararını kamu düzeninin ihlal edilmiş olmasına dayanarak iptal etmişlerdir.³⁶ Rus mahkemeleri, kamu düzeni kavramını *Yukos* davasında görüldüğü üzere kendi ülkelerinde verilen hakem kararlarının iptali ve yabancı hakem kararlarının tenfizi³⁷ aşamasında oldukça geniş yorumlamaktadırlar. Rus hükümetinin açıkça hukuka aykırı olarak müdahalede bulunduğu *Yukos Capital v. Rosneft* davasında, Amsterdam İstinaf Mahkemesi, Rusya Federasyonu'nda iptal edilmiş olan bir hakem kararının tenfizine karar vermek suretiyle New York Sözleşmesi m.V/f.1(e) hükmüyle verilen yetkiyi yerinde kullanmıştır. Amsterdam İstinaf Mahkemesi'nin görüşüne göre, tahkim yeri ülkesinde kamu düzeninin ihlal edildiği gerekçesiyle verilen bir iptal kararı, her zaman New York Sözleşmesi m.V/f.1(e) hükmüne dayanan bir tenfiz engeli olmamalıdır.

Tenfiz uygulamasının uluslararası alanda uyumlaştırılması, hakem kurulunun her ülkede -özellikle de tahkimin mahkeme yargılamasına alternatif olarak görüldüğü ülkelerde- hükümetin tahkim yargılamasına herhangi bir aşamasına hukuka aykırı olarak müdahalede bulunmadan kurulmasının ve tahkimin işlerlik kazanmasının yolunu açmalıdır. Amsterdam İstinaf Mahkemesi'nin kararı, uluslararası tahkimde ve genel olarak uluslararası yargılamadaki önemli problemlerden biri ile açıkça meşgul olan cesur bir karar olarak değerlendirilebilir.

VI. Kararın Türk Mahkeme Uygulamasına Yansıması

İptal edilmiş hakem kararlarının tenfizi sorunu ile Türk mahkemeleri henüz karşılaşmamıştır. Bu konuda mahkemelerin nasıl bir tutum izleyecekleri merakla beklenmektedir.³⁸

³⁶ Bkz. dn. 26, 27, 28.

³⁷ *United World Ltd. vs. Krasny Yakor* davasında, mahkeme kararının tenfizinin Krasny Yakor'un iflasına neden olacağı ve bunun Rusya Federasyonu'nun ekonomisine ciddi bir zarar oluşturacağından hareketle kararın tenfizinin Rus kamu düzenini ihlal edeceği sonucuna varılmıştır (Nacimiento/Drop, s. 274, dn. 27).

³⁸ Ekşi, s. 137.

New York Sözleşmesi m. V/f. 1'e göre, tenfizi engelleyen durumlardan biri, aleyhine tenfiz talepedilen tarafından ispatlanamazsa hakem kararının tanınması ve tenfizi reddolunamaz. New York Sözleşmesi'nin Türkçe tercümesi, yabancı hakem kararlarının kural olarak tanınıp tenfiz edileceğini, ancak V. maddedeki sınırlı sayıda sayılan nedenlerin varlığı durumunda Türk mahkemelerinin, yabancı bir hakem kararının tenfizini reddedebilecekleri şeklinde kaleme alınmıştır. Türk mahkemeleri, verildiği ülkede iptal edilmiş, diğer bir ifadeyle geçerli sayılmayan ve icra edilemeyen bir hakem kararını New York Sözleşmesi m.V/f.1 (e) uyarınca Türkiye'de tenfiz etmek zorunda değildirler. Dolayısıyla aleyhine tenfiz istenen taraf, hakem kararının verildiği ülkede iptal edilmiş olduğunu ispatlamak suretiyle söz konusu hakem kararının Türkiye'de tenfiz edilmesini engelleyebilecektir. New York Sözleşmesi m.V/f.1 (e) uyarınca, iptal edilmiş yabancı bir hakem kararının tenfizinin engellenmesi için öncelikle iptale ilişkin yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tanınması gerekir. Yabancı bir mahkeme kararının kesin hüküm etkisi, Türkiye'de MÖHUK m. 58 uyarınca tanınması halinde söz konusu olabilir. *Yukos Capital vs. Rosneft* davasının Türk mahkemeleri önüne gelmesi halinde, mahkeme, yabancı iptal kararı hükmünü MÖHUK m. 54 (c) uyarınca kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle tanımaz. Tanınmamış bir mahkeme kararı, Türk mahkemeleri nezdinde hiç doğmamış, diğer bir ifadeyle yok hükmünde olacağından tenfiz aşamasında dikkate alınması da söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla yabancı bir mahkeme tarafından Türk kamu düzenine aykırı olarak verilen bir iptal kararı, yabancı hakem kararının Türkiye'de tenfizine engel olmayacaktır. Özellikle hakem kararının iptal gerekçesi tamamen verildiği ülke hukukundan kaynaklanan bir sebebe dayanıyorsa, Türk tenfiz mahkemesinin, kararın iptal edilmiş olmasına karşın, Amsterdam İstinaf Mahkemesi'nin *Yukos Capital v. Rosneft* davasında tenfize karar verdiği gibi, hakem kararının tenfizine karar vermesi mümkün olabilir. Türk mahkemesi, tahkim yeri mahkemesinin dayandığı iptal sebebini uluslararası ticari tahkimin mahiyet ve gelişimine, Türk hukukundaki anlayışa uygun bulmaz ise böyle bir sebebe dayanan iptal keyfiyetini dikkate almayabilir.

Bu çerçevede, Avrupa ülkeleri arasında ticaretin gelişmesine yardım etmek, bu ülkeler arasında milletlerarası tahkimin teşkilatlanma-

sına ve işlemesine engel olabilecek güçlükleri gidermek amacıyla hazırlanan 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi'ne³⁹ de değinmek gerekir. Avrupa Sözleşmesi, New York Sözleşmesi'nin varlığı dikkate alınarak hazırlanmış olup, tahkimin tenfiz öncesi aşamasını düzenlemektedir. Avrupa Sözleşmesi m. IX,⁴⁰ hakem kararlarının iptaline ilişkin bir hükme yer vermektedir. Buna göre, hakem kararının iptali yalnızca IX. maddenin ilk fıkrasında, dört bend halinde sayılan hallerde mümkündür. Başka bir sebebe dayanılarak iptal kararı verilemez. Bu Sözleşme, New York Sözleşmesi m. V/f.1(e) hükmünün uygulama alanını sınırlaması açısından önem taşımaktadır. Avrupa Sözleşmesi m. IX/f.2'ye göre,⁴¹ bir hakem kararının tenfizinin New York Sözleşmesi m. V/f.1 (e) bendine dayanarak engellenmesi ancak Avrupa Sözleşmesi m. IX/f.1'de yer alan sınırlı sayıdaki nedenlerden birinin varlığı halinde söz konusu olabilir. Kamu düzeninin ihlali, sayılan nedenler arasında yer almaktadır. Dolayısıyla tahkim yeri mahkemesi, hakem kararının iptalini kamu düzeninin ihlaline dayandırmış ise Sözleşme'ye taraf başka

³⁹ Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun No: 3730, Kabul Tarihi: 8.5.1991 (RG, 21.5.1991/20877).

⁴⁰ Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin 1961 Avrupa Sözleşmesi m. IX/f.1: *İşbu Sözleşmeye tabi bir hakem kararının Akit bir Devlet ülkesinde iptal edilmesi, iptalin karar altına alındığı Devlet hakem kararının, ülkesi içinde verildiği veya kanunun hükmüne taban itihaz edildiği devlet olmadıkça ve iptal kararı aşağıda yazılı sebeplerden birine dayanılarak verilmedikçe, hakem kararını diğer bir Akit Devlet ülkesinde tanımadan veya icaradan çekinme sebebi teşkil etmeyecektir.*

a) Hakemlik anlaşması akteden taraflar haklarında tatbiki gereken kanun gereğince ehliyetli iseler veya zikri geçen anlaşma taraflarca tabi kılındığı kanuna, eğer bu bapta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği memleket kanununa göre hükümsüz ise; veya

b) İptal talebinde bulunan taraf hakemin tayininden veya hakem prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş, yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkanını elde edememiş ise; veya

c) Hakem kararı, hakem mukavelesinde veya hakem şartında derpiş edilmeyen bir uyuşmazlığa ilişkin ise yahut hakem mukavelesi veya hakem kararının hakemliğe tabi tutulan meseleler hakkındaki hükümleri bunun dışında kalan hükümlerinden ayırd edilebilecek durumda ise hakemliğin şümulüne giren hükümlerin iptal cihetine gidilmeyebilir.

d) Hakem mahkemesinin teşekkülü veya hakem usulünün cereyanı tarafların anlaşmasına ve anlaşma olmayan hallerde, işbu sözleşmenin IV. madde hükmüne uygun olmamış ise,

⁴¹ Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin 1961 Avrupa Sözleşmesi m. IX/f.2: *İşbu maddenin 1 inci paragrafının hükmü, New York Sözleşmesine taraf olan Akit Devletler arasındaki münasebetlerde münhasıran yukarıda sayılan iptal sebeplerine hasretmek neticesini doğurur.*

bir ülkenin tenfiz mahkemesi bu iptal kararı ile bağlı değildir ve hakem kararının tenfizine karar vermekte serbesttir.⁴² Avrupa Sözleşmesi, taraf devletler açısından bağlayıcıdır ve m. I/f.1(a) uyarınca tahkim anlaşmasının mutad meskenleri farklı taraf devletlerde bulunan taraflar arasında yapılmış olması şartıyla geçerlidir.

VII. Sonuç

Sonuç olarak, New York Sözleşmesi m.V/f.1 (e) bendi uyarınca, tenfizin reddi sebebi gerçekleşmiş olsa dahi, hangi yabancı iptal kararlarının tenfiz ülkesinde tanınacağı konusunda Amsterdam İstinaf Mahkemesi kararı önemlidir. Tenfiz hakimi, iptale ilişkin yabancı mahkeme kararını tanıma aşamasında, bir takdir yetkisine sahiptir. Yabancı mahkeme kararının kendi kamu düzenine aykırı olup olmadığı noktasının tespitinde, diğer bir ifadeyle kamu düzeni gibi muğlak bir kavramın içini doldurma aşamasında bu yetki söz konusudur. Buna karşılık, hakem kararının iptaline ilişkin yabancı bir mahkeme kararının tenfiz hakimince tanınmasına rağmen, New York Sözleşmesi'nin yalnızca lafzına bağlı kalınarak,⁴³ verildiği yerde iptal edilen hakem kararlarının tenfiz edilip edilmeyeceği hususunun akit devletlere bırakıldığı sonucuna varılamaz. Bu aşamada, hakimin takdir yetkisi olup olmadığı hususunun tartışılması kanımca isabetli değildir. İptal kararının tenfiz hakimince tanınmasından sonra, New York Sözleşmesi m.V/f.1 (e) bendi uyarınca, hakem kararının tenfizinin reddedilmesi gerekir. Bunun yanı sıra, Sözleşme'nin VII. maddesi ile Sözleşme hükümlerinden daha elverişli hükümler içeren anlaşma veya mahalli mevzuatın uygulanması teşvik edilmektedir. Sözleşme'nin temel hedefinin hakem kararlarının tenfizini kolaylaştırmak olması karşısında iptal edilen hakem kararlarının bir başka ülkede tenfiz edilmesi bakımından bir sınırlama getirmediği görüşünün New York Sözleşmesi'nin genel felsefesine uygun olduğu ifade edilebilir.

⁴² Nagel/Gottwald, s. 830; Lew/Mistelis/Kröll, s. 718.

⁴³ New York Sözleşmesi m.V/f.1'de, "tenfiz talebini reddeder" ifadesi yerine "tenfiz talebini reddedebilir" (may be refused) ifadesinin kullanılmış olması.

KAYNAKLAR

- Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Lahey 1994, s. 349.
- Albert Jan van den Berg, *Enforcement of Annuled Awards?*, *ICC (International Chamber of Commerce) International Court of Arbitration Bulletin* 9, No. 2, 1998, s. 15-16.
- Banu Şit, *Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara 2005, s. 161.
- Jan Paulsson, *Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)*, *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 9, No.1, 1998, s. 20.
- Julian Lew/Loukas Mistelis/Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Lahey 2003, s. 717 vd.
- Nagel Heinrich/Gottwald Peter, *Internationales Zivilprozessrecht*, Köln 2007, s. 820.
- Nuray Ekşi, *New York Konvansiyonuna Göre İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi*, İstanbul 2009, s. 76 vd.
- www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.
- <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc04/EDOC10368.htm>.

SUÇLARIN SUÇU: SOYKIRIM

THE CRIME OF CRIMES: GENOCIDE

Serhat Sinan KOCAOĞLU*

Özet: Tarihin başlangıcından beridir insanlık çeşitli Kartaca'nın yok edilmesi veya Haçlı Seferleri esnasında işlenen insanlık dışı suçlar gibi çeşitli grupların uğradığı zulümlere tanıklık etmiştir. Fakat otorite kavramının, şiddet tekeline elinde tutan modern devletine geçmesi ile insanlık II. Dünya Savaşı'nda "holocaust" adı verilen en kötü katliamlarından birisini yaşamıştır. Müteakiben uluslararası toplum, bu durum ile mücadele edebilmek için uluslararası kamu hukukunun odağından bu eylemleri suç haline getirmek zorunda kalmıştır.

Bu çalışma, soykırım suçunun tanımını uluslararası ceza hukuku ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun perspektiflerinden yapmak üzerine odaklanmıştır. Ayrıca çalışmamızda suç olarak tanımlanan soykırım ile ilgili Uluslararası Adalet Divanı ve *ad hoc* mahiyetteki bir kısım uluslararası ceza mahkemelerinin kararları üzerine de eğilinmeye çalışılacaktır.

Anahtar Sözcükler: Soykırım, Birleşmiş Milletler, Soykırım Sözleşmesi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, soykırım suçunun unsurları, Uluslararası Adalet Divanı, Uluslararası Ceza Mahkemesi, *ad hoc* mahiyette uluslararası ceza mahkemeleri (Ruanda, Eski Yugoslavya [Bosna]).

Abstract: History of mankind has been witnessing persecutions targeted to countless number of groups since the very beginning of time, e. g. the destruction of Cartagena, the massacres of the Crusader's. However with the changing role of the authority to the concept of Modern State who owned the monopoly of violence, the humanity lived the worst of these nightmares during the II. World War, i.e. the "holocaust". Following this evil act, the inter-

* Av., Ankara Barosu, LL. M. (Brüksel), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ceza ve Ceza Usul Hukuku doktora öğrencisi, sinan@kocaoğlu.av.tr

national community had to take precautions by criminalizing these actions via the lens of Public International Law. This study aims to focus on the definition of the crime of genocide vis-à-vis the perspective of International Criminal Law as well as the Turkish Criminal Code (Code Number 5237). Special remark will be made on the International Court of Justice and several *ad hoc* international criminal courts decisions about of the crime of crimes.

Keywords: Genocide, United Nations, Genocide Convention, Turkish Penal Code (Code Number: 5237), Elements of the Crime of Genocide, International Court of Justice, International Criminal Court, *ad hoc* international criminal tribunals (Rwanda, Former Yugoslavia [Bosnia]), ICTR, ICTY.

XX. yüzyılda birbirini takip eden iki dünya savaşı ve bu çeşitli bölgesel çatışmalar uluslararası ceza hukukunun çok önemli bir disiplin olarak ortaya çıkmasını ve gelişmesini sağlamıştır. Bu disiplin, sadece genel anlamı ile uluslararası hukuku değil, aynı zamanda taraf olunan uluslararası sözleşmelerin doğal neticesi olarak ulusal hukukları da etkilemiştir.

Bu bağlamda 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), uluslararası ceza hukukuna ait yeni hükümleri ile hayatımıza girmiştir. TCK'nın bu yeni düzenlemelerinden bir tanesi de dünya ve Türkiye gündeminden bir türlü düşmeyen "*soykırım*" kavramıdır.

Soykırım, içerisinde sosyolojik ve hukuksal pek çok disiplini çeşitli boyutları ile kapsayan bir kavramdır.¹ Soykırım suçu, uluslararası ceza hukukunun incelediği suçlar içerisinde genel olarak en sinsi, acımasız ve insanlık dışı eylem olarak kabul edilmektedir. Kartaca'nın MÖ 146'da yakılıp yıkılması, Kudüs'ün MS 72'de yok edilmesi, Haçlı Seferleri, Cengiz Han'ın ve Timurlenk'in seferlerinde sivil halka yaptıkları katliamlar; 30 Yıl Savaşları yani kısacası yazılı tarihin başından beridir insanlığın şahit olduğu pek çok savaş bazı grupların ya tamamen ya da kısmen yok edildikleri birer acı örnektirler.²

¹ Aynı zamanda sosyolojik bir suç (sociological crime) olarak tanımlanan soykırımın bu yönüne detaylı bir bakış için bkz. Shaw, Martin, "*What is Genocide?*", Polity Press, Cambridge, 3-11 (2007).

² Lemkin, Raphael, "*Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation-Analyses of Government-Proposals for Redress*", Carnegie Endowment for International Peace,

XX. yüzyıl ise, şiddet tekeline merkezileştirerek eline geçiren “modern devlet”in özellikle iki dünya savaşı esnasında teknolojinin yardımı ile önceki yüzyıllarda görülmemiş bir şekilde, pek çok toplum ve grubun sistematik olarak yok edildiği trajik bir dönemdir. İşte “Suçların Suçu”³ olarak da kabul edilen “soykırım” fiilinin uluslararası kamu hukukunun konusuna girmesi de öncelikle soykırım fiilinin bir suç olarak tanımlanmasını gerektirmiştir. Sonuçta soykırım suçu bu fiili ika eden kişilerin en ağır şekilde cezalandırılabilmesi konusundaki kolektif istemden doğmuştur.

Bu çalışmanın amacı, kısa bir giriş yaptığımız “soykırım” kavramını uluslararası ceza hukuku ve TCK perspektifinden incelemektir. İlk bölümde soykırım kavramının tarihsel gelişimi ile Soykırım Sözleşmesi incelendikten sonra; ikinci bölümde, uluslararası ceza hukukunun ve çeşitli mahkeme kararlarının perspektifinden suçun unsurları incelenecektir. Çalışmanın üçüncü bölümünde, Uluslararası Adalet Divanı merceğinden soykırım suçunun incelemesine ayrılmıştır. Ulusal bağlamda kavramın TCK çerçevesindeki genel düzenlenişini dördüncü bölümde ele alındıktan sonra beşinci bölümde sonuç incelemesi yapılarak çalışma sona erdirilecektir.

I. KAVRAMIN KÖKENİ

Genel ve klasik bir tanım ile soykırım; bir grubun veya mensuplarının kasıtlı bir biçimde öldürülmesi, imhası veya yok edilmesi fiilidir. XX. yüzyılın başlarında *İnsanlığa Karşı Suçlar (Crimes Against Humanity)* kavramının bir alt sınıflandırması olarak karşımıza çıkan *soykırım (genocide)* kavramı; uluslararası hukuk literatüründe ilk kez An-

Washington, D.C, 79 (1944).

³ “Hence the Chamber is of the opinion that genocide constitutes the crime of crimes [...]” Rwanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTR), soykırım fiilini “suçların suçu” (the *crime of crimes*) olarak nitelendirmiştir (Prosecutor of ICTR v. Akayesu, ICTR, Trial Chamber I, Sentencing Decision, 02 October 1998, case no. ICTR-96-4-T, §4). Akayesu davasının iddianamesi ve kararın tam metni için bkz. <http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Akayesu/> (Erişim Tarihi: 14. 01. 2010). Ayrıca bkz. Fry James D., “Terrorism as a Crime Against Humanity and Genocide: The Backdoor to Universal Jurisdiction”, 7 UCLA J. Int’l L. & For. Aff. 169, 11(2002); Shaw, s. 17; Schabas, William A., “Genocide in International Law: The Crime of Crimes”, Cambridge University Press, United Kingdom, 2000.

tik Yunan'da kabile veya ırk anlamına gelen "genos" ile Latince'de öldürmek manasına gelen "cide" kelimelerinin Raphael Lemkin tarafından bir araya getirilmesi ile kullanılmıştır.⁴

"İşgal Altındaki Avrupa'da Mihver Yönetimi" adlı eserinde Lemkin, özellikle Alman işgali altındaki Yahudi ve Çingenelere yönelik Nazi uygulamalarını inceleyerek, analizlerini Soykırım başlığını taşıyan dokuzuncu bölümde iki safha olarak formüleştirmiştir. Lemkin'e göre soykırımın safhalarından ilki, zulme uğrayan grubun milli dokusunun yok edilmesi; ikincisi, zulüm yapanın (Hitler) milli dokusunun bu gruba empoze edilmesidir.⁵

Winston Churchill'in, 1942 yılında Nazilerin *holocaust* eylemi üzerine, "Bizler adı olmayan bir suça hazır bulunuyoruz (We are in the presence of a crime that has no name)" beyanı esasen bir gerçeği ortaya koymaktaydı.⁶ Bu beyanın doğruluğu savaşı müteakiben kurulan Nurenberg Mahkemeleri'nde "holocaust"la suçlanan Nazi komuta heyetinin henüz ayrı bir suç olarak kabul edilmemesinden dolayı soykırım suçunda değil de "insanlığa karşı suçlar"dan yargılanmasını göstermiştir.

II. Dünya Savaşı'nın acılarını bizatihi yaşayan Polonyalı bir Yahudi kökenli ailenin çocuğu olan Lemkin'in büyük çabaları neticesinde, soykırım kavramı insanlığa karşı suçlardan ayrı bir suç olarak sınıflandırılmış ve 11 Aralık 1946 yılında Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu'nun oy birliği ile kabul ettiği 96 (I) sayılı kararında;

⁴ Lemkin, s. 79, 80; Schabas, William A., "Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş", Çeviren: Gülay Arslan, Cambridge University Press, Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi, İkinci Basım, 54 (2004); Erem, Faruk, "İnsanlığa Karşı Cürümler (Genocide)", Günay Matbaacılık, Ankara, 5 (1948); Bayraktar, Köksal, "Soykırım Suçu", Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul Barosu Yayını, Genel Yayın Sıra no: 55, Can Matbaacılık, İstanbul, Mayıs 2007, s. 271, dn. 3; Değirmenci, Olgun, "Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukuka ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (TCK m. 76)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 70, 50 (Haziran 2007); Akün, Neslihan Verda, "Uluslararası Hukukta ve Türk Hukuku'nda Soykırım (Jenosid) Suçu", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, Yıl 24, Sayı: 1-2, 53 (2004).

⁵ A. g. e., s. 79-90.

⁶ Lang, Berel, "The Future of Holocaust", Legacy Project-Virtual Symposium. Bu makale için: <http://www.legacy-project.org/symposium/paper.html?ID=4> (Erişim Tarihi: 13. 01. 2010).

“Cinayet nasıl birey olarak insanların yaşam hakkının (right to life) inkârıysa, Soykırım da bütün bir insan grubunun varoluş hakkının (right of existence) inkârıdır. Böylesine bir inkâr insanlığın tamir edilemeyecek şekilde vicdanını sarstığı gibi bu insan gruplarının insanlığa yaptığı kültürel ve diğer katkıları en büyük bir biçimde zarara uğratar, ayrıca ahlak kanunları ile Birleşmiş Milletlerin ruhuna ve amaçlarına tamamıyla aykırıdır. Irksal, dinsel, siyasal ve diğer gruplara karşı, bir bütün veya parça olarak işlenmiş pek çok soykırım örnekleri meydana gelmiştir. Soykırım suçunun cezalandırılması uluslararası bir önemdedir” şeklindeki sonuç bildirgesi ile soykırım kavramı BM nezdinde kabul görmüştür.⁷

Kamuoyunda soykırım konusunda katalizör görevi gören bu karar Birleşmiş Milletler’i uluslararası planda bağlayıcılığı olan daha geçerli hukuki önlemler almaya itmiştir.

A. SOYKIRIM SÖZLEŞMESİ (1948)

Raphael Lemkin’in soykırım konusundaki mücadelesini destekleyen pek çok politikacı, akademisyen ve yazar 1948 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından BM Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’nin (Soykırım Sözleşmesi)⁸ kabul edilmesine giden sürecin önünün açılmasını sağlamıştır.

Soykırım suçunun konusunu, suçun maddi ve manevi unsurlarını, suça karşı alınacak önlemleri bir uluslararası hukuki bir metine bağlayan bu sözleşme 2. maddesinde suçun tanımını şu şekilde yapmaktadır:

“Madde 2. Bu sözleşmeye göre, soykırım milli, etnik, ırki veya dini bir grubun, kısmen veya tümüyle, yok etmek kastıyla, aşağıdaki fiillerin işlenmesidir:

⁷ Than de Claire / Shorts, Edwin, “International Criminal Law and Human Rights”, Sweet and Maxwell Publishing Limited, London, 66 (2003).

⁸ *Convention on the Prevention and Punishment of Genocide* (Soykırım Sözleşmesi), U.N.T.S. (United Nations Treaty Series), No.1021, vol.78(1951), p.277 veya New York, 9 December 1948, 78 UNTS 277. Ayrıca Sözleşme’nin tam metni için <http://un.org/law/ilc/texts/treaties.htm> (Erişim Tarihi: 13. 01. 2010).

Bu Sözleşme 23.03.1950 tarih ve 5630 sayılı Kanun uyarınca Türkiye tarafından çekince konulmadan imzalanmıştır.

- a. Grubun mensuplarını öldürmek,
- b. Grup mensuplarına ciddi bedensel veya psikolojik zarar vermek,
- c. Grubun hayat şartlarını kasıtlı olarak etkileyerek maddi varlığının kısmen veya tamamen yok olmasına yol açmak,
- d. Grup içinde doğumları önlemek amacıyla önlemler dayatmak,
- e. Grubun çocuklarını bir başka gruba zorla nakletmek".⁹

Sözleşme'nin kabul edilmesini takip eden yıllarda kurulan *ad hoc* ve devamlı uluslararası mahkemelerin tüzüklerine de yukarıda ki tanım en ufak bir değişikliğe uğratılmadan aynen konulmuştur. Mesele *Eski Yugoslavya* için Uluslararası Ceza Mahkemesi Tüzüğü'nün 4§2. maddesi veya *Rwanda* için Uluslararası Ceza Mahkemesi Tüzüğü'nün 2§2. maddesi veya Uluslararası Ceza Divanı Tüzüğü'nün 6. maddesi Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesinin noktalama işaretlerinde kadar tekrarıdır. Son güncel gelişmeleri gözünde bulundurursak, Irak Özel Mahkemesi Tüzüğü'nün 11. maddesi de kelimesi kelimesine aynı hükümü içermektedir.

Suçun tanımı ise takip eden üçüncü madde de ise *soykırım suçunu işlemek için anlaşma, tahrik (kışkırtma), teşebbüs ve iştirak* gibi konuları suç haline getirmiştir.

"Madde 3: Aşağıdaki fiiller cezalandırılabilir:

- a. Soykırım;
- b. Soykırım suçunu işlemek için anlaşmak;
- c. Soykırım suçunu işlemek için doğrudan ve toplumsal (aleni) tahrik;
- d. Soykırımı teşebbüs;
- e. Soykırım suçuna iştirak".¹⁰

Ayrıca, Sözleşme 2. ve 3. maddesinde yazılı fiilleri işleyen kişilerin; anayasal bağımsızlıkları olan yöneticiler, kamu görevlileri veya özel şahıslar yani kim olurlarsa olsunlar cezalandırılacaklarını öngörmüştür.¹¹

⁹ Soykırım Sözleşmesi m. 2.

¹⁰ Soykırım Sözleşmesi m. 3.

¹¹ Soykırım Sözleşmesi m. 4.

Bu durumu tamamlayıcı olarak Sözleşme'nin 1. maddesinde de sözleşme-ci yüksek taraflar suçun savaşta veya barışta işlense de uluslararası bir suç olduğunu kabul ederek, soykırım suçunun işlenmesini önleme ve cezalandırma yükümlüğünü üstlenmişlerdir.¹²

Sözleşme'nin bu dört maddesi birlikte okuduğunda, soykırımın savaş veya barış hallerinde bir gruba/üyelerine, grup karakterini yok etmek amacıyla tahdidi (*numerus clauses*) olarak sayılmış fiillerin işlenmesi suçudur. Soykırım zanlıları, soykırım esnasında makam veya görevlerinin ne olduğuna aldırılmaksızın yargılanabilir ve cezalandırılabilirler.

Koruma altındaki milli, etnik, ırki veya dini grupları tespit ederken, Sözleşme bizlere kullanabileceğimiz herhangi bir ölçüt vermesede Sözleşme'nin soykırım ile ilgili hükümlerin uygulayan ulusal ve uluslararası mahkemeler bu ölçütleri çeşitli davalarda yorumlamışlardır.

Bu ölçütleri 1994 yılında Rwanda'da Hutu ve Tutsi kabileleri arasında meydana gelen ve bir milyona yakın Rwandalı'nın ölümüyle sonuçlanan iç savaşın yol açtığı soykırım zanlılarını yargılamak için kurulan Rwanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (ICTR) en meşhur davası olan *Akayesu* kararında bulabiliriz.¹³ Bu kararın önemi Soykırım Konvansiyonu'nun kabulünden yaklaşık yarım yüzyıl sonra, Sözleşme'nin uygulandığı ilk uluslararası mahkeme kararı olmasıdır. Dolayısıyla mahkeme sözleşme hükümlerini kararında uygulayan ve ilk kez yorumlayan mahkeme olmuştur.

Akayesu davasının sanığı olan Jean Paul *Akayesu*, Rwanda'da da bir bölgenin sorumlu kamu idarecisiydi ve haliyle de bölgesindeki polis ve jandarma kuvvetleri dâhil olmak üzere bütün asayiş kuvvetleri onun emrindeydi.¹⁴ Yönetiminde olduğu bölgede sadece 7 Nisan - 30

¹² Soykırım Sözleşmesi m. 1.

¹³ Prosecutor of ICTR v. *Akayesu*, ICTR, Trial Chamber I, Judgement of 02 September 1998, case no. ICTR-96-4-T. Ayrıca iddianamenin ve kararın tam metni için <http://www.ict.rg/ENGLISH/cases/Akayesu/> (Erişim Tarihi: 14. 01. 2010). *Akayesu* Davası ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Önder, Orhan, *Birleşmiş Milletler Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Bilge Yayınevi, Ankara, 78-81(2006).

¹⁴ Rwanda, her biri birer Vali (Prefect) ile yönetilen 11 Vilayetten (Prefecture) müteşekkili bir ülkedir. Her vilayet ise çeşitli sayılarda Commune (Komün)'e

Haziran 1994 tarihleri arasında 2000'e yakın Tutsi öldürüldü. Savcılık tarafından Akayesu hakkında 15 kere Soykırım, İnsanlığa Karşı Suçlar ve Cenevre Sözleşmelerinin Ortak Üçüncü maddesini ihlalden dava açıldı. Dava neticesinde ICTR tarafından işlediği soykırım suçundan dolayı ömür boyu hapis cezasına çarptırıldı.¹⁵

Akayesu kararında ICTR, Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesinin koruma altına aldığı milli, etnik, ırki veya dini grupları "*Çocukların bir gruptan diğer gruba zorla nakledilmesi*" başlığı altında sırasıyla yorumlamıştır (para. 509-517).

Grupları tek tek ele almaya başlamadan önce bunların ortak nitelikleri yorumlamak için mahkeme heyeti Soykırım Sözleşmesinin hazırlık çalışmalarına (*travaux préparatoires*) atıfta bulunmuştur.

Soykırım Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarında soykırım suçuna karşı korunacak grupların ortak ölçütünü doğuştan gelen *sabit (stable)* yani daimi bir aidiyete haiz olmaları olarak koymuştur.¹⁶ Daha sonra *milli* grup kavramını Uluslararası Adalet Divanı'nın (I.C.J) 1955 tarihli *Nottebohm* kararını da kendisine emsal alarak şu şekilde tanımlamıştır: "*milli (national) grup, haklar ve görevlerin karşılıklılığı ilkesi ile birleştirilmiş ortak bir vatandaşlığa dayalı hukuki bir bağı paylaşan insanlar topluluğudur*".¹⁷ Etnik (ethnic) grup ise, "*üyeleri ortak bir dili veya kültürü paylaşan insan topluluğu*"¹⁸ olarak tanımlanmıştır.

Akayesu kararınının 514. paragrafı ise ırk kavramının geleneksel tanımından yola çıkarak *ırki (racial) grubu*: "*coğrafi bir bölgenin dilsel, kültürel, milli ve dini faktörleriyle ilintisiz olarak sadece kalıtımsal özelliklere dayanan insan topluluğu*" olarak ele almıştır.¹⁹

bölmüştü. Her komün bir as Bourgmestre tarafından yönetilmekteydi. Jean Paul Akayesu ise Taba Komünü'nün Bourgmestre'siydi (*a. g. e.*).

¹⁵ Judgement of 02 October 1998, *Prosecutor of ICTR v. Akayesu* (Akayesu Davası), ICTR, Trial Chamber I, Judgement of 2 September 1998, case no. ICTR-96-4-T. Ayrıca kararın tam metni için: <http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/ak81002e.html> (Erişim Tarihi: 14. 01. 2010).

¹⁶ *A. g. e.*, §511.

¹⁷ *A. g. e.*, §512. Nottebohm Kararı'nın detaylı bir incelemesi için bkz. Jones, Mervyn J., "The Nottebohm Case", *JSTOR The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.5, No: 2, Cambridge University Press, 230-244 (April 1956).

¹⁸ *A. g. e.*, §513.

¹⁹ *A. g. e.*, §514.

Bu bağlamda belirtmeliyiz ki belirli bir gruba ait olma kavramının negatif bir şekilde yorumlanamaz. Bu doğru sonuca Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY), *Stakic* Kararında; “*Soykırım Sözleşmesi’nin son metnini hazırlayan BM Genel Kurulu’nun 6. Komitesi, şu görüşü dillendirerek, lider ülkeler soykırımı sadece belli milli, etnik, ırki ve dini özelliklere haiz olmayan bireylerin yok edilmesi olarak değil, ‘insan grupları’nın yok edilmesi olarak ele almıştır. Belki daha somut olarak ifade etmek gerekirse 6. Komite’nin üyeleri ‘diğer gruplardan ayrılmış yerleşik ve değişmez ölçütler ile belirli grupların soykırımın tanımının içerisinde ‘siyasi grup’ların girmesini istemedi. Durum böyle olunca negatif şekilde tanımlanmış grupların kendine has özelliklere sahip olmadığı için, grupları negatif referansla tanımlamak Soykırım Sözleşmesi’nin hazırlayıcılarının amaçlarına aykırı olacaktır.*”²⁰ şeklinde mantık yürüterek varmıştır. Dolayısıyla, ileride inceleyeceğimiz gibi, özellikle failde soykırım suçunun manevi unsurunun belirlenmesi maksadıyla örneğin “*Sırp olmayanlar*” gibi negatif bir tanımlama değil de “*Bosnalı Müslümanlar*” veya “*Bosnalı Hırvatlar*” şeklindeki tanımlamalar Soykırım Sözleşmesi’nin kapsamına girmektedir.²¹

Soykırım Sözleşmesi’nin koruma altına aldığı son grup olan *dini* (*religious*) grubu da ortak bir dini, mezhebi veya tapınma biçimi paylaşan insan topluluğu olarak yorumladıktan sonra bu sayılan dört grubun ortak özelliklerinin sabit ve daimi (*stable & permanent*) özelliklerinin olduğunu tekrar vurgulamıştır.²²

B. SOYKIRIM SÖZLEŞMESİ’NİN EKSİKLİKLERİ

Bu kadar detaylı olarak hazırlanmış olan Soykırım Sözleşmesi’nin bizce ilk eksikliği sözleşme tarafından koruma altına alınmış olan grup kavramında yatmaktadır. Grupların sadece sabit ve daimi özellikler sahip *milli, etnik, ırki* veya *dini* insan topluluklarına sınırlandırmak ka-

²⁰ Prosecutor v. *Milimir Stakic* Case (*Stakic* Davası), No: IT-97-24-A, Judgement (Appeals Chamber), § 22, ICTY, 22 March 2006. Kararın elektronik hali için bkz. <http://www.icty.org/x/cases/stakic/acjug/en/sta-aj060322e.pdf> (Erişim Tarihi: 30. 02. 2010).

²¹ A. g. e., §19.

²² A. g. e., §.515&516.

naatimizce olukça yanlıştır. Esasen sözleşme bu haliyle tam bir tanımlar labirentidir.

Siyasi, kültürel ve hatta ekonomik grupların da soykırım suçunun mağduru olabileceği açıkken bu gruplara sözleşme de yer verilmemesi sözleşmenin zayıf ve eksik yanlarının başında gelmektedir. Hâlbuki Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü'nde soykırımın siyasal ve başka nedenler ile de işlenebileceği öngörülmüştü (m. 6/c). Bu konuyu *Akayesu* kararında mahkeme heyeti tartışmışsa da netice olarak sözleşmenin lafzına bağlı kalmayı tercih etmişlerdir. Mesela sosyalist bir ihtilal esnasında burjuva sınıfına ve üyelerine karşı işlenecek olan bir yok etme eylemi soykırım suçunu oluşturmayacak mıdır? Veya Şilî'de faşist bir darbeyle iktidara gelmiş olan eski diktatör General Pinochet'in *Akbaba Operasyonu* neticesinde ülkesindeki sosyalist görüş mensuplarını yok etmesi bir soykırım örneği değil midir? Dolayısıyla sözleşmenin 1948'deki halinin günümüz koşullarına ve dünyadaki gelişmelere uymadığı açıktır. Ceza hukukunun *kanunilik* ilkesi gereği yeni durumlara önceden hazırlıklı olabilmek açısından Soykırım Sözleşmesi acilen genişletilerek güncelleştirilmelidir. Böylelikle de siyasi, ekonomik ve kültürel grupları korunma altına alınmalıdır.

Sözleşme'nin ikinci ve belki de en önemli eksikliği soykırım suçunu işleyen kişilerin cezalandırılmalarını sağlayabilecek bir güçte mekanizmanın düzenlenmemiş olmasıdır. Şöyle ki, yargılama yetkisi ile ilgili olarak Sözleşme aşağıda ki hükmü öngörmüştür.

*"Madde 6: Soykırım veya 3ncü madde de sayılmış olan diğer fiillerle suçlanan kişiler, suçun işlendiği ülkenin yetkili bir mahkemesince veya Sözleşmecî Yüksek Taraflarca yargılama yetkisi kabul edilecek bir uluslararası ceza mahkemesince yargılanır."*²³

Sözleşme de bu suçların yargılanması ile ilgili bir isteksizlik olduğunu düşündürecek kadar hafif bir içerikle hazırlanmış olan bu madde sorunun çözümünün yanından yıllarca teğet geçilmesini sağlamıştır. Maddenin yetki ile ilgili öngördüğü suçun işlendiği ülkenin ulusal mahkemesinde sanıkların yargılanmasının yapılması, soykırım suçunun genellikle faillerinin suçun işlenme anındaki devlet yöneticile-

²³ Soykırım Sözleşmesi m. 6.

ri olduğu düşünülünce, soykırımı işleyen yöneticilerin başında olduğu bir devlet aygıtında bu kişiler aleyhine dava açılma sürecinin çok zor işleyeceği açıktır. Bu bağlamda Yugoslavya'daki soykırım suçlularının birçoğunun yakalanmamış olması bile, endişelerimizdeki haklılığı ortaya kesin bir şekilde koymaktadır. Ayrıca hukukun genel bir ilkesi olan adil yargılanma hakkı uygulamasının mümkün olmadığı da ortadadır.

Sözleşme'nin bu noktadaki ilk uygulamasının, imza tarihinden yani 1948 yılından tam kırk beş sene sonra Eski Yugoslavya'da işlenen soykırım suçlarını yargılamak için kurulan bir *ad hoc* uluslararası ceza mahkemesi ile somutlaşması, bizlere 6. maddenin nasıl zayıf bir içeriğe sahip olduğunu göstermektedir. 1998'de Roma'da imzalanan Uluslararası Ceza Divanı (UCD) Tüzüğü de Sözleşme'nin asıl amaçlarının gerçekleştirilebilmesi için geç kalmış ama bir o kadar da önemli bir adımdır. Hâlihazırda UCD'nin yetkisini kabul etmeyen tek NATO üyesi ülke olan Türk Devleti'nin de en kısa zamanda bu tüzüğe taraf ve imzacı olması bütün insanlık ailesini yaralayan "Soykırım", "İnsanlığa Karşı Suçlar" gibi suçlarla mücadele de uluslararası toplumun elini güçlendirecek ve Türk Devleti'nin iyi niyetini gösterecek doğru bir hamle olacaktır.²⁴

II. SOYKIRIM SUÇUNUN UNSURLARI

Uluslararası ceza hukukunun konusuna giren uluslararası suçlar milli ceza hukuklarının konusuna giren suçlar gibi unsurları ile incelenirler. Aynen geleneksel ceza yargılamasındaki maddi ve manevi unsur ölçütü uluslararası ceza hukukunun kapsamındaki suçlarda da kullanılır. Uluslararası Ceza Divanı (UCD) Tüzüğü'nün 9. maddesi başlığı altında tüzüğün soykırım (m. 6), İnsanlığa Karşı Suçlar (m. 7) ve Savaş Suç-

²⁴ Türkiye'nin UCD Tüzüğü'ne taraf ve imzacı olması gerekliliği ile ilgili çeşitli eleştirileri ve öneriler için bkz. Feyzioğlu, Metin, "Uluslararası Ceza Mahkemesi", *Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller*, Ankara Barosu Yayınları, 270 vd. (2003). UCD işleyişi ile ilgili olarak ayrıca bkz. Önok, Murat R., *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003; ÖNOK Murat R., "Uluslararası Ceza Divanı'nın Görev Alanı ve Uygulanan Hukuk", *Uluslararası Ceza Divanı*, İstanbul, 2007; Ulusoy, Orçun, *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, Haziran 2008.

ları (m. 8) maddelerinin yorumlanması ve uygulamasında “*Elements of Crimes*” yani suçun unsurlarının UCD yargulamalarında uygulanması gerektiğini öngörmüştür.²⁵ Bunun üzerine 1998 yılında BM Genel Kurulu’nun UCD’nin çalışma mekanizmasını hazırlaması için kurduğu Hazırlık Çalışmaları Komitesi, UCD’nin daha etkin çalışmasını sağlayabilmek için “*Suçların Unsurları*”nı (*Elements of Crimes*) hazırladı.

Peki, soykırım suçunun Uluslararası Ceza Hukuku ve Uluslararası Ceza Divanı merceğinden unsurları nelerdir?

SUÇUN MADDİ UNSURU (ACTUS REUS)

A. GENEL OLARAK ACTUS REUS KAVRAMI

Actus Reus, “yasaklanmış eylem veya davranış” anlamına gelen ve suçun fiziksel elementlerini yani maddi unsurunu tanımlamak amacıyla,²⁶ Anglo-Saxon ceza hukuku geleneğinde kullanılan ve oradan da uluslararası ceza hukuku terminolojisinin bir parçası haline gelen Latince bir terimdir.²⁷ Bilindiği üzere suçların kanuni tanımlarında maddi konu gösterilmiştir ve suçun maddi unsuru nedensellik bağı gibi suçun objektif yapısına etkili bir kavramdır.²⁸

B. SOYKIRIM SUÇU İÇİN ACTUS REUS

Soykırım suçunun maddi unsuru milli, etnik, ırkı veya dini bir gruba aşağıdaki fiillerden birisini işlemektir.

1. Grubun mensuplarını öldürmek;

²⁵ Madde 9, *Rome Statute of the International Criminal Court* (Uluslararası Ceza Divanı Statüsü), (U.N. Doc. A/CONF.183/9*), 17 July 1998. Ayrıca tüzüğün tam metni için: [http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/basicdocumentsrome_statute\(e\).pdf](http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/basicdocumentsrome_statute(e).pdf) (Erişim Tarihi: 16. 01. 2010).

²⁶ “*Black’s Law Dictionary*”, Centennial Edition [1891-1991], Seventh Reprint, Edition, West Publishing Co., Minnesota, 1993, s. 36. Ayrıca bkz. Lexicon, Legal Information Institute, http://www.law.cornell.edu/lexicon/actus_reus.htm (Erişim Tarihi: 15.01.2010).

²⁷ Schubert, Frank A., “*Criminal Law-The Basics*”, Roxbury Publishing, 101 (2004).

²⁸ Erem, Faruk / Danişman, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin, “*Ceza Hukuku-Genel Hükümler*”, Seçkin Yayınevi, 234 (1997).

2. Grup mensuplarına ciddi bedensel veya psikolojik zarar vermek;
3. Grubun hayat şartlarını kasıtlı olarak etkileyerek, maddi varlığının kısmen veya tamamen yok olmasına yol açmak;
4. Grup içinde doğumları önlemek amacıyla önlemler dayatmak;
5. Grubun çocuklarını bir başka gruba zorla nakletmektir.²⁹

Her ne kadar “*mensuplar*” kavramının lafzi yorumu, sayıca birden çok kişiyi akla getiriyorsa da, Suçların Unsurları’nın Soykırım ile ilgili bölümünde bu suçun sadece bir kişiye yönelik olarak işlenebileceğini de görmektedir.³⁰ Bu bağlamda bir gruptan çok sayıda kişiye ciddi bedensel veya psikolojik zarar verilmesi, öldürülmesi vb. eylemlerin işlenmesi mutlaka soykırım suçunun meydana geldiği anlamına gelmektedir. Zira bu eylemlerin işlenmesi esnasında soykırım suçunun oluşması için suç kastının niteliği ehemmiyet kazanmaktadır.

SUÇUN MANEVİ UNSURU (MENS REA)

A. GENEL OLARAK MENS REA KAVRAMI

Mens Rea suçun manevi (subjektif) unsurunu tanımlamak için kullanılan ve suç işleme anında var olması gereken zihni durumu yani cürüm kastını belirten Latince bir terimdir.³¹ Uluslararası Ceza Divanı (UCD) Tüzüğü’nde suçun manevi unsuru yani *mens rea* aşağıdaki şekilde formüle edilmektedir.

“Madde 30: Zihni Unsur

1. Eğer aksi öngörülmemişse, Divanın yetkisi içindeki suçlardan cezai olarak ancak suçun maddi unsurları kasıt ve bilgi ile işlenmişse şahıslar sorumlu ve mesul olacaktır.

²⁹ Soykırım Sözleşmesi m. 2.

³⁰ Madde 6 (a, b, c, d, e), *Elements of Crimes*, 2 November 2000, PCNICC/2000/1/Add.2. Ayrıca tam metin için: http://www.un.org/law/icc/asp/1stsession/report/english/part_ii_b_e.pdf (Erişim Tarihi: 16. 01. 2010).

³¹ *Black’s Law Dictionary*: sf. 985; Legal Information Network, Lexicon, http://www.law.cornell.edu/lexicon/mens_rea.htm (Erişim Tarihi: 16. 01. 2010).

2. Bu maddenin amacıyla ilintili olarak bir şahıs aşağıdaki durumlarda kasıt sahibidir,

a. Bir hareketle ilintili olarak eğer o şahıs hareketle ilintili olmayı isterse;

b. Bir sonuçla ilintili olarak kişi o sonucu isterse veya olayların doğal akışı içerisinde meydana geleceğinin bilincindeyse;

3. Bu maddenin amaçları için, "bilgi" bir durumun var olduğuna veya olayların doğal seyirinde bir sonucun gerçekleşeceğine dair farkında olma durumudur. Metinde geçen "bilmek" ve "bilerek" kavramları buna göre yorumlanacaktır.³²

Maddenin birinci fıkrasında kullanılan kasıt (*intent*) kavramı, bir cürümü işlerken o cürümü işlemenin niyetinde yani tasavvurunda olmak anlamına gelmekteyken; bilgi (*knowledge*) ise eski dildeki kullanımı ile malum yani vukuf olmayı gerektiren bir kavramdır.

Suçların Unsurları' nın giriş bölümünde kasıt ve bilginin konu ile ilgili olguların ve koşulların incelenmesi ile anlaşılacağı öngörülmüştür.³³ Örneğin "kitlesele" soykırımında bir grubun çok sayıda üyesine toplu bir biçimde soykırım suçunun işlenmesi aranırken; "seçici" soykırımında ise ortadan kaldırılmaları halinde grubun o haliyle hayatta kalmasının olumsuz etkileneceği için seçilen daha az sayıdaki kişiye karşı soykırım suçunun işlenmesi gibi unsurlar soykırım kastının değerlendirilmesinde dikkate alınacaktır.³⁴ Yine özel kast sadece belirli bir alanda işlenecek soykırım suçu ile sınırlı olsa dahi soykırım suçunun oluşmasını sağlar.³⁵

Manevi unsurun yani kastın veya bilginin yokluğu veya sakatlanması durumunda haliyle cezasızlık durumu ortaya çıkmaktadır. Bu haller UCD tüzüğünde "Cezai Sorumluluğun Kalktığı Haller" başlığı altında akıl hastalığı veya kusuru, kendi isteği ile meydana gelmemiş olan

³² Uluslararası Ceza Divanı Statüsü m. 30

³³ "Existence of intent and knowledge can be inferred from relevant facts and circumstances", Genel Giriş Bölümü (§.3), *Elements of Crimes*, 2 November 2000, PCNICC/2000/1/Add.2. Ayrıca tam metin için: http://www.un.org/law/icc/asp/1stsession/report/english/part_ii_b_e.pdf.

³⁴ Aslan, Muzaffer Yasin, "Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları", Bilge Yayınevi, Ankara, 116 (2006).

³⁵ A. g. e.

sarhoşluk hali ve ölüm tehdidinden veya devam etmekte olan bir ciddi bedensel zarardan kaynaklanan *zorlama*(icbar) *numerus clauses* olarak sıralanmıştır.³⁶

B. SOYKIRIM SUÇU İÇİN MENS REA

Soykırım manevi unsur açısından uluslararası ceza hukukunun konusuna giren diğer suçlardan farklılık arz eder. Çünkü bu suçun işlenebilmesi için “*genel kast*” (*general intent*) değil “*özel kast*” (*special intent/dolus specialis*) gerekmektedir. Bu özel kast sanığın yargılandığı suçun sonucunu açık olarak istemesi demektir. Soykırım suçu için *dolus specialis* ise “*milli, etnik, ırki veya dini bir grubun, kısmen veya tümüyle, yok etmek kastıdır*”.³⁷ Yani herhangi bir gruba mensup üyelerin öldürülmesi soykırım suçunun oluşması için yeter ve gerek koşul değildir. Şöyle ki soykırım suçunun oluşması için failde, fiili işleme anında öldürme kastından ayrı olarak yukarıda bahsedilen özel kastın da varolması gerekir. Aksi takdirde manevi unsurun oluşmamasında dolayı bu öldürme vakası, soykırım suçuna sebebiyet vermez. *Prosecutor v. Rutaganda* davasında bu hususun altı Rwanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi / International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) tarafından özellikle çizilmiştir.³⁸

Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi / International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)’nin başkanlığını yapmış olan Cassese’ye göre soykırım suçu, “*mağdurun kişisizleştirilmesi*” (*depersonalization of the victim*) amacına yönelik bir suçtur, çünkü mağdur bireysel özelliklerinden dolayı değil de sadece ve sadece bir grubun üyesi olduğu için kurban seçilmektedir.³⁹

³⁶ Uluslararası Ceza Divanı Statüsü . 31.

³⁷ Soykırım Sözleşmesi m. 2(1); bkz. *Prosecutor v. Rutaganda*, Trial Chamber, 59, 60(1999).

³⁸ *The Prosecutor v. Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3-T, Judgement and Sentence, ICTR TC, §59-60, 6 December 1999. Bu konuda ayrıca *The Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgement, §497, ICTR TC, 2 September 1998.

³⁹ Cassese, Antonio, “*International Criminal Law*”, Oxford University Press, 103 (2003). Cassese, Floransa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Hukuk Kürsüsü’nde öğretim üyesidir.

Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Jelisc* kararında özel kastın soykırım suçunun oluşması için gerekliliği çok açık bir şekilde ortaya konmuştur. Ancak, bu özel kastın bilerek ve isteyerek yapıldığı ortaya konulmalıdır. Aksi takdirde savaşta aldığı emri uygulamak zorunda olan emir kulu birçok insanı da çok ağır bir suçlama ile mağdur etme ihtimali de kaçınılmaz olabilir.

Daha iyi açıklamak açısından kısaca *Jelisc* davasının konusundan bahsetmek gerektiğini düşünüyorum. “*Sırp Adolf*” lakaplı sanık Goran Jelisc, 1992 Mayıs'ında Sırp milisleri tarafından Bosnalı Müslümanlarla Hırvatların tutulduğu Luka toplama kampında ve Brcko polis karakolunda yüzlerce kişiyi öldürmek yaralamak suçundan yargılanmıştır.⁴⁰

Yargılama esnasında manevi unsurun yani özel kastın oluşup oluşmadığını ispat bakımından pek çok tanık Jelisc'in her yerde bütün Müslümanlardan nefret ettiğini ve Brcko şehrine Müslümanları öldürmek için geldiğini söylediğini; devamlı olarak çeşitli hakaretlerle aşağıladığı Müslümanları yok etmek istediğini söylediğini; Müslüman kadınlardan da nefret ettiğini ve hepsini kısırlaştırarak Müslüman sayısının artmasını engelleyeceğini söylediğini; her sabah kahvaltıda kahvesini içmeden önce yirmi ila otuz Müslüman öldürmeden güne başlayamadığını söylediğini beyan eden *Jelisc* aleyhine ifadeler vermişlerdir.⁴¹ Ayrıca yargılama esnasında *Jelisc* suçunu itiraf etmiştir. Bütün bunlara ve pek çok delile rağmen mahkeme Jelisc'in psikolojik sorunlu bir kişi olduğu ve her ne kadar açıkça öldürmek için Müslümanları seçse de, Jelisc'in cinayetleri keyfi olarak değil de bir grubu yok etmek kastıyla işlediği savcılık tarafından bütün şüphelerden uzak bir şekilde ortaya konulmadığı nedeniyle Soykırım suçlamasından suçlu bulmamıştır.⁴² Mahkeme Jelisc'in psikolojik sorunlu olduğun dair dayandığı delillerden en ilginç olanı ise Jelisc'in bir tanığa geçiş izni vermek için kendisiyle zorla Rus Ruleti oynatması olayıdır.⁴³

⁴⁰ *The Prosecutor v. Jelisc*, Case (*Jelisc* Davası), No. IT-95-10-T, Judgement, §3, ICTY TC, 14 December 1999.

⁴¹ *A. g. e.*, §102-107.

⁴² *A. g. e.*, §108.

⁴³ *The Prosecutor v. Jelisc*, Case No. IT-95-10-T, Judgement, §106, ICTY TC, 14 December 1999.

Netice olarak Jelisic ICTY tarafından soykırım suçundan değil ama insanlığa karşı suçlar ve savaş hukukunu ihlalden kırk yıl hapse mahkum edilmiştir.⁴⁴

Son olarak öğretide doğru olarak belirtildiği üzere “özel kast” ile “tasarlama” birbirine karıştırılmamalıdır.⁴⁵ Çünkü örneğin bir gruba aidiyet nedeni ile bir kimsenin öldürülmesi suçu muhakkak ki tasarlama olarak işlenmesi gereken bir eylem değildir.⁴⁶ Dolayısıyla soykırım suçunun işlenmesi her hareketin önceden tasarlanması gerekmeyen, ani kast ile de gerçekleştirilebilir.⁴⁷

III. ULUSLARASI ADALET DİVANI MERCEĞİNDEN SOYKIRIM SUÇU

Soykırım suçuyla savaşta Uluslararası Adalet Divanı / International Court of Justice (UAD) kararlarının çok önemli yeri vardır. Çünkü Soykırım Sözleşmesi'nin 9. maddesi, sözleşmenin uygulanmasında ve yorumlanmasında sözleşmeciler arasında doğacak uyuşmazlıklarla ilgili olarak Uluslararası Adalet Divanı'nı (UAD) yetkili kılmıştır.⁴⁸

Uluslararası Adalet Divanı, 1951 yılında vermiş olduğu *Soykırım Sözleşmesi'ne Konulan Çekinceler Üzerine Tavsiye Kararı*'nda soykırım suçunun yasaklanmasının bir *ius cogens* olduğunu belirttikten sonra, Soykırım Sözleşmesi'nin altında yatan ilkelerin, uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan herhangi bir yükümlülük olmasa dahi bütün devletleri bağlayıcı olduğuna dair açık bir karar vermiştir.⁴⁹ Ka-

⁴⁴ A. g. e., §139.

⁴⁵ Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat R., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, 75 (2008).

⁴⁶ A. g. e.

⁴⁷ A. g. e.

⁴⁸ Madde 2(1), Convention on the Prevention and Punishment of Genocide (Genocide Convention), U.N.T.S. (United Nations Treaty Series), No.1021, vol.78(1951), p.277 or New York, 9 December 1948, 78 UNTS 277. Ayrıca Sözleşme'nin tam metni için <http://un.org/law/ilc/texts/treaties.htm> (Erişim Tarihi 18. 01. 2010).

⁴⁹ *Reservations to the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion of 28 May 1951. Ayrıca karar için: <http://www.icj.org/icjwww/idecisions/isummaries/ipccgsummary510528.htm> (Erim Tarihi: 19.01.2010).

rarda ayrıca tamamen insancıl ve medeni amaçlara sahip olan Soykırım Sözleşmesi'nin evrensel bir uygulama alanına sahip olduğu da belirtilmiştir. Yine başka bir kararında UAD, soykırımın yasaklanmasını bütün uluslar arası topluma yönelik ve her devletin korunmasında hukuki menfaatinin bulunduğu bir *erga omnes* yükümlülük olarak nitelendirmiştir.⁵⁰

Pek, ama *ius cogens* normlar ve *erga omnes* yükümlülükler ne demektir? Bütün uluslararası hukuk normlarının eşit değere sahip olduklarını söyleyemeyiz. Çünkü bunlardan bazıları bütün devletleri ve şahısları, bu konuda rızalarının olup olmamasına bakmadan mutlakla bağlayan; bu yüzden de uluslararası hukukun en önemli bölümü olarak kabul edilen *ius cogens* normlardır.⁵¹ *Anlaşmalar Hukuku Üzerine Viyana Sözleşmesi ius cogens'ı* genel uluslararası hukukun buyurucu normu olarak tanımlamaktadır ve bu Sözleşme'nin 53. maddesi genel uluslararası hukukun buyurucu normlarından biriyle çatışan anlaşmaları yok hükmünde saymaktadır.⁵² Aynı maddenin devamında uluslararası hukukun buyurucu bir normu, bir olarak devletlerin oluşturduğu uluslararası toplum tarafından kabul edilen ve tanınan norm olarak tanımlanmıştır.⁵³ Bu öyle bir normdur ki, normdan hiçbir sapmaya veya tadile izin verilemez ve ancak genel uluslararası hukukun aynı özelliğe sahip sonraki bir norm tarafından değiştirilebilir. Buna ek olarak sözleşmede ne zaman genel uluslararası hukukun yeni bir buyurucu normu ortaya çıkarsa, o an bu normla çatışan bütün varolan anlaşmalar yok hükmüne geleceği ve sona ereceği belirtilmiştir.⁵⁴

Obligatio erga omnes ise, uluslararası toplumun bütün üyelerine yönelik yükümlülüklerdir ve dolayısıyla her devlet bağılılık (*correlative*)

⁵⁰ "Case Concerning the Barcelona Traction", Light & Power Company Ltd. (Belgium v. Spain), 5 February 1970, ICJ Reports 1970, § 33, 34.

⁵¹ Than/Shorts, s. 9; Ünal, Şeref, "Uluslararası Hukuk", Yetkin Yayınları, Ankara, 48-50, 61, 295 (2005); Pazarıcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 80 (2007); Sur, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Geliştirilmiş 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 45 (2006).

⁵² Madde 53, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, United Nations Treaty Series, Vol. 1115, p.331. Ayrıca sözleşmenin tam metni için : <http://un.org/law/ilc/texts/treaties.htm> (Erişim Tarihi: 19. 01. 2010).

⁵³ A. g. e.

⁵⁴ A. g. e., m. 64

haklara sahiptir; yani bu yükümlülüklerin ihlali uluslararası toplumun her üyesinin bu yükümlülüklerin gerçekleştirilmesi ve bu ihlalin durdurulmasını eşzamanlı olarak isteme hakkını doğal olarak doğurur.⁵⁵

Ius cogens normlarla *erga omnes* yükümlülükleri bir madeni paranın iki yüzü olarak sembolize eden Cherif Bassiouni'ye göre, *ius cogens* normlardan kaynaklanan yükümlülüklerin yani *erga omnes*'in tam anlamının "herkese yönelik, herkese doğru akan, herkesle ilişki içinde bulunan" olduğundan dolayı; bu yükümlülüklerin soykırım, İnsanlığa karşı suçlar ve savaş suçları gibi uluslararası suçları *ius cogens* normlar seviyesine çıkarttığını söylenmektedir.⁵⁶

UAD'nın önüne gelen Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması (Bosna Hersek Sırbistan ve Montenegro'ya Karşı)⁵⁷ davasında, mahkeme soykırım suçu ile ilgili olarak:

"[...]Soykırım Sözleşmesi'nin, yer yönünden uygulanması ile ilgili olarak doğan problemlerle ilgili olarak, Mahkememiz Sözleşmenin amaç ve hedefini takip ederek, Sözleşme'de hükme bağlanan haklar ve mükellefiyetlerin *erga omnes* haklar ve yükümlülükler olduğu kanaatine varmıştır. Bundan dolayı Mahkeme, her devletin soykırım suçunun önleme ve cezalandırma yükümlülüğününün Soykırım Sözleşmesi tarafından yer yönünden sınırlandırılmadığını da bildirir."⁵⁸ şeklinde karar varmıştır. Bu kararı ile UAD sadece soykırım suçunun uluslararası hukuk açısından konumunu ortaya koyduğu gibi, bu suçu işleyenlere karşı her devletin evrensel yetkiye dayanan yargı uygulaması yapabilmesinin de önünü açmıştır.⁵⁹

⁵⁵ Than/Shorts Edwin, s. 10; Ünal, s. 41, 48, 295, 297; Pazarcı, s. 90.

⁵⁶ Bassiouni, Cherif, "Ius Cogens and Obligatio Erga Omnes", Law & Contemp. Prob., 63-68 (1996). Ayrıca bu makale için bkz. <http://www.sos-attentats.org/publications/bassiouni.jus.cogens.pdf> (Erişim Tarihi: 20. 01. 2010). Aynı makale için bkz. <http://www.jstor.org/pss/1192190> (Erişim Tarihi: 20. 01. 2010).

⁵⁷ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia Montenegro), *International Court of Justice Reports* 1993; Ayrıca karar için: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ibhy/ibhyframe.htm> (Erişim Tarihi: 21. 01. 2010).

⁵⁸ *Case Concerning The Application On The Prevention And The Punishment Of the Crime Of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Judgment On Preliminary Objections of 11 July 1996*, §27-33. Ayrıca karar için: http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ibhy/ibhy_summaries/ibhysummary19960711.html (Erişim Tarihi: 22. 01. 2010).

⁵⁹ Evrensellik ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kocaoğlu, Serhat Sinan, "Ulusla-

IV. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA SOYKIRIM SUÇU

Türk Ceza Kanunu (TCK), ikinci kitabın yani özel hükümlerinin başlatıldığı 76. maddeyi “Soykırım” başlığına ayırmıştır.

“MADDE 76.

1. Bir plânın icrası suretiyle, millî, etnik, ırkî veya dinî bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi amacıyla, bu grupların üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birinin işlenmesi, soykırım suçunu oluşturur:

a. Kasten öldürme.

b. Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme.

c. Grubun, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması.

d. Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması.

e. Gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesi.

2. Soykırım suçu failine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. Ancak, soykırım kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınca gerçek içtima hükümleri uygulanır.

3. Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükm olunur.

4. Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez.”⁶⁰

Madde metninden anlaşılacağı üzere soykırım suçuna teşebbüs, içtima ve iştirak mümkündür.⁶¹ Soykırım suçunun özelliği nedeniy-

rarası Ceza Hukuku ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Perspektifinden Evrensellik İlkesi”, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, s. 67-95.

⁶⁰ Madde 76, Kanun No: 5237, Kabul Tarihi: 26 Eylül 2004, Yayımlandığı Resmi Gazete: 12.10.2004-Sayı: 25611. Ayrıca <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html> (Erişim Tarihi: 23. 01. 2010). Soykırım suçu, Fransız Ceza Kanunu’nun 211. maddesinin birinci fıkrasında; Alman Ceza Kanunu’nun 226. maddesinin a bendinde; Avusturya Ceza Kanunu’nun ise 321. maddesinde düzenlenmiştir (Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu [1/593] [S Sayısı: 664], Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 22. Dönem-2. Yasama Yılı- 119. Birleşim [Olağanüstü] , Cilt 59, sf. 79). Karşılaştırmalı hukukta soykırım suçu ile ilgili olarak Sloven, Alman ve İtalyan uygulamaları için bkz. Değirmenci, s. 69-77.

⁶¹ Suçun özel görünüş biçimleri ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Quigley, John B., “The

le, uluslararası ceza hukuku ve TCK çerçevesinde herhangi bir hukuka uygunluk nedeni imkân dâhilinde değildir.⁶² Ayrıca TCK'da soykırım suçu için herhangi ağırlatıcı veya hafifletici hal düzenlenmemiştir.

Maddenin gerekçesinde, Soykırım Sözleşmesi'ne 23.03.1950 tarihinde, 5630 sayılı Kanun uyarınca çekince koymaksızın onaylayan Türkiye'nin, Soykırım Sözleşmesi'nin 5. maddesinde yer alan soykırım suçu sanıklarına etkin cezaların verilmesini sağlanması ve Sözleşme'nin hükümlerinin yürürlüğe konması amacıyla, sözleşmeciler devletlere yüklenen yükümlülüğü yerine getirmek için soykırım suçuna TCK'da yer verildiği belirtilmektedir.

Her ne kadar soykırım suçunun Türkiye'nin Sözleşme'yi onay tarihinden 55 sene sonra hukuk sistemimize girmesi ironik bir durum olsa da, ceza mevzuatımızın uluslararası ceza hukukunun konusu olan suçlarla geç kalınmış bir şekilde de olsa uyumlaştırılmış olmasını sevindirici bir gelişme olarak karşılıyoruz.

Yukarıda ki açıklamalarımız ışığında da açıkça görülebileceği üzere 5237 sayılı TCK'nın 76. maddesi Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesini birkaç ufak farklılıkla tekrarlamıştır. Bu farklılıklardan başlıcası, Sözleşme de soykırım suçunun tanımında suçun oluşması için fiilin "[...]herhangi bir planın icrası suretiyle[...]" işlenmesi öngörülmemiştir. Ceza kanunu böylelikle soykırım suçunun unsurlarının ancak belli bir plan dâhilinde işlenmesi ile oluşacağını belirlemiş ve suçun uygulama alanını kısıtlamıştır. Öğretide de TCK'nın Soykırım Sözleşmesi'nin "imha kastı" yaklaşımından uzaklaşıp "bir planın icrası"nın gerekliliğinin öngörülmesinin maddenin uygulama alanını daraltıcı bir etki doğuracağı kabul edilmektedir.⁶³

Genocide Convention: An International Law Analysis", International and Comparative Criminal Justice, Ashgate Publishing, Ltd., Hampshire, United Kingdom, 160 (2006); Schabas, s. 280 vd; Tezcan/Erdem/Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 75-77; Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa R. / Önok, Murat, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 539-542(2009).

⁶² Tezcan/Erdem/Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, s. 535. Bu durumun istisnası, sivilin güvenliği ve öncelikli askeri gerekliliklerden kaynaklanan nedenler ile sivil nüfusun göçe zorlanmasındaki hukuka uygunluk nedenini düzenleyen Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek 1977 tarihli II No.'lu Protokol'ün 17. maddesidir (*id.*).

⁶³ Donay Süheyl / Kaşıkçı, Mahmut, *Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Gerekçeli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yürürlük Kanunu*, İstanbul 2004, s. 108.

V. SONUÇ

Soykırım kavramı çok değil ancak yarım yüzyıl kadar bir süre önce Nazilerin işgal altına aldığı bölgelerde yaptıkları insanlık dışı eylemlerle dünya gündemine girdi. Soykırım'ın, insanlığa karşı suçlardan kategorik olarak ayrılması da yine bu Nazi vahşetinin boyutlarının ayrı bir suç olarak tanımlanması ve böylece hak ettiği şekilde cezalandırılması ihtiyacından doğmuştur.

II. Dünya Savaşı'nın hemen ardından Birleşmiş Milletler nezdinde 1948 yılında toplanan dünya ulusları, Soykırım Sözleşmesi'ni imzalararak soykırım suçunu tanımladılar. Ne yazık ki Soykırım Sözleşmesi yürürlüğe girdikten sonra, sözleşmenin öngördüğü soykırım suçu ile mücadelede mekanizmasının etkisizliği yüzünden uzun bir dönem boyunca etkin bir şekilde kullanılamamıştır.

Soykırım Sözleşmesi'ni 1950 yılında onaylayan Türkiye, bu konuda yarım yüzyılı aşan konuda hemen hiçbir şey yapmamıştır. Dolayısıyla, Türkiye Uluslararası Adalet Divanı'nın 1951 tarihli Soykırım Sözleşmesine Konulan Çekinceler Üzerine Tavsiye Kararı⁶⁴ ile soykırım suçunun "evrensel karaktere" sahip bir uluslararası suç olduğu ve Soykırım Sözleşmesi'nin kapsadığı ilkelerin, uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan herhangi bir yükümlülük olmasa dahi bütün devletleri bağlayıcı olduğuna dair vermiş olduğu açık kararın yasama veya yargı bağlamında ulusal uygulamasına dair etkinliği olmamıştır.

1 Haziran 2005 tarihinde uygulamaya giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bu noktada ulusal mevzuatta önemli bir boşluğu doldurmuştur. Bu kanun ile "Soykırım", "İnsanlığa Karşı Suçlar" vs. gibi uluslararası nitelikte suçlar ulusal mevzuatımızın uygulamaya hazır bir parçası haline gelmiştir.

Ayrıca uluslararası nitelikte suçlarla ve çalışmamızın konusu açısından özellikle de soykırım suçu ile mücadelede ulusal sistemimize yeni giren "Evrensel Yetki" ilkesi ile de, soykırım suçunun hangi ülkede işlenmiş olurlarsa olsun, failin Türkiye Cumhuriyeti Devleti veya ya-

⁶⁴ *Reservations to the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion of 28 May 1951. Ayrıca karar için bkz. <http://www.icjci.org/iccjwww/idecisions/isummaries/ipccgsummary510528.htm> (Erişim Tarihi: 24. 01. 2010).

bancı bir devlet vatandaşı olup olmadığına bakılmaksızın Türk kanunlarına göre muhakeme edileceği hüküm altına almıştır.

Kanaatimizce, icrasıyla bütün insanlık âlemini derinden yaralayan soykırım gibi uluslararası suçlarla bir ülkenin mücadele edebilmek tutkusuyla bu suçları yerel mevzuatının bir parçasını haline getirmesi çok önemli bir adımdır. Uluslararası ceza hukukunun konusuna giren suçlarla savaşabilen bir ülkeyi küresel anlamda prestiji yüksek ve suçluların cezasız kalmayıcı önleyecek etkin bir mekanizmanın kullanılmasının kaçınılmaz olduğu kanaatini taşımaktayız.

KAYNAKLAR

- Akün, Neslihan Verda, "Uluslararası Hukukta ve Türk Hukuku'nda Soykırım (Jenosid) Suçu", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, Yıl 24, S. 1-2, 2004.
- Aslan, Muzaffer Yasin, *Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları*, Bilge Yayınevi, Ankara 2006.
- Bassioni Cherif, "Ius Cogens and Obligatio Erga Omnes", *Law & Contemp. Prob.*, 1996.
- Black's Law Dictionary*, Centennial Edition [1891-1991], Seventh Reprint, Edition, West Publishing Co., Minnesota 1993.
- Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003.
- Değirmenci, Olgun, "Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (TCK m. 76)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 70, Haziran 2007.
- Donay Süheyl / Kaşıkçı, Mahmut, *Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Gerekçeli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yürürlük Kanunu*, İstanbul 2004.
- Erem, Faruk / Danışman, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 1997.
- Erem, Faruk, *İnsanlığa Karşı Cürümler (Genocide)*, Günay Matbaacılık, Ankara, 5 (1948); Bayraktar, Köksal, "Soykırım Suçu", *Av. Dr. Şükürü Alpaslan Armağanı*, İstanbul Barosu Yayını, Genel Yayın Sıra no: 55, Can Matbaacılık, İstanbul, Mayıs 2007.

- Feyzioğlu Metin, "Uluslararası Ceza Mahkemesi", *Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller*, Ankara Barosu Yayınları, 2003.
- Fry, James D., *Terrorism as a Crime Against Humanity and Genocide: The Backdoor to Universal Jurisdiction*, 7 UCLA J. Int'l L. & For. Aff. 169, 2002.
- Jones, Mervyn J., "The Nottebohm Case", *JSTOR The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 5, No: 2, Cambridge University Press, April 1956.
- Kocaoğlu, Serhat Sinan, "Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Perspektifinden Evrensellik İlkesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, S. 2010/1, s. 67-95.
- Lang, Berel, "The Future of Holokaust", *Legacy Project-Virtual Symposium*. Bu makale için: <http://www.legacy-project.org/symposium/paper.html?ID=4> (Erişim Tarihi: 13. 01. 2010).
- Lemkin Raphael, "Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation-Analyses of Government-Proposals for Redress", *Carnegie Endowment for International Peace*, Washington, D.C, 1944.
- Lexicon, Legal Information Institute, http://www.law.cornell.edu/lexicon/actus_reus.htm (Erişim Tarihi: 15.01.2010).
- Önok, Murat R., *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- Önok, Murat R., "Uluslararası Ceza Divanı'nın Görev Alanı ve Uygulanan Hukuk", *Uluslararası Ceza Divanı*, İstanbul 2007.
- Shaw, Martin, *What is Genocide?*, Polity Press, Cambridge, 2007.
- Schabas, William A., *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2000.
- Schabas, William A., *Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş*, Çev. Gülay Arslan, Cambridge University Press, Uluslar arası Af Örgütü Türkiye Şubesi, İkinci Basım, 2004.
- Schubert, Frank A., *Criminal Law-The Basics*, Roxbury Publishing, 2004.
- Sur, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Geliştirilmiş 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2006.
- Quigley, John B., *The Genocide Convention: An International Law Analysis*, International and Comparative Criminal Justice, Ashgate Publishing, Ltd., Hampshire, United Kingdom, 2006.
- Than, de Claire / Shorts, Edwin, *International Criminal Law and Human Rights*, Sweet and Maxwell Publishing Limited, London 2003.

- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat R., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, 2008.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat R., *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.
- Ulusoy, Orçun, *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara Haziran 2008.
- Ünal, Şeref, *Uluslararası Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- <http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Akayesu/>
(Erişim Tarihi: 14. 01. 2010).
- <http://www.icty.org/x/cases/stakic/acjug/en/sta-aj060322e.pdf>
(Erişim Tarihi: 30. 02. 2010).
- <http://un.org/law/ilc/texts/treaties.htm> (Erişim Tarihi: 13. 01. 2010).
- http://www.un.org/law/icc/asp/1stsession/report/english/part_ii_b_e.pdf (Erişim Tarihi: 16. 01. 2010).

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-1098

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

DOSYA

YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

YIL 1304-1098

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

MÜDAFİLİĞE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME: DEĞİŞEN KANUNLAR, DEĞİŞMEYEN SONUÇ

AN ASSESSMENT OF CRIMINAL LEGAL REPRESENTATION:
LAWS CHANGED, RESULTS REMAINED

Galma JAHİC*

İdil ELVERİŞ**

Özet: Bu makalede, çeşitli kaynaklardan elde edilen istatistikler ışığında İstanbul'da ceza davalarındaki müdafiliğe erişim konusu ele alınmıştır. Elde edilen veriler avukatla temsil oranının düşüklüğünü ve dolayısıyla mevcut müdafilik politikasının etkisizliğini ve CMK'da 2005'te yapılan değişiklikten beri herhangi bir ilerleme olmadığını göstermektedir.

Anahtar Sözcükler: Müdafilik, ceza muhakemesi usulü, sanık, adalet sistemi, adil yargılanma hakkı, baro, haklar, adalet, politika.

Abstract: This paper focuses on accessibility of criminal legal aid in Istanbul by analyzing related statistics from various sources. It is found that representation levels are low indicating ineffectiveness of current legal aid policy and lack of any improvement in relation to 2005 change in the Criminal Procedure Code.

Keywords: Criminal legal aid, criminal procedure, defendant, justice system, fair trial, bar association, rights, justice, policy.

1. Türkiye'de Müdafilik: Tarihçe¹

Türkiye'de müdafilik hizmeti, devletin bu amaçla ilk defa mali kaynak tahsis etmesi ve 1992 yılında bazı davalarda hukuki temsili zo-

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi. gjahic@bilgi.edu.tr

** İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim görevlisi. idile@bilgi.edu.tr

¹ Makalenin hazırlanmasındaki katkıları için Aylin Eti'ye ve Eda Doğan'a teşekkür ederiz.

runlu hale getirmesi ile sadece kağıt üzerinde varolan bir şey olmaktan çıkmıştır. Bu düzenlemenin getirilmesinin başlıca sebebi o dönemde polis şiddeti ve insan hakları ihlalleri ile ilgili yaşanan kaygılardır.² Dolayısıyla o tarihten beri, Türkiye’de şüpheliler ve sanıklar, polis karakolunda veya savcılıkta veya mahkemede ifade verirken veya yargılanırken bir avukat talep etmeleri halinde maddi durumlarına veya haklı olup olmadıklarına bakılmaksızın bir avukatla temsil edilme hakkına sahiptir (“*talebe bağlı müdafilik*”). Kendilerini savunamayacak durumda olan çocuklar ve engelliler (işitme ve konuşma engelli) ve belirli bir süreyi aşan cezası olan suçlar içinse söz konusu aşamalarda avukatla temsil zorunludur (“*zorunlu müdafilik*”). Bir başka deyişle, devlet müdafilik hizmetini sağlarken evrensel bir yaklaşım benimsemiştir. Herkesin devlet tarafından ücreti ödenen bir avukat talep etme hakkı olduğu vurgulanmış ancak bazı gruplar özellikle hedeflenmiştir.

Bu hizmetin sunumu barolara delege edilerek, barolara bünyelerinde müdafilik hizmetiyle ilgili birimler oluşturma görevi yüklenmiştir. Bu anlamda bazı barolarda “*merkezler*”, bazılarında ise “*komisyonlar*” kurularak, sistem yürütülmeye çalışılmıştır. Genel olarak, avukatlar bu hizmeti sunmak istediklerinde baroya bildirimde bulunmuş ve oluşturulan görev listelerinde yer alarak kendilerine dosya gönderilmesini beklemişlerdir. Avukatlara yapılan ödemeler, Maliye ve Adalet bakanlıklarınca hazırlanan bir tarife uyarınca yapılmaktadır. Bu tarifeye göre, işin bulunduğu aşamaya (soruşturma veya kovuşturma) veya yargılamanın yapıldığı mahkemeye göre (ağır ceza, asliye veya sulh) farklı meblağların ödenmesi sözkonusudur. Ödemeler bu iş için ayrılan fondan yapılır. Halihazırda Türkiye’de benimsenmiş olan dosya başına avukat atama modeli, bazı ülkelerde rastlanan hizmet sunum modellerinden biri olan avukatların müdafilik hizmeti sunan bağımsız bir kurum tarafından tam gün istihdam edilmeleri veya sözleşmeli olarak bağımsız hizmet sunmaları (özel işler almaya da devam ederek) gibi modellerden farklıdır.³

Müdafilik hizmetine ilişkin düzenlemelerde, 1 Haziran 2005’de

² Elveriş İdil, *Türkiye’de Adli Yardım: Karşılaştırmalı İnceleme ve Politikalar*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s. 41.

³ Uluslararası alanda ne tür adli yardım modelleri bulunduğuna ilişkin daha fazla bilgi için bkz. Elveriş, 2005.

yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ile önemli değişiklikler yapılmıştır. Sözkonusu değişiklikler bu makale bakımından büyük önem taşımaktadır. Her ne kadar yeni CMK'dan önceki dönemde belli sanık kategorileri için avukatla temsil zorunlu ise de, bu kategoriler yeni kanunla oldukça genişletilmiştir. Böylece, engelli ve çocuklara ek olarak, üst sınırı 5 yıl ve daha fazla hapis cezası gerektirecek bir suç işlemiş olan herkesin, bu konudaki rızalarına bakılmaksızın, bir avukatla temsil edilmesi de zorunlu hale getirilmiştir. Diğer yandan, sanığın bir avukat tarafından temsil edilmesi şart olmakla beraber, sanık kendisi de avukat tutabilir. Bu anlamda, bir sanık, zorunlu olarak müdafilik sistemi çerçevesinde atanan bir avukattan yararlanmak zorunda değildir. Başka bir deyişle, zorunlu olan Baro'dan bir müdafii atanması değil, avukatla temsildir.

Ancak yeni CMK'nın yürürlüğe girmesinin üzerinden 18 ay bile geçmeden, 6 Aralık 2006'da zorunlu müdafiliğin kapsamı ve bununla beraber sanıkların zorunlu hukuki temsil hakkı daraltılmıştır. Bunun nedeni zorunlu müdafilikle ilgili düzenlemenin mevcut avukat atama sisteminin kaldırılabilmesinden çok daha ağır bir yük getirdiğinin görülmüş olmasıdır. Gerçekten de getirilen zorunlu müdafilik sisteminin işlemesi için, tahsis edilmiş olanın çok üstünde mali kaynak; avukatların hızla görevlendirilmesini sağlayacak daha etkin ve daha hızlı bir altyapı ve mevcuttan çok daha fazla sayıda avukatın müdafilik çerçevesinde çalışması gerekmektedir. Oysa yeni Ceza Muhakemesi Kanunu yazılırken ve Kanun Haziran 2005'te yürürlüğe girdiğinde bu noktalar dikkate alınmamıştır. Sonuç olarak, tüm bu mali ve yapısal sorunların yarattığı aşırı yük sistemi uygulamada durma noktasına getirmiştir. Bu nedenle getirilen düzenlemeden hızla geri adım atılmıştır. Aralık 2006'da yürürlüğe giren yeni düzenleme uyarınca zorunlu müdafilik, engelliler, çocuklar ve alt sınırı 5 yıl ve daha fazla hapis cezası gerektiren bir suçla suçlanan sanıklar içindir.

Hangi suçların zorunlu müdafilik kapsamına girdiğine ilişkin bir değerlendirme yapmak için, aşağıda Tablo 1'in birinci sütununda seçilmiş bazı suçlar gösterilmiştir. İkinci sütun o suçla ilgili ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler dikkate alınmaksızın, TCK tarafından öngörülen ceza aralığını (alt ve üst sınırı); üçüncü sütun ise suçun zorun-

lu müdafilik çerçevesi içinde yer alıp almadığını göstermektedir.⁴ Bu bağlamda suç için öngörülen cezanın alt sınırı beş yıl veya daha fazla değil ise, suçun zorunlu müdafilik kapsamına girmediği hatırlanmalıdır. Görüleceği üzere, mevcut uygulama taksirle öldürme, cinsel saldırı veya ağır yaralama davaları gibi ağır suçlar için bile bir avukat tarafından temsil edilme zorunluluğu getirmemektedir.

Tablo 1. Farklı Suçlar İçin Öngörülen Cezalar ve Zorunlu Avukatlık Durumu		
Suç	Ceza (alt-üst sınır olarak)	Zorunlu hukuki temsil
Kasten öldürme	Ömür boyu	Evet
İnsan ticareti	8-12	Evet
Göçmen kaçakçılığı	3-8	Hayır
İntihara teşvik	2-5	Hayır
Taksirle öldürme	2-6	Hayır
Kasten yaralama	1-3	Hayır
Organ ticareti	2-5	Hayır
İşkence	3-12	Hayır
Cinsel saldırı	2-7	Hayır
Çocukların cinsel istismarı	3-8	Hayır
Hırsızlık	1-3	Hayır
Elektrik hırsızlığı	2-5	Hayır
Yağma	6-10	Evet
Dolandırıcılık	1-5	Hayır
Uyuşturucu ticareti	5-15	Evet
Zimmet	5-12	Evet

Tablo 2, müdafilik sisteminin zaman içerisinde nasıl değiştiğini göstermektedir. Mevcut durum -kağıt üzerinde- incelendiğinde, maddi durumlarına bakılmaksızın herkesin avukattan yararlanabiliyor olduğu ve çok ağır bazı suçlar için zorunlu müdafilik getirildiği görülmektedir. Bir başka deyişle, Türkiye’de bir sanığın ücretsiz avu-

⁴ Cezanın arttırılmasına veya azaltılmasına neden olacak ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplere burada kolaylık açısından yer verilmemiştir.

kat hizmetinden yararlanmak için yapması gereken tek şey buna dair bir talepte bulunmaktır. Hatta kimi zaman bu gerekli bile değildir (zorunlu olduğu durumlarda). Bu düzenlemenin ışığında, müdafilikle ilgili olarak daha neyin tartışılacağı veya bu tartışmanın ne derece gerekli olduğu sorulabilir.

Tablo 2. Türkiye’de Uygulanmış Müdafilik Modelleri

Dönem	Talebe dayalı	Zorunlu
1992 öncesi	- Engelliler - 15 yaşından küçükler	Mevcut değil ⁵
1992-2005 arası	Herkes için	- Engelliler - 18 yaşından küçükler
1/6/2005 ile 6/12/2006 arası	Herkes için	- Engelliler - Çocuklar - Üst sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlardan dolayı kovuşturma ve soruşturmada özel avukat tutmak istemeyen sanıklar
6/12/2006’dan bugüne	Herkes için	- Engelliler - Çocuklar - Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlardan dolayı kovuşturma ve soruşturmada özel avukat tutmak istemeyen sanıklar

Ancak kağıt üzerine çözülmüş görünse de, hem yapılan araştırmalar hem de yaşananlar müdafilik sisteminin pek de iyi yürümediğini göstermektedir. Elveriş, Jahic ve Kalem’in İstanbul ceza mahkemelelerinde yaptıkları araştırma,⁶ müdafilik sisteminin (mevcut uygulamada

⁵ Eski Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda ilgili madde (1992 öncesi):

Madde 138: Mahkemece müdafî tâyini

Maznun on beş yaşını bitirmemiş olur yahut sağır veya dilsiz veya kendisini müdafaa edemeyecek derecede cismî veya dimaî maluliyeti bulunursa ve müdafîi de yoksa kendisine mahkemece bir müdafî tâyin edilebilir.

⁶ Elveriş, İdil, Jahic, Galma, ve Kalem, Seda, *Mahkemede Tek Başına: İstanbul*

çoğu suç için olduğu üzere), talebe dayalı olarak işlediğinde, hizmetin erişilebilirlik oranlarının çok düşük kaldığını ortaya koymaktadır. Nitekim söz konusu araştırma, ceza davalarındaki sanıkların %3'ten azının ceza adaleti sürecinde müdafilik sistemi çerçevesinde atanan bir avukatın yardımından yararlandığını tespit etmiştir. Aynı araştırma, genel olarak avukatla temsil oranının (özel veya müdafilik çerçevesinde atanmış bir avukatla) %10 civarında olduğunu tespit etmiştir. Yukarıdakilerin ışığında, sanıkların ezici bir çoğunluğunun avukat yardımından yararlanmadan, kendi savunmalarını kendilerinin yaptığı ortaya çıkmaktadır.

Her ne kadar yukarıda değinilen araştırma bulguları 2000 ve 2001 yılında açılmış olan davalardan (CMK'da yukarıda açıklanan değişikliklerden önce) elde edilen verilere dayansa da, yine de mevcut durumdaki gibi büyük çoğunluğu "*talebe dayalı*" işleyen bir müdafilik sisteminde sanıkların avukata erişim açısından tablonun ne olduğunu ortaya koymaktadır. Nitekim yazarlar, avukatla temsilin bu derecede düşük olmasını, sanıkların müdafilik sistemi hakkındaki bilgilerinin azlığı ile açıklamışlardır. Bu açıklama, ceza adaleti sürecinde sanıklara, avukat hakkı da dahil olmak üzere, haklarının hatırlatılmadığına dair araştırma tespitleriyle desteklenmiştir.⁷ CMK'daki değişikliklere rağmen, uygulamadaki sorunların aynen devam ettiği Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu tarafından hazırlanan "*Ceza Mahkemeleri Öneriler Listesi*" isimli raporda da yer almaktadır. Rapor, sanıklar ve mağdurlar dahil tüm tarafların duruşmalarda haklarından genellikle haberdar edilmediklerini belirtmektedir.⁸ Hatta bazı sanıkların zorunlu temsil gerektiren suçlarla itham edilmiş olmalarına rağmen, avukatları olmaksızın mahkeme önünde sorgulandıkları bizzat Bakanlık müfettişleri tarafından gözlenmiştir.⁹

Tüm bunlar yasadaki değişikliklerin beklenen sonuçları vermediğini ve ceza adaleti sürecinde sanıkların avukatla temsil edilebilme-

Mahkemeleri'nde Müdafiliğin Erişilebilirliği ve Etkisi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2007.

⁷ Elveriş, Jahic ve Kalem, 2007, s. 98.

⁸ Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu, Ceza Mahkemeleri Öneriler Listesi, 2005, Madde No: 77, 88 ve 117. Bkz. <http://www.teftis.adalet.gov.tr/liste/10.html>.

⁹ Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu, 2009, Bkz. Madde No: 117. Bkz. <http://www.teftis.adalet.gov.tr/liste/10.html>.

lerinin sağlanması için daha fazla çaba gösterilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Diğer yandan, Türkiye’de neredeyse her beş kişiden birinin yoksul olduğu gerçeği dikkate alındığında¹⁰ ve sanıkların büyük çoğunluğunu, eğitimi düşük, bu tarz dezavantajlı ve savunmasız grupların oluşturduğu hatırlandığında, sanıklara ücretsiz bir avukatlık hizmeti sunmanın taşıdığı önem daha net anlaşılacaktır. Bu gruptaki sanıkların çoğu kendi imkanlarıyla avukat tutacak maddi güce sahip değildir. Gerçekten araştırmalar da, Türkiye’de kent nüfusunun sadece %18,5’inin avukatlık hizmetinden yararlanmış olduğunu ve avukatlık hizmetinden yararlanmamaya ilişkin temel sebebin hizmetin pahalı bulunması olduğunu göstermektedir.¹¹ Bu bağlamda, sanıkların adalete erişebilmeleri için kullanım kolaylığı olan bir müdafilik sistemi hayati önemdedir.

2. Metodoloji ve Bulgular

Bu makalede Türkiye’de ceza adaleti sürecinde sanıkların müdafilik sisteminden yararlanma oranları verilerle desteklenerek tartışılacaktır. Bu bağlamda, 2006 yılında yapılan değişiklikler nedeniyle sanıkların müdafilik sistemi çerçevesinde avukatla temsil düzeyinin 2005 öncesindeki oranlara indiğini ve bu anlamda 2005’ten beri yapılan tüm kanun ve yönetmelik değişikliklerinin sanıkların avukata erişim oranlarında önemli bir etki yaratmadığını göstereceğiz. Sonuç olarak, müdafilik konusunun “*halledilmiş*” bir mesele olmak yerine, üzerinde hala düşünülmesi ve çalışılması gereken bir sorun olduğunu savunacağız.

Bu amaçla, makalede çeşitli veri kaynakları kullanılmıştır. Öncelikle, İstanbul’da 2005-2007 yılları arasında müdafilik çerçevesinde görevlendirilmiş olan avukat sayısını anlamak için İstanbul Barosu¹² ve

¹⁰ TÜİK tarafından en son 2008 yılına ilişkin olarak yayımlanan verilere göre nüfusun %17,11’i yoksulluk sınırının altında yaşamaktadır bkz. *TÜİK Haber Bülteni*, 2008 Yoksulluk Çalışması Sonuçları.

¹¹ Kalem, Seda, Jahic, Galma ve Elveriş, İdil, *Adalet Barometresi: Vatandaşların Mahkemeler Hakkındaki Görüşleri*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009, s. 19.

¹² Bu raporda sadece İstanbul Barosu verileri kullanılmıştır. Her baro müdafiliğe ilişkin verilerini yayınlamamaktadır. Ayrıca, Elveriş, Jahic ve Kalem (2007) çalışması İstanbul mahkemelerinde gerçekleştirildiğinden, Türkiye’nin geri kalanı

rilerinden faydalanılmıştır.¹³ Daha eski veya daha yakın döneme ait veriler bulunmadığından, inceleme 2005-2007 arasındaki dönem ile sınırlıdır. İkincisi, mahkemelerin mevcut iş yüklerine dair projeksiyon ve tahminler geliştirmek için hem mahkemelerin iş yüküne dair hem de cezaevlerinde bulunan hükümlü ve tutuklu sayısına dair Adalet Bakanlığı istatistikleri kullanılmıştır. Son olarak, daha önce değinilmiş olan Elveriş, Jahic ve Kalem çalışması verileri, müdafilik sisteminden yararlanan sanıkların yüzdesinin benimsenecek farklı temsil modeline göre nasıl değişeceğine dair projeksiyonlar geliştirmek için kullanılmıştır. Sonuçlar, sözkonusu çalışmadaki verilerin, Ceza Muhakemeleleri Kanunu'nda yapılmış olan değişikliğe rağmen hala geçerliliğini koruduğunu göstermektedir. Tüm bunlar aşağıda açıklanacaktır.

İSTANBUL BAROSU VERİLERİ

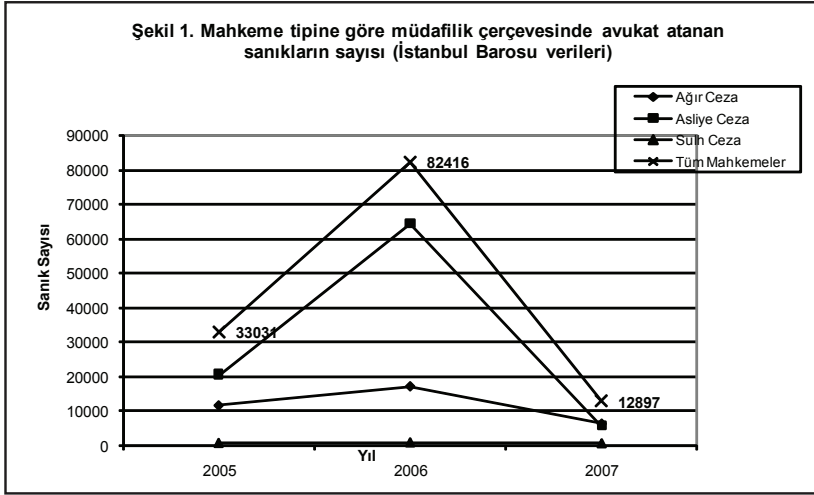
Müdafilik Sistemi Çerçevesinde Kaç Sanığa Müdafii Atanmıştır?

İstanbul Barosu'nun 2005-2007 yıllarında İstanbul ceza mahkemelerinde müdafilik çerçevesinde görevlendirilmiş olan avukatların sayısına ilişkin olarak yayınladığı verilerin¹⁴ özeti aşağıda Şekil 1'de gösterilmiştir.¹⁵ Bu şekilde görevlendirilen avukat sayısındaki değişim net bir şekilde görülmektedir. Sayılardaki dalgalanmanın 2005'te ve Aralık 2006'daki müdafiliğe ilişkin kanun değişikliklerini yansıttığı söylenebilir. Burada 2005 verilerinin hem yasa değişikliği öncesinde (2005 Ocak-Haziran dönemi) hem de yasa değişikliği sonrasında (Ha-

için iyi bir karşılaştırma imkanı sunmamaktadır. Şüphesiz, diğer illerdeki durumun İstanbul'dan çok farklı olma ihtimali var. Ancak İstanbul'daki mahkemelerin Türkiye'deki ceza mahkemelerinin dava yükünün neredeyse %25'ini oluşturduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle, tek başına İstanbul'un sonuçları bile müdafilik hakkında çok şey söylemektedir.

- ¹³ Makale Mayıs 2009'da kaleme alındığından o tarihlerde erişilebilir veriler kullanılmıştır.
- ¹⁴ İstanbul Barosu'nun verileri hem avukat atanmış dosya sayılarını, hem de sanık sayılarını göstermektedir (bir davada birden fazla sanık olabileceğinden). Bu makalede, baronun dava sayılarına ilişkin veriler değil, sanık sayısına ilişkin verileri kullanılmıştır.
- ¹⁵ Diğer istatistikler ve kovuşturma aşamasında gerçekleşen görevlendirmelere dair veriler için bkz. <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Document.asp?Konu=308&DocumentIndex=cmuk/faaliyet1.htm>.

ziran 2005-Aralık 2005) yapılan görevlendirmelere dair olduğunun hatırlanması gerekir. Yasa Aralık 2006'da tekrar değiştiği için, 2007 verileri yeni (ve halen mevcut) uygulamayı büyük ölçüde yansıtmaktadır. Bu anlamda, 2006 verileri 2005 değişikliklerinin görevlendirmele-
rin sayısını nasıl etkilediğini gösterirken, 2007 verileri de Aralık 2006 değişikliklerinin görevlendirmelere olan etkisini ortaya koymaktadır.



Şekilde, yasa değişikliklerinin yarattığı etki açıkça görülmekle birlikte, sonuçlar her mahkeme tipi için farklı olmuştur. 2005 yılı ile karşılaştırıldığında, 2006'da "ağır ceza mahkemesi" için yapılan görevlendirmelerin sayısı neredeyse ikiye katlanırken, "asliye ceza mahkemele-
ri" için bu rakam üç katın üzerinde artış göstermiştir. Elimizde daha önceki yıllara ait veriler bulunsaydı (örneğin 2005 değişiklikleri öncesi 2004 verileri gibi), 2005 yılındaki değişikliklerden sonra yapılan görevlendirme sayısının büyük olasılıkla eskisinin dört katına çıktığını görmek mümkün olabilirdi.¹⁶ Yasada 2006 yılında yapılan değişikliklerin, zorunlu müdafilik kategorilerini önemli ölçüde kısıtladığı ve 2007'deki görevlendirmelerde sert bir düşüş yaşanmasına sebep olduğu verilerden net bir şekilde anlaşılmaktadır. Bu aynı zamanda avukat talep eden sanık sayısının gözle görülür şekilde düşük düzeyde olduğunu göstermektedir.

¹⁶ 2005 verileri yeni yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren altı aylık süreyi de kapsadığından Ceza Muhakemeleri Kanunu'ndaki değişiklikten önceki durumu tam olarak temsil kabiliyetine sahip değildir.

Öngörülen cezalar açısından en hafif suçların yargılandığı “*sulh ceza mahkemeleri*” için yapılan görevlendirmelerin sayısının önemsiz olduğu Şekil 1’den açıkça tespit edilebilir: CMK’da yapılan değişiklikler sulh mahkemelerinde yargılanan sanıklara yapılan avukat atamalarında her hangi bir değişiklik yaratmamıştır (2005, 2006 ve 2007 sayıları birbirine çok yakındır). Bunun sebepleri arasında bu mahkemelerde yargılanan suçların zorunlu müdafilik kapsamına girmemesi ve sanıkların nadiren avukat talep etmesi (genellikle sanıkların bu olanaktan haberleri yoktur) gösterilebilir.

Sanıkların Yüzde Kaçı Müdafilik Sistemi Çerçevesinde Görevlendirilen Avukatlardan Yararlanıyor?

Yasa değişikliklerinin yarattığı gerçek etkiyi anlamak için sadece “*ham*” görevlendirme sayılarına bakmak yeterli değildir. Aynı zamanda avukat görevlendirilen sanıkların oranına¹⁷ da bakmak gerekir. Bir başka deyişle, farklı mahkeme tiplerinde yargılanan sanıkların yüzde kaçını müdafilikten yararlanmaktadır? Örneğin, “*asliye ceza mahkemeleri*”nin iş yükü, ağır ceza ve sulh ceza mahkemelerine göre daha ağırdır. Bu nedenle, asliye ceza mahkemelerinde avukat görevlendirilen sanıkların ham sayısındaki artış fazla olsa bile, bunun ne dedecece anlamlı bir değişim olduğu ancak yüzdelere çevrildiğinde tespit edilebilir.

2007 yılında müdafiden yararlanan sanıkların yüzdesini hesaplamak için bu makalenin yazıldığı 2009 yılında (baronun en yeni verileri 2007 yılına ait olduğundan), 2007 yılında İstanbul’da farklı mahkeme tiplerinde kovuşturulan sanık sayısına bakmak gerekmektedir. Mahkemelerin il bazlı iş yükü istatistikleri bir kaç sene gecikmeli olarak yayımlandığından, İstanbul mahkemelerinin iş yükü ile ilgili en son veriler 2006 yılına aittir. Ayrıca bu veriler sanık sayısından ziyade işlem yapılan dava sayısını yansıtmaktadır. Yine de, davaların çoğunda tek bir sanık olduğu varsayılarak, bu sayılar iş yükünün daha güncel bir tahminini oluşturmak için kullanılmıştır.¹⁸ Veri bulunmayan durum-

¹⁷ Tüm sanıklardan, avukatı atanmaların yüzdesi.

¹⁸ Bundan dolayı, bu çalışmada sanık sayısında ilişkin tahminler gerçeğinden biraz farklı olabilir, çünkü tahminleri geliştirirken kullanılan taban veriler sanık verileri

larda, elde bulunan istatistikleri kullanarak bir takım tahmin ve projeksiyonlar geliştirmek ve ona göre hesap yapmak gerekiyordu. Aşağıdaki paragraflarda, çok teknik bir konu olsa da, İstanbul ceza mahkemelerindeki işyüküne ilişkin tahminlerin nasıl geliştirildiği ve hesaplandığı anlatılmıştır.

İstanbul Mahkemelerinin 2007'ye Ait İş Yükü Tahminlerinin Geliştirilmesi

İstanbul mahkemelerinin işyükü tahminini geliştirebilmek için iki tür veri kullanılmıştır. Birincisi, 2000-2006 arasındaki İstanbul mahkemelerinin işyükü değişikliklerindeki trend kullanılarak, 2007 yılında bu trendin olası devamı hesaplanmıştır.¹⁹ Hesabın doğruluğunu teyit etmek için ayrıca, 2000-2007 yıllarına ilişkin Türkiye'deki tüm mahkemelerin toplam işyükü ve 2000-2006 arasında İstanbul mahkemelerinin işyükü yüzdesi kullanılmıştır.²⁰ Zaman içerisinde bu oranın (yüzdenin) görece istikrarlı olduğunun tespiti, (Türkiye'deki mahkemelerin toplam yükünün yaklaşık dörtte biri), trend hesabını yaparak çıkardığımız 2007 İstanbul mahkemeleri işyükü tahmininin doğru olabileceğini göstermektedir. Türkiye çapında mahkemelerin iş yükünün bir-iki yılda çok dramatik bir değişiklik göstermeyeceği hatırlanacak

değil, dava verileridir.

¹⁹ 2005'e ilişkin İstanbul tahminin hesaplanması için, 2000-2004 verilerinden lineer trend denklemi tespit edilmiştir, ve 2005 tahminleri bu denklem kullanılarak hesaplanmıştır ($y = - 17757 * x + 54863$). 2007 için de benzer şekilde 2000-2006 arası veriler kullanılarak trend denklemi tespit edilmiştir, ve bu denklem kullanılarak 2007 tahmini hesaplanmıştır ($y = - 23375 * x + 562679$). "x" değeri, 2000 yılı için 1, 2001 için 2, vs. kullanılmıştır.

²⁰ Mahkemelerin iş yüküne ilişkin veriler aşağıdaki kaynaklardan elde edilmiştir:

2000 için: DİE, Adli İstatistikler 2000, Ankara: DİE, 2002;

2001 için: DİE, Adli İstatistikler 2001, Ankara: DİE, 2004;

2002 için: DİE, Adli İstatistikler 2002, Ankara: DİE, 2004;

2003 için: DİE, Adli İstatistikler 2003, Ankara: DİE, 2005;

2004 için: TÜİK, Adli İstatistikler 2004, Ankara: TÜİK, 2006;

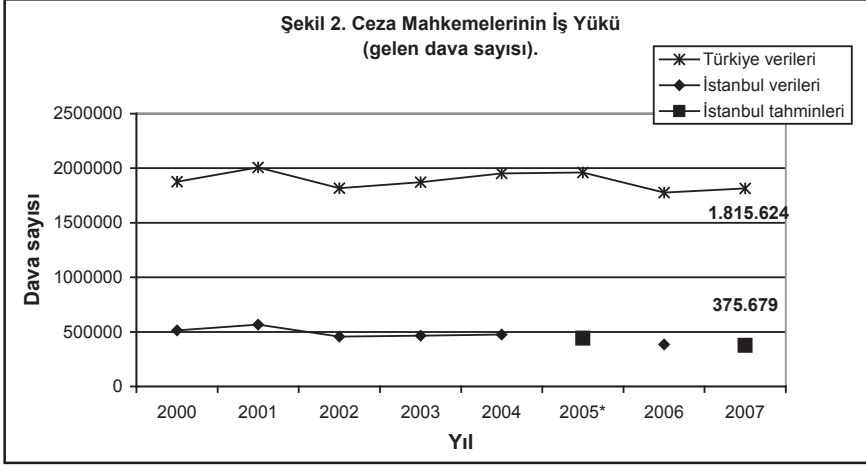
2005 için: TÜİK, Adalet İstatistikleri, Ankara: TÜİK, tarih yok; bakınız

http://www.tuik.gov.tr/VeriBilgi.do?tb_id=1&ust_id=12 ;

2006 için: Adalet Bakanlığı, Adalet İstatistikleri 2006, Ankara: Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2008.

2007 için: TÜİK, Adalet İstatistikleri, Ankara: TÜİK, tarih yok; http://www.tuik.gov.tr/VeriBilgi.do?tb_id=1&ust_id=12

olursa, İstanbul için geçerli olan oranın da fazla değişmediğini ve Şekil 2'deki alt sağ köşede koyu bir kare ile işaretlenmiş olan önerilen tahminin makul doğrulukta olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Şekil 2, bu rakamları (ceza mahkemelerinin İstanbul ve Türkiye bazında iş yüküne dair verileri ve tahminleri) göstermektedir.²¹

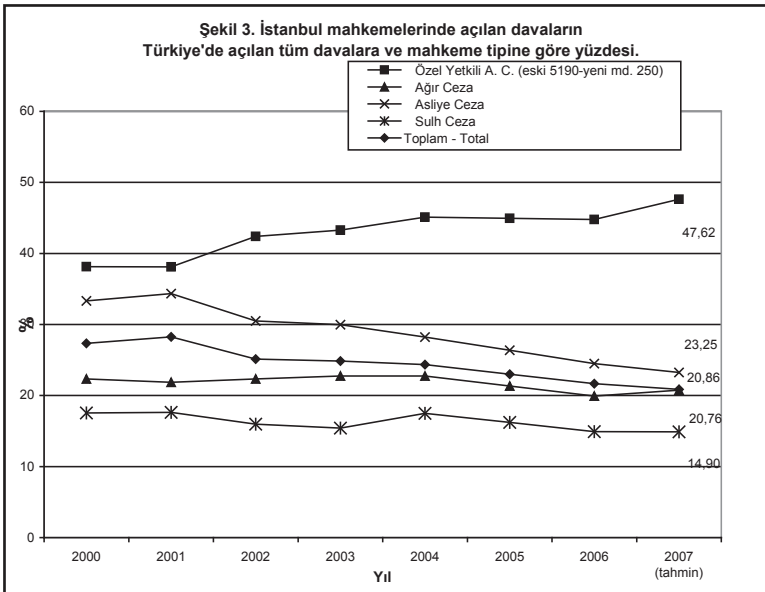


**Elimizde 2005 yılına ilişkin İstanbul verileri bulunmadığı için, kullanılan sayı tahminidir.*

Yukarıdaki şekilden Türkiye'deki ceza mahkemelerinin iş yükünün yaklaşık dörtte birini İstanbul'un oluşturduğunu tespit etmek mümkündür. Fakat şekil, farklı mahkeme tipleri bakımından bu oranın ne olduğunu göstermemektedir (örneğin İstanbul ağır ceza mahkemelerinin Türkiye'deki tüm ağır ceza mahkemelerinin iş yükünün kaçta kaçına baktığını). Bu sayılara ulaşmak için, önceki yıllara dair iş yükü verilerinden yararlanılarak bir takım tahminler ve projeksiyonlar geliştirilmiştir. Bununla amaçlanan, farklı mahkeme tiplerinin iş yükü oranlarını tahminen hesaplayarak, o mahkemelerdeki iş yükü sayılarına ulaşabilmektir.

²¹ Buradaki sayılar ağır ceza, asliye ceza ve sulh cezada görülen davaların tümüne ilişkindir. Çocuk ceza, fiikri ceza ve diğer özel ceza mahkemelerine ilişkin veriler bu sayılara dahil edilmemiştir. Görülen tüm davalar (yeni açılan ve geçmiş yıllardan kalan) hesaba dahil edilmiştir.

Şekil 3²² farklı mahkeme tipleri bakımından iş yükü oranlarındaki değişimi göstermektedir. Aynı zamanda, her mahkeme tipinin yıllar içinde iş yükü oranlarına dair trendi de gözler önüne sermektedir. Bu bağlamda, 2000-2006 verilerinden ortaya çıkan bu trendlerin denklemleri kullanılarak, söz konusu tahmini oranlar hesaplanmıştır. 2007 için bu tahmini oranlar şekilde gösterilmiştir.²³



Sonuç olarak, İstanbul ceza mahkemelerinin 2007 yılındaki tahmini iş yükü oranları aşağıda gösterilmiştir:

- Türkiye'deki ağır ceza mahkemelerinin iş yükünün ortalama yüzde 20,76'sı, İstanbul ağır ceza mahkemelerindedir.

²² Şekildeki veriler şu şekilde okunmalı: 2007'de, Türkiye'de Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nde açılan tüm davalarının %47,62'si İstanbul'daki Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nde açılmıştır.

²³ 2007 tahminlerini hesaplamak için, 2000-2006 verilerinde lineer trend denklemleri kullanılmıştır. Bu denklemler her bir mahkeme tipine göre aşağıdaki gibidir:

- Özel Yetkili Ağır Ceza için: $y = 1,30 * x + 37,19$;
- Ağır Ceza için: $y = - 0,28 * x + 23,04$;
- Asliye Ceza için: $y = - 1,59 * x + 35,98$;
- Sulh Ceza için: $y = - 0,37 * x + 17,85$;
- Toplam için: $y = - 1,02 * x + 28,99$.

"x" değeri için, 2000 yılı için 1, 2001 için 2 vs. kullanılmıştır.

• Türkiye'deki asliye ceza mahkemelerinin iş yükünün ortalama yüzde 23,25'i İstanbul asliye ceza mahkemelerindedir.

• Türkiye'deki sulh ceza mahkemelerinin iş yükünün ortalama yüzde 14,91'i İstanbul sulh ceza mahkemelerindedir.

Bu tahmini oranların, 2007 Türkiye mahkemeleri iş yükü istatistiklerine uygulanması sonucunda, İstanbul mahkemelerinin dosya sayısı açısından hesaplanan tahminleri şu şekildedir:

• İstanbul ağır ceza mahkemelerindeki toplam dosya sayısı yaklaşık 33.841'dir.²⁴

• İstanbul asliye ceza mahkemelerindeki toplam dosya sayısı yaklaşık 256.042'dir.

• İstanbul sulh ceza mahkemelerindeki toplam dosya sayısı yaklaşık 84.795'tir.

Bu tahminlere göre 2007 yılında İstanbul ceza mahkemelerinde yaklaşık 374.678 dava görülmüştür.²⁵ Şekil 4 iş yüküne ilişkin verileri ve 2007 tahminlerini göstermektedir.

Bu veriler yukarıda değinilen İstanbul Barosu verilerini farklı bir şekilde değerlendirmeyi mümkün kılmaktadır. Nitekim Şekil 4'te yer alan 2007 yılına ilişkin tahmini verilerin, 2007 yılı İstanbul Barosu verileriyle karşılaştırılması, Şekil 5'teki resmi ortaya çıkarmaktadır.

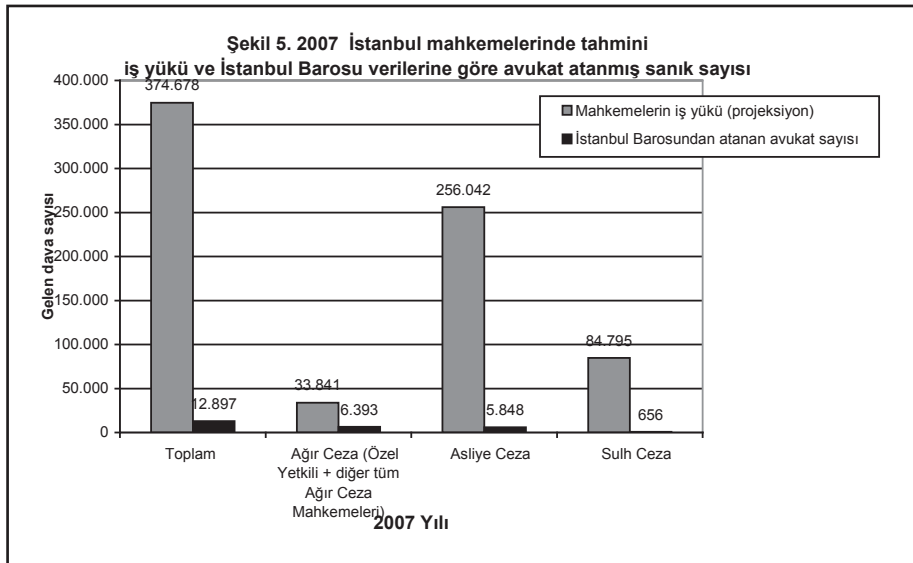
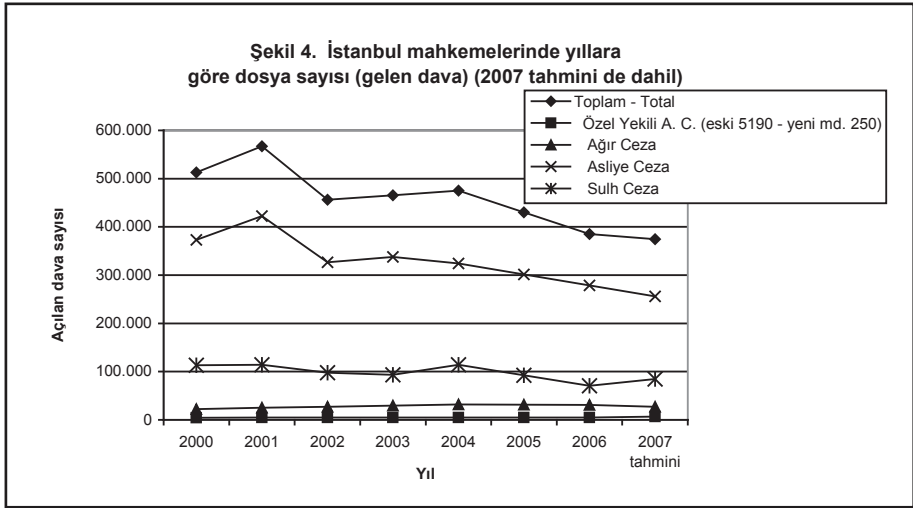
İstanbul Barosu 2007 verilerine göre, ağır ceza mahkemelerinde yargılanan 6.000'den fazla sanık için müdafî görevlendirilmiştir. Oysa ağır ceza mahkemelerinde bunun neredeyse altı katı kadar sanık yargılanmıştır.²⁶

Sorun asliye ceza mahkemelerinde daha da belirgindir. İstanbul Barosu verilerine göre, asliye ceza mahkemelerinde 5.500'e yakın sa-

²⁴ Bu sayıya özel yetkili ağır ceza mahkemeleri verileri de dahildir.

²⁵ Bu tahmin, Şekil 1'de gösterilen ve sadece İstanbul'un toplam iş yükü trendine bakarak hesaplanan tahmine çok yakındır (375.679; iki rakam arasında sadece 1001 fark bulunmaktadır, bir başka deyişle aradaki fark 0,3'ten küçük bir fark). Bu iki yöntemin benzer sonuçlara ulaştığını göstermektedir ve tahmin yöntemlerinin güvenilirliği konusunda bir göstergedir.

²⁶ Yaklaşık 34.000 dosyada en az 30.000 belki de daha fazla sanık olduğu düşünülebilir.



nık için avukat görevlendirilmişti. Oysa söz konusu yılda İstanbul asliye ceza mahkemelerinde 250.000'den fazla dava bulunduğu tahmin edilmektedir. Sanıkların %3'ten azına avukat atanmış olduğu burada açıkça görülmektedir.

Sulh ceza mahkemelerine baktığımızda da durum benzerlik göstermektedir: Yaklaşık 650 sanık için müdafî görevlendirilmiştir oysa

2007 yılında sulh ceza mahkemelerinde 80.000'den fazla dava açıldığı tahmin edilmektedir.

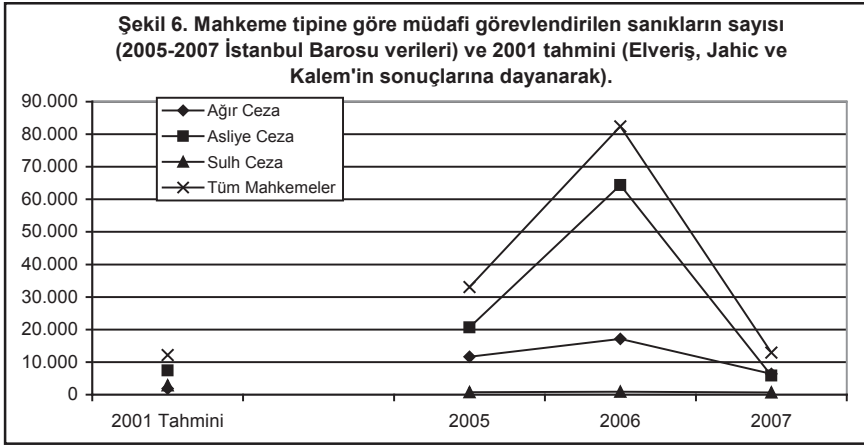
Bu sayılara bakıldığında, müdafilikten yararlananların, ceza mahkemelerinde yargılanan tüm sanıkların çok küçük bir bölümünü oluşturduğunu görmek güç değildir. Söz konusu oran, en iyimser tahminlere göre bile tüm sanıkların %10'unu geçmemektedir. Geri kalan sanıklar arasında, kendi imkânlarıyla avukat tutanlar, müdafiliğin zorunlu olmadığı suçlarda kendi isteğiyle avukatı olmadan yargılananlar ve gayri resmi sosyal ilişkileri kullanarak hukuki yardım alanların da olduğu düşünülebilir. Yine de bu bulguların ortaya koyduğu en temel sonuç, müdafilik sözkonusu olduğunda yasadaki değişikliklerin sanıkların adalete erişiminde hemen hemen hiç etki yaratmadığıdır.

2000-2001 ve 2007 Verilerinin Karşılaştırılması

Bu bölümde İstanbul Barosu verilerinden elde edilen bulguları, Elveriş, Jahic ve Kalem'in yapmış olduğu araştırmayla karşılaştıracacağız. Söz konusu araştırmada, 2000 ile 2001 yılları arasında açılan davalardan oluşturulan bir örnekleme, İstanbul ceza mahkemelerinde müdafiliğin erişilebilirlik düzeyini tespit etmek hedeflenmişti. Araştırmaya göre, ceza adaleti sürecinin yargılama aşamasında²⁷ sulh ceza mahkemelerindeki sanıkların %2,5'i, asliye ceza mahkemelerindeki sanıkların %2'si ve ağır ceza mahkemelerindeki sanıkların %8,2'si bir müdafiyile temsil edilmişlerdir.²⁸ Bu oranlar, 2001 yılına ait İstanbul mahkemeleri iş yükü verilerine uygulanarak, o sene İstanbul ceza mahkemelerinde müdafi görevlendirilen sanıkların yaklaşık sayısı hesaplanabilir. Bu sayılar İstanbul Barosu verilerinde eksik kalan temeli teşkil edebilir: avukat zorunlu olmadığına, görevlendirilen (ve aslında sanık tarafından talep edilen) müdafilerin sayısı. Aşağıda Şekil 6'da, şeklin alt sol köşesinde bu tahminler gösterilirken 2005-2007 yıllarına dair İstanbul Barosu verileri şeklin sağ tarafında yer almaktadır.

²⁷ Genel oran %1.9'dur. Bkz. Elveriş, Jahic ve Kalem, 2007, s. 50, Şekil 6.

²⁸ Elveriş, Jahic ve Kalem, 2007, s. 65, Şekil 9.



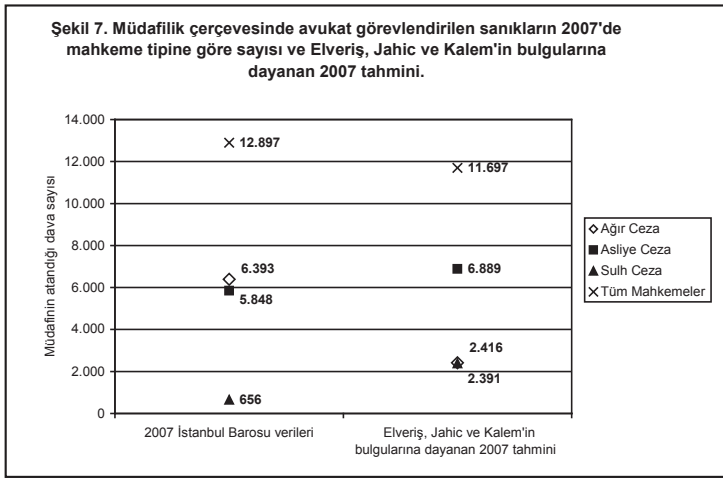
Görüldüğü üzere, 2007'de müdafilik sisteminden yararlanan sanıkların sayısı (2005 değişiklikleri öncesindeki) düzeylere inmiştir. Hatta 2007 sayıları 2001 sayıları ile büyük benzerlik göstermektedir. Bu bulgu şu şekilde açıklanabilir: 2005 yılında Ceza Muhakemesi Kanunu'nda müdafilikle ilgili olarak yapılan ilk değişikliklerin etkisi, 2006 yılında yapılan yasa değişikliğiyle tersine dönmüştür. Dolayısıyla 2006 yılındaki artış dışında, müdafilik sistemindeki erişim oranlarının uzun vadede pek de değişim göstermediği sonucuna varılabilir.

Elveriş, Jahic ve Kalem²⁹ araştırmasındaki sonuçlar, 2000 ve 2001 yılındaki müdafî atama sayılarının hesaplanması için kullanıldığında, ortaya çıkan sayılar İstanbul Barosu'nun 2007 yılına ilişkin yayınladığı gerçek istatistiklere çok benzerdir. Hatta 2001 ve 2007 yıllarında atanan avukat sayısında da büyük bir değişiklik yoktur. İstanbul Barosu 2007 verileri ve Elveriş, Jahic ve Kalem bulgularına dayanan 2007 tahminleri aşağıda Şekil 7'de gösterilmektedir. Elveriş, Jahic ve Kalem bulguları 2000 ve 2001 verilerine dayanmalarına rağmen, bu oranların 2007 İstanbul Barosu gerçek verileri kullanılarak hesaplanan tahminlere yakınlığı,³⁰ müdafilik sistemindeki değişikliklerin avukatla temsil edilen sanık sayısı üzerinde önemli bir etki yaratmadığı açıktır. Bir başka ifadeyle, sanıkların 2007'de İstanbul Barosu tarafından atanan

²⁹ Elveriş, Jahic ve Kalem, 2007, s. 65, Şekil 9.

³⁰ İki veri seti arasında avukatı atanan sayısı farkı şu şekilde: Ağır ceza için 3977, Asliye ceza 1041, Sulh ceza 1735.

bir avukatla temsil durumu, 2000-2001 yıllarındakinden çok da farklı değildir. Burada tek istisna ağır ceza mahkemeleri bakımındandır. 2001’de bu mahkemelerde görülen davalarda sanık engelli veya küçük olmadıkça avukatla temsil zorunlu değilken, 2007’de bu mahkemelerde görülen bir çok suç için müdafilik zorunlu hale gelmiştir. Bundan dolayı da müdafilik sistemi çerçevesinde avukattan yararlanan sanık oranı artmıştır.



Farklı Senaryolarda Avukatla Temsil Tahminleri

Bu makalenin amaçlarından biri de, yargılamanın yapıldığı ceza mahkemesi tipine göre zorunlu müdafiliğe ilişkin yapılacak yasal değişikliklerin, sanıkların avukatla temsil oranları bakımından nasıl bir değişiklik yaratacağına dair projeksiyonlar ortaya koymaktır. Bu amaçla, öncelikle Elveriş, Jahic ve Kalem’in çalışmasındaki bulgular bu projeksiyonlar için esas alınmıştır. Söz konusu bulgular, müdafiliğin her tür suç için sadece talebe bağlı olması halinde durumun ne olduğunu gösterdiğinden, başka hesaplamalar yapmak için iyi bir temel teşkil etmektedir.

Aşağıdaki tablolarda, müdafilik sisteminde benimsenecek (zorunlu veya talebe bağlı) temsil türüne göre üç farklı senaryo ve bu senaryoları temel alan bir takım projeksiyonlar geliştirilmiştir. Bu projeksiyonlar yapılırken 2000-2001’den beri müdafili talep eden sanık sayısında bir değişiklik olmadığı varsayılmıştır. Gerçekten de vatandaşların

müdafî talep oranlarında herhangi bir artış olduğunu düşünmek için hiç bir neden yoktur çünkü son yıllarda vatandaşların konuya ilişkin bilinç düzeyini arttırmaya yönelik geniş ve sistematik bir kamuoyu bilinçlendirme kampanyası düzenlenmemiştir.

Birinci Senaryo

Bu senaryoda yasanın, ağır ceza mahkemelerinde görülen tüm davalar için zorunlu müdafîlik öngörmesi şeklinde değiştirildiği, asliye ve sulh ceza mahkemeleri bakımından ise müdafîliğin sanıkların talebine bağlı olacağı varsayılmaktadır. Bu durumda, 2007 yılında müdafîliğe genel erişim oranının aşağıda Tablo 3'te gösterildiği şekilde, %8 civarında gerçekleşeceği tahmin edilmektedir.

Tablo 3. Birinci Senaryo Uyarınca Müdafî Atanacak Sanıkların Mahkeme Tipine Göre Yüzdesi.				
Ceza Mahkemesi	Ağır	Asliye	Sulh	Tümü
2000 ve 2001'de müdafîsi olan sanık yüzdesi ²	%8,2	%2,0	%2,5	%1,9 ³²
2007'de İstanbul mahkemelerinde görülen davaların tahmini sayısı (daha önceden geliştirilmiş tahminlere dayalı olarak) ³³	33.841	256.042	84.795	374.678
Görevlendirme türü	Hepsi için zorunlu	Hepsi için talebe bağlı ³⁴	Hepsi için talebe bağlı ³⁵	Kombinasyon
Müdafî tarafından temsil edilecek sanıkların tahmini yüzdesi	%100,0	%2,0	%2,5	%8,3 ³⁶

³¹ Elveriş, Jahic ve Kalem, 2007, s. 65, Şekil 9. Takip eden senaryo tablolarında aynı sayılar kullanılmıştır.

³² Elveriş, Jahic ve Kalem, 2007, s. 50, Şekil 6. Takip eden senaryo tablolarında aynı sayılar kullanılmıştır.

³³ Bkz. sayfa 12-13. Takip eden senaryo tablolarında aynı sayılar kullanılmıştır.

³⁴ Her bir mahkeme tipine toplam dava yüküne olan katkı oranı, bu yüzdenin hesaplanmasında ağırlık olarak kullanılmıştır. Bu metot takip eden tüm senaryolarda aynen kullanılmıştır.

Bu senaryo, ağır ceza mahkemeleri bakımından sanıkların avukatla temsil düzeyinde önemli bir değişiklik olsa dahi bunun genel erişim düzeyine etkisinin sınırlı olacağını göstermektedir. Bir başka deyişle, ağır ceza mahkemelerinde temsilin %8'den %100'e çıkması durumunda bile avukatla genel (tüm sanıkların) temsil düzeyindeki artış sadece %6 olacaktır (%1,9'dan, %8,3'e). Bunun nedeni, ağır ceza mahkemelerinin, ceza mahkemelerinin toplam iş yükünün çok az bir kısmını oluşturmasıdır. Bu bağlamda, asliye ve sulh ceza mahkemelerindeki sanıkların çoğunun kendi imkânlarıyla avukat tutmadığı düşünüldüğünde,³⁷ belirlenecek politikanın bu senaryoya dayanması halinde, gerçekten çok yüksek oranda sanığın avukatsız olarak, ağır da olabilen, suçlamalarla karşı karşıya kalmaya devam edeceği ortadadır.

İkinci Senaryo

Bu senaryoda bir önceki senaryo daha detaylandırılmıştır. Şöyle ki, ağır ceza mahkemelerinde tüm sanıklar için zorunlu müdafilik bulunsa dahi, bazı sanıkların kendi imkanlarıyla avukat tutmayı tercih etmesi nedeniyle tüm sanıkların zorunlu müdafilikten yararlanmayacağı gerçeği dikkate alınmıştır. Tablo 4'te yer alan bu tahmin uyarınca, müdafilikten yararlanan tüm sanıkların genel oranı %1,9'dan %5,7'ye çıkacaktır. Bir başka deyişle, böyle bir politika ve kanun değişikliği, genele vurulduğunda avukatla temsilde sadece %4'lük bir artışa neden olacaktır.

³⁵ "Talep üzerine" modeline dair yüzdeler tablonun ilk sütununda gösterildiği üzere Elveriş, Jahic ve Kalem'in (2007) bulgularını esas almaktadır. Takip eden senaryo tablolarında aynı kaynak kullanılmıştır.

³⁶ "Talep üzerine" modeline dair yüzdeler tablonun ilk sütununda gösterildiği üzere Elveriş, Jahic ve Kalem'in (2007) bulgularını esas almaktadır. Takip eden senaryo tablolarında aynı kaynak kullanılmıştır.

³⁷ Elveriş, Jahic ve Kalem verileri sulh ceza mahkemelerindeki sanıkların %1.5'inin ve asliye ceza mahkemelerindeki sanıkların %8.5'inin özel avukatla temsil edildiğini göstermektedir. (Elveriş, Jahic ve Kalem, 2007, s. 65, Şekil 9).

³⁸ Kullanılan sayıların kaynakları için, Tablo 3'e ilişkin dipnotlara bakınız.

Tablo 4. İkinci Senaryo Uyarınca Müdafî Atanacak Sanıkların Mahkeme Tipine Göre Tahmini Yüzdesi³⁸				
Ceza Mahkemesi	Ağır	Asliye	Sulh	Tümü
2000 ve 2001'de müdafisi olan sanık yüzdesi	%8,2	%2,0	%2,5	%1,9
2007'de İstanbul mahkemelerinde görülen davaların tahmini sayısı (daha önceden geliştirilmiş tahminlere dayalı olarak)	33.841	256.042	84.795	374.678
Görevlendirme türü	Sanıkların %40'ının özel avukat tutacağı varsayımıyla hepsi için zorunlu	Hepsi için talebe bağlı	Hepsi için talebe bağlı	Kombinasyon
Müdafî tarafından temsil edilecek sanıkların tahmini yüzdesi	%60,0	%2,0	%2,5	%5,7

Üçüncü Senaryo

En son senaryoda görevlendirme yöntemi ağır ceza ve sulh ceza mahkemeleri bakımından ikinci senaryonun aynısıdır. Ancak, uzun cezaları olan bazı suçların da asliye ceza mahkemelerinde görülmesi nedeniyle, bu davaların bazıları zorunlu müdafilik kategorisine dahil edilmiştir. Böylece tahminler, asliye ceza mahkemelerindeki sanıkların neredeyse %10'unun zorunlu müdafilik olan suçlardan yargılandıkları bir senaryoya dayanmaktadır. Bu tahminleri aşağıda Tablo 5'te görmek mümkündür.

Tablo 5. 3. Senaryo Uyarınca Müdafî Atanacak Sanıkların Mahkeme Tipine Göre Tahmini Yüzdeleri³⁹

Ceza mahkemesi	Ağır	Asliye	Sulh	Tümü
2000 ve 2001'de müdafisi olan sanık yüzdesi	%8,2	%2,0	%2,5	%1,9
2007'de İstanbul mahkemelerinde görülen davaların tahmini sayısı (daha önceden geliştirilmiş tahminlere dayalı olarak)	33.841	256.042	84.795	374.678
Görevlendirme türü	Sanıkların %40'ının özel avukat tutacağı varsayımıyla hepsi için zorunlu	Sanıkların %10'u için zorunlu, kalanı için talebe bağlı	Hepsi için talebe bağlı	Kombinasyon
Müdafî tarafından temsil edilecek sanıkların tahmini yüzdesi	%60	%11,8	%2,5	%12,9

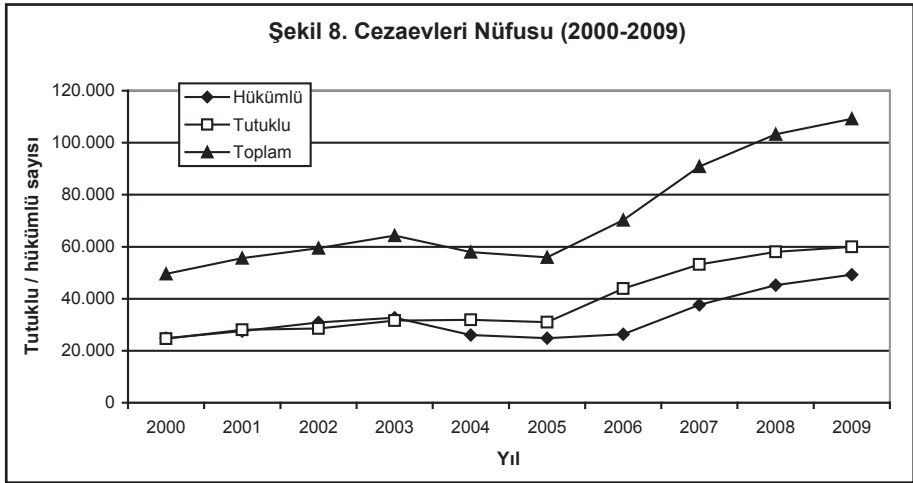
Bu senaryoda genel temsil oranının ilk iki senaryoya göre biraz daha arttığı görülmektedir (genel temsil oranı %1,9'dan, %11'lik bir artışla % 12,9'a çıkmıştır). Bu senaryo, müdafilik sistemi ile sanıkların genel olarak avukatla temsil oranları iyileştirilmek amaçlanıyorsa, daha hafif suçlarla yargılanan sanıklara da erişmenin ne derece önemli olduğunu göstermektedir. Zira mahkemelerde yargılanan sanıkların çoğunluğunu asıl bu sanıklar oluşturmaktadır. Unutulmamalıdır ki; zorunlu müdafilik bu insanlara erişmenin yollarından sadece biridir, tek çaresi değildir. Bunun yerine, vatandaşların müdafilik sistemine ilişkin genel bilinç düzeyinin artırılması, sistemin sanıklar için daha kullanıcı dostu hale getirilmesi ve müdafiliğin hem kalitesinin hem de imajının iyileştirilmesi, sanıkları avukat tutmaya zorlamaktan daha yerinde çözümlerdir. Diğer yandan, üç senaryo arasında en iyim-

³⁹ Kullanılan sayıların kaynakları için, Tablo 3'e ilişkin dipnotlara bakınız.

seri olan bu senaryoda dahi, her on sanıktan ancak birine tekabül eden bir avukatla temsil oranına erişildiği hatırlanmalıdır.

Cezaevi İstatistikleri Ne Gösteriyor?

Son olarak, üzerinde düşünülmesi gereken bir başka konu, son yıllarda Türkiye’de tutuklu yargılananların sayısında görülen ciddi artıştır. Aşağıda Şekil 8’de görüleceği üzere tutuklu yargılanan sanıkların sayısı 2009 yılında hiç olmadığı kadar yükselmiş,⁴⁰ ve son 10 yılda da iki kattan fazla artmıştır.⁴¹



Hem tutuklu yargılanan sanıkların sayısındaki, hem de hükümlülerin sayısındaki artış büyük ölçüde, Türkiye’de inşa edilen yeni hapisanelerin kapasite artışı anlamında büyümesi ile açıklanabilir. Yeni

⁴⁰ Türkiye’de cezaevleri her zaman kapasite aşımı ve aşırı kalabalık sorunu ile karşı karşıya olmuştur. Cezaevlerinin kapasitesindeki artış, kapasitelerinin hızla doldurulmasını beraberinde getirmiştir. Dolayısıyla, bu istatistikler hiç bir şekilde suç oranlarında veya mahkûmiyet oranlarında bir artışı yansıtıyor olarak algılanmamalıdır. Bunlar cezaevlerinin artan kapasitesini yansıtan istatistikler olarak görülmelidir.

⁴¹ İstatistikler Adalet Bakanlığı, Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü’nün web sitesinden alınmıştır, Bkz. http://www.cte.adalet.gov.tr/kaynaklar/istatistikler/yillar/yillar_1.htm .

cezaevlerinin çoğu, büyük (1.000 kişi kapasiteli)⁴² cezaevi kompleksleri olarak, şehir dışında ve ulaşımı güç yerlerde inşa edilmektedir. Bunun sonucunda, müdafilerin çoğu müvekkillerini savunma aşamasında ziyaret edememektedir. Bu ziyaretler, müdafilere yol masrafları için yapılacak ödemelerin neye göre yapılacağına dair netleşmeyen uygulamalar nedeniyle daha da güçleşmektedir.⁴³ Her ne kadar bazı Baroların avukatlar için cezaevlerine servis koyması gibi olumlu uygulamalarından bahsedilebilirse de bunun genel bir uygulama olduğu söylenemez. Bu durumda, avukatların uzak bölgelerde yer alan cezaevlerine yapacakları ziyaretleri ceplerinden karşılamalarının beklendiği düşünülebilir.

Bu basit örnekten de görüleceği üzere, müdafilik sorunu sadece zorunlu müdafilikle ilgili hükümlerde bir takım oynamalar yaparak çözümlenin ötesindedir. Cezaevlerinin konumu dahil olmak üzere bir çok karmaşık unsurun bir arada düşünülmesini ve mutlaka hedefleri belli politikalar üretilmesini gerektirmektedir. Diğer yandan, müdafiliğe erişim oranlarının bu denli düşük olmasının tutuklu sayısındaki artış üzerinde etkili olduğu da düşünülebilir. Gerçekten de, belki etkili bir avukatı olsa birçok kişi tutuklu dahi yargılanmayacaktı. Keza ilk tutuklamayı yapan mahkemede, gerçek bir yargılamadan bahsedilebilecek olsa durum yine farklı olabilirdi. Tutuklu yargılananların sayısındaki artış dikkate alınacak olursa, zorunlu müdafilik çerçevesinde kendilerine bir avukat atanmış olsa bile her yıl daha fazla sanık

⁴² Adalet Bakanlığı, Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü'nün web sitesinde yayınlanmış olan "Ülkemizdeki Yeni Cezaevleri" isimli yazıya göre (Bkz. <http://www.cte.adalet.gov.tr/kurumlar/cik/cik.html>), yeni cezaevlerinin çoğu "L" tipidir. Aynı genel müdürlüğün istatistiklerine bakılırsa, yeni L tipi cezaevlerinin 1.000 kişilik kapasitesi vardır (Adalet Bakanlığı, Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü web sitesinde yer alan tablo bu istatistik için temel teşkil etmiştir, http://www.cte.adalet.gov.tr/kurumlar/cik/cezaevi_liste.xls).

⁴³ Hukuken, avukatlara, Harcırah Kanunu uyarınca mutat kabul edilen taşıta göre zorunlu yol gideri ödenmesi gerekmektedir. Ancak mutat taşıtın ne olduğu konusu tartışmalıdır. Avukatlar bunun içinde taksi ve özel araç da olması gerektiğini savunurken, hükümet sadece otobüsü anlamaktadır. Diğer yandan, acele ve zorunlu hallerde (örneğin otobüs çalışmadığı için gece karakola gidilecekse) taksi veya özel araç kullanılması halinde, mutat dışı araçlarla yapılan zorunlu yol giderinin ödeneceği öngörülmekte ise de, uygulamada bu da sıkıntıya yol açmaktadır. Bunun yanında, yapılan zorunlu yol giderinin belgelenmesinde de birçok kişinin Akbil gibi sistemleri kullanması nedeniyle sorun yaşandığı anlaşılmaktadır.

yeterli hukuki destek alamaz hale geliyor demektir.⁴⁴ Bu durumun, Türkiye'nin en büyük şehri olan İstanbul'da Baro'nun aldığı boykot kararı ile sanıklar açısından daha da kötüleştiği düşünülebilir.

3. Tartışma ve Sonuç

Yukarıdaki bulgular şu şekilde özetlenebilir:

- İstanbul mahkemelerinin genel iş yükü bu çalışmada incelenen yıllar içinde önemli bir değişiklik göstermezken, müdafilik sistemi çerçevesinde atanan avukatların sayılarındaki çıkışlar ve inişler net bir şekilde görülmektedir. Bu durumu, 2005'te bazı suçlar için müdafiliğin zorunlu hale getirilmesi, sonra da 2006'da bu zorunluluğun kapsamının daraltılması ile açıklamak mümkündür.
- Daha önceki araştırmalar, İstanbul Barosu verileri ve adli istatistikler ışığında değerlendirildiğinde, zorunlu müdafiliğin kapsamının daraltılmasının çok yüksek oranda sanığın elinden hukuki destek ve yardımdan faydalanma imkanını almış olduğu açıktır. Kağıt üzerinde tüm sanıkların müdafilik sisteminden (talep ederek) hala yararlanma hakkı olmasına rağmen durum böyledir.⁴⁵
- Bugün, ceza mahkemelerinde sanıkların müdafii ile temsiline dair genel oran, önceki yıllarda ortaya çıkan trendler ışığında, %10 olarak tahmin edilebilir. Sanıkların düşük gelir düzeyi ve bu nedenle kendi imkanlarıyla avukat tutmalarının ola-

⁴⁴ Tutuklu yargılananların yaklaşık %40'ının sadece ilkokul eğitimi aldığı veya 5 yıldan daha kısa bir süre okula gitmiş olduğu gerçeği göz önünde bulundurulursa müdafiliğin neden önemli olduğu daha iyi anlaşılacaktır. (Adalet Bakanlığı, Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü istatistiklerinden alınmıştır, Bkz. http://www.cte.adalet.gov.tr/kaynaklar/istatistikler/yas_cins_ogrenim/ogrenim/ogr_tutuklu.htm)

⁴⁵ Zorunlu müdafiliğin kapsamını daraltan değişiklikler sırasında sanıklara avukat haklarını hatırlatan metin de değiştirilmiştir. Maalesef yeni metin, müdafilik ücretini sanıktan suçlu bulunması halinde tahsil edilecek bir yargılama "gider"ine indirgeyen bir dil benimsemiştir. Bunun da sanıkların kendiliğinden avukat talep etmesini cesaretlendirmekten uzak bir yaklaşım olduğu açıktır. Oysa beklenen, devletin sanıkları haklarını kullanması yönünde desteklemesi olurdu.

naksızlığı dikkate alındığında, bu düşük oran devletin baskın olduğu tek taraflı bir ceza adaleti sürecini beraberinde getirmektedir.

- Buradaki tahmini senaryoların da ortaya koyduğu üzere sanıkların avukatla temsil düzeyinin düşüklüğü sorunu, yalnızca zorunlu müdafilik getirilerek çözülemez.
- Türkiye’de artık hedefleri ve öncelikleri belli bir müdafilik politikası oluşturmanın ve bir birimi bu işle görevli kılmanın zamanı gelmiştir.

Yukarıdakilerin ışığında bu milenyumun başlangıcından bu yana hukuki temsil açısından ceza adaleti sisteminde fazla bir değişiklik olmadığı görülmektedir. Hatta artan tutuklu sayıları düşünüldüğünde durumun eskisinden kötü olduğunu varsaymak hiç de yanlış olmaz. Bu raporda gösterildiği gibi, bazı kategoriler için zorunlu hukuki temsil sağlansa bile, pek çok sanık yine de hukuki temsilden faydalanmamaktadır.

Dolayısıyla Türkiye’de ceza yargılaması, polis, savcı ve hakim bir tarafta yer aldığı ve savunmaya çok az yer bırakan, tek taraflı bir süreç olmaya devam etmektedir. Bu nedenle, Elveriş, Jahic ve Kalem’in araştırmalarına koydukları “Mahkemede Tek Başına” başlığı, halen sanıkların kendilerini buldukları durumu anlatmakta kullanılacak en doğru tasvir gibi görünmektedir.

Bu kasvetli tabloya ek olarak, devletin bu konuyla ilgilenen bir biriminin dahi bulunmaması, muhatapsızlık nedeniyle, konunun devlet katında tartışılmasını da imkansız hale getirmektedir. Dahası, özellikle 2006 değişikliklerinden önce, böyle bir sorun varsa dahi bu sorunun yeni Ceza Muhakemeleri Kanunu içerisinde çözümlenmiş olduğu ileri sürülmüştü. 2006 değişikliklerinden sonra bunu iddia etmek zorlaşmış olsa da, halen devletin müdafilikle ilgili ne tutarlı bir politikası ne de bununla ilgili çalışan bir biriminin olmaması, konunun hala sorun olarak görülmediğinin en açık belirtisidir. Yargı Reformu Stratejisi⁴⁶ Belgesi’nde de konuya ilişkin herhangi bir şey bulmak mümkün değildir.

⁴⁶ Yargı Reformu Stratejisi belgesi için bkz. <http://www.sgb.adalet.gov.tr/yrs.html>.

Yeni bir politika veya strateji geliştirmek yerine, Adalet Bakanlığı 2006 değişikliklerine değin sürmüş olan yoğun avukat ataması nedeniyle yaşanan avukat alacaklarının ödenmesi ve ödeme usullerinin (örneğin savcılıklar aracılığıyla) düzenlenmesi gibi konularla ilgilenmiştir. Sonuçta mali hesapsızlığın faturası adeta sanıklara çıkartılmıştır. Zira 2006'daki değişiklikler, sanıkların avukat istemeye dair cesaretini kırmak için neredeyse her şeyi yapmıştır: Hem hak hatırlatma metni hedef kitle olan eğitimsiz kişilerin anlaması iyice zor bir hale getirilmiştir hem de sözkonusu metin avukat masrafının bir yargılama gideri olarak sanıktan haksız çıkması halinde tahsil edileceği uyarısını içermektedir.

Bugün de müdafilik, Adalet Bakanlığı gündemine avukat ödemelerinde yaşanan gecikmeler ile gelmektedir. Öyle ki, İstanbul Barosu, örneğin, aylardır zorunlu müdafii ataması dahi yapmamaktadır. Adil yargılanma hakkının apaçık ihlali anlamına gelen ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde Türkiye aleyhine sonuçlanacağı net olan bu durumu Bakanlık önemsermiş gibi de görünmemektedir. Oysa avukatla temsilin %10'un altında olduğu bir sistemde dahi bu denli mali mesele yaşanması aslında sistemin kendisinin ne denli sorunlu olduğunun başlı başına bir göstergesi olarak okunmak gerekir. Bakanlık, bu hizmeti daha ucuza daha çok sanığa nasıl verebileceğini düşünmeksizin; hizmet sunumuyla ilgili diğer dünya modellerine bakmaksızın; herhangi bir hedef belirlemeden ve müdafilik hizmetinin ne şekilde verildiğini izlemeye yönelik herhangi bir çaba göstermeden, sadece para ile ilgilenen bir kurum olmamalıdır. Vatandaşların adalete erişim hakkını sağlaması gereken kurum olarak Bakanlık'ın konuyla ilgili politika üretimine aktif ve etkin katılımı gerekmektedir.

Bu rapor, sorunun şimdide değin olduğu üzere sadece zorunlu avukatlığa ilişkin düzenlemeler getirilerek de aşılamayacağını gözler önüne sermektedir. Zorunlu müdafilik en ağır davalarda sanıkların avukatla temsiline sağlamaya yönelik en kestirme yol olarak görülebilir. Ancak zorunlu müdafilik dışında kalan sanıkların adalete erişimini daha iyi hale getirmezsek, hiç avukatı olmadan tutuklanmış veya talep etseydi avukatlı olabileceğinden hiç haberi olmamış sanıklarla karşılaşmaya devam edeceğiz. Burada anlaşılması gereken en önemli nokta, talep üzerine avukat sağlanan sanıklar bakımından avukatla temsilin çok düşük düzeyde kalmasıdır. Bu sorunun birden çok ne-

deni olabilir. Öncelikle avukatla temsil edilebilme hakkının herkesin hakkı olduğu vurgulanmalıdır. Sanıklar bu haktan kendileri için anlaşılır ve basit bir dilde haberdar edilmelidir. Bu sayede özel avukat tutabilecek maddi güce sahip olanların da özel avukat kullanımını artacak, bu da ceza davalarında savunmanın durumunu daha iyi hale getirecektir. Eğer herkes için değil de avukat tutacak maddi güce sahip olmayanlar için bir müdafilik sistemi getirilmek isteniyorsa, o zaman da sanıklara atanacak avukatın kendileri için ücretsiz olarak görevlendirileceği açıkça anlatılmalıdır.⁴⁷ Benzer şekilde, polis, savcılık ve mahkemeler de şüpheli veya sanıklara avukat hakkını onların anlayabileceği açıklıkta bir dilde anlatacak bir eğitimden geçmeli ve sanıkları bu hakkı kullanmaya teşvik etmelidir.

Diğer yandan mevcut sistem iyileştirilmeden, sanıkların avukat hakkından faydalanmak üzere teşvik edilmeleri, 2005-2006 tecrübesinden de anlaşılacağı üzere, sistemin artan taleple başa çıkamamasını beraberinde getirecektir. Bu tecrübe, her davada avukat görevlendirilmesi için barodan talepte bulunulması nedeniyle duruşmalarda çok sayıda ertelemeyi beraberinde getirmiştir çünkü hakimler sanıkların ifadelerini avukat olmaksızın alamamışlardır. Keza dosya başına ödeme yapılmasını gerektiren mevcut sistem, hem pahalı hem de uygulaması zor olup aynı zamanda idari açıdan büyük bir bürokrasi gerektirmektedir. Bu bağlamda daha çok sanığa müdafii sağlamanın mali bir bedeli olduğu da unutulmamalıdır, ancak bu mali kaygılar zorunlu müdafiliği önce keyfi olarak genişletmek daha sonra da daraltmak şeklinde çözülemez. Bunun yerine, tutuklu yargılananlar, sosyo-ekonomik düzeyi düşük olanlar, Türkçe'yi hiç veya iyi konuşmayan sanıklar veya diğer savunmasız gruplar gibi hukuki yardıma en çok ihtiyacı olanlara erişmeye yönelik politikalar geliştirilmeye çalışılmalıdır.

Bu raporda, mevcut hukuki temsil düzeylerinin yargılamanın adil olması için çok düşük olduğu ortaya koyulurken, mevcut sistemde verilen müdafilik hizmetine ilişkin kalite sorunlarının da olduğunu altını çizmek gerekmektedir. Müdafii tarafından temsil ile yargılamada

⁴⁷ Mevcut metin sanıklara bu haklarını bildirirken avukatlık ücretlerinin de yargılama masrafları içinde yer aldığını ve sanığın suçlu bulunması halinde bu masrafların kendisinden talep edilebileceğini hatırlatmaktadır. Gözdağı verir tarzda bir metnin söz konusu hizmetin kullanımını cesaretlendirdiği pek düşünülemez.

elde edilen sonuçlar konusunda yapılan araştırmalarda rahatsız edici korelasyonlar saptamıştır.⁴⁸ Müdafilerin müvekkillerini cezaevlerinde nadiren ziyaret ettiği de hatırlanacak olursa, bunun savunmanın kalitesini düşüreceği görülebilir. Bu noktada hatırlanması gereken devletin vatandaşlarına “öylesine bir avukat” değil, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere, etkili hukuki yardım sağlama yükümlülüğü olduğudur.⁴⁹

Bir süredir, ceza davalarında sunulan müdafilik için gerekli alt-yapının mevcut sisteme dayalı olarak daha fazla sürdürülemeyeceği açıkça anlaşılmaktadır. Bu konuya ilgili politikaların, mevcut sistemin ötesine geçmesi ve eğer gerekiyorsa sistemin değiştirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda bir yandan sistemin etkinliğini sağlarken, bir yandan da hizmete erişilebilirliğin nasıl artırılacağına; en savunmasız gruplar için erişimin nasıl iyileştirileceğine; sağlanan hizmetin kalitesinin nasıl belli bir düzeyde tutulacağına ve hizmetin kontrolüne dair nasıl bir izleme yapılabileceğine dair yeni fikirlere dayanan bir politika için Türkiye çok geç kalmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde en fazla adil yargılanma hakkının ihlalinden dolayı mahkum olan bir ülke için kabul edilemez bir durumdur.

KAYNAKLAR

Adalet Bakanlığı, *Adalet İstatistikleri 2006*, Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Ankara 2008.

Adalet Bakanlığı, *Yargı Reformu Stratejisi*, Adalet Bakanlığı, Ankara 2009; Bkz. <http://www.sgb.adalet.gov.tr/yrs.html>.

Adalet Bakanlığı, *Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, Ceza İnfaz Kurumlarının Yıllara Göre Mevcutları*, Adalet Bakanlığı Ankara (Tarih yok); Bkz: http://www.cte.adalet.gov.tr/kaynaklar/istatistikler/yillar/yillar_1.htm.

Adalet Bakanlığı, *Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, Ülkemizdeki Yeni Cezaevleri*, Adalet Bakanlığı, Ankara 2008; Bkz: <http://www.cte.adalet.gov.tr/kurumlar/cik/cik.html>.

⁴⁸ Elveriş, Jahic ve Kalem, 2007, s. 238-239.

⁴⁹ Artico v. Italy, Başvuru no: 6694/74, AİHM Hüküm Tarihi: 13 Mayıs 1980.

Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu, *Ceza Mahkemeleri Öneriler Listesi 2009*,
Adalet Bakanlığı Ankara 2009.

Artico v. Italy, Başvuru no: 6694/74, AİHM Hüküm tarihi 13 Mayıs
1980.

DİE, *Adli İstatistikler 2000*, DİE, Ankara 2002.

DİE, *Adli İstatistikler 2001*, DİE, Ankara 2004.

DİE, *Adli İstatistikler 2002*, DİE, Ankara 2004.

DİE, *Adli İstatistikler 2003*, DİE, Ankara 2005.

Elveriş, İdil, *Türkiye’de Adli Yardım: Karşılaştırmalı İnceleme ve Politika-
lar*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.

Elveriş, İdil / Jahic, Galma / Kalem, Seda, *Mahkemede Tek Başına: İstan-
bul Mahkemeleri’nde Müdafiliğin Erişilebilirliği ve Etkisi*, İstanbul: İst-
anbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2007.

Elveriş, İdil / Jahic, Galma / Kalem, Seda, *Adalet Barometresi: Vatan-
daşların Mahkemeler Hakkındaki Görüşleri*, İstanbul Bilgi Üniversite-
si Yayınları, İstanbul 2009.

TÜİK, *Adalet İstatistikleri*, Ankara, TÜİK, (Tarih yok);

Bkz: http://www.tuik.gov.tr/VeriBilgi.do?tb_id=1&ust_id=12 ;

TÜİK, *Adalet İstatistikleri*, Ankara, TÜİK, (Tarih yok);

Bkz: http://www.tuik.gov.tr/VeriBilgi.do?tb_id=1&ust_id=12

TÜİK, *Adli İstatistikler 2004*, TÜİK, Ankara 2006.

SIRF ASKERİ SUÇLAR VE CEZA HUKUKUNDAKİ SONUÇLARI*

SOLE MILITARY OFFENSES AND THEIR EFFECT IN CRIMINAL LAW

M. Yasin ASLAN*

Özet: Genel suçlar, ülkesinde yaşayan devlete karşı, bir ferdin yerine getirmekle yükümlü olduğu genel itaat yükümlülüğünün ihlal edilmesini ifade ettiği halde, sırf askeri suçlar sadece askeri hizmet ve görevin yüklemiş olduğu özel itaat zorunluluğuna karşı gelinmesini ifade etmektedir. Sırf askeri suçları, genel suçlardan ayırt etmeye yarayan ölçütlerden en başta geleni, askeri hizmet ve görevin ihlalidir. Makalede, askeri suçlardan, özellikle kamusal niteliği oldukça ağır basan sırf askeri suçlar incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Sırf askeri suç, askeri suç, ceza hukuku, Askeri Ceza Kanunu, askerlik hizmetinin gerekleri.

Abstract: Ordinary offenses are personal violations of individual criminal responsibility against a state. However, sole military offenses are the violations of special obedience responsibility related to military service. The main difference between sole military crimes and ordinary crimes is the violation of obedience to military orders and duty. This article explains these special military crimes, especially the sole military offenses which are important for public and military service.

Keywords: Sole military offenses, military offenses, criminal law, Military Penal Code, requirements of military service.

-
- * Makalede yayımlanan görüş ve düşünceler tamamen yazarın kişisel görüş ve düşüncelerini yansıtmakta, hiçbir şekilde Türk Silahlı Kuvvetleri'nin görüş ve düşüncelerini yansıtmamaktadır.
 - * Dr., Askeri Hâkim Yarbay, Afganistan ISAF Kabil Bölge Komutanlığı Adli Müşaviri.

Giriş

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, Askeri Ceza Kanunu'nda (AsCK) da değişiklik yapılması gündeme gelmiştir. Bu amaçla yeni bir AsCK Tasarısı hazırlanmış olup, halen yasalaşma sürecinde bulunmaktadır. Tasarıyla getirilen en önemli yeniliklerden birisi, çeşitli kanunlarda geçen, ancak tanımı hiçbir kanunda bulunmayan sırf askerî suçun tanımının yapılmış olmasıdır.¹

AsCK'nın ancak belirli bir durumda bulunan kimseleri ilgilendirmesi ve genel olarak koruduğu hukukî konunun askerî disiplin olması gibi orduya ve millî savunmaya özgü nedenlerle, genel ceza kanununda hiç yer verilmeyen askerliğe özgü bir kısım suçlar ile genel ceza kanununun tanımadığı birtakım ceza ve diğer yaptırımları kapsaması kaçınılmazdır. Ayrıca, yurt savunması sanatını öğrenmek ve yapmak görevine doğrudan doğruya etkisi olan, unsur ve cezalarının tamamı

¹ Tasarı'nın sırf askerî suçu düzenleyen maddesi şu şekildedir:

"Sırf askerî suç

Madde 13 - (1) Sadece asker kişiler tarafından askerî hizmetle ilgili olarak işlenebilen, unsurları ve yaptırımı yalnız bu Kanunda yer alıp Türk Ceza Kanunu ve ceza içeren diğer kanunlarda ne kısmen ne de tamamen suç olarak öngörülmemen ya da unsurlarının tamamı veya bir kısmı Türk Ceza Kanunu ve ceza içeren diğer kanunlarda yer alsa bile askerî itaat ve inkiyadı bozan suçlar arasında yer alan, bu Kanun'un 42, 43, 44, 45, 46, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 63 ve 80 inci maddelerinde belirtilen suçlar sırf askerî suçlardır.

(2) Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silâhlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel hakkında, 211 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 115. maddesinde belirtilen yükümlülüklerinden doğan suçlar hariç olmak üzere bu Kanun'un sırf askerî suçlara ilişkin hükümleri uygulanmaz."

Görüldüğü üzere; Tasarı'nın 42. maddesinde düzenlenen "Fırar, izin tecavüzü ve atandığı görev yerine gitmemek," 43. maddesinde düzenlenen "Düşman tarafına veya düşman karşısında kaçmak," 44. maddesinde düzenlenen "Yurt dışına firar," 45. maddesinde düzenlenen "Mehil içinde yakalananlar," 46. maddesinde düzenlenen "Sözleşerek firar," 54. maddesinde düzenlenen "Emre itaatsizlikte ısrar," 55. maddesinde düzenlenen "Büyük zararlar veren itaatsizlik," 56. maddesinde düzenlenen "Toplu asker karşısında veya silâhlı iken amir veya üste saygısızlık," 57. maddesinde düzenlenen "Amir veya üstü tehdit, direnme," 58. maddesinde düzenlenen "Amir veya üste hakaret," 59. maddesinde düzenlenen "Amiri veya üstü öldürme veya fiilen taarruz," 62. maddesinde düzenlenen "Fesat," 63. maddesinde düzenlenen "İsyan," ve 80. maddesinde düzenlenen "Zarar doğmasına neden olacak şekilde nöbet yerini terk etmek, nöbet veya görev talimatına aykırı hareket etmek" suçları ilk defa açıkça sırf askerî suç olarak düzenlenmektedir.

veya bir kısmı TCK'da yer alan "*askerî itaat ve disiplini*" ihlal eden durumlara özgü bazı suçlar ve cezaları yönünden de farklı düzenleme yapılması gerekmektedir.

1632 sayılı AsCK'da sırf askeri suçun tanımı bulunmamakta ise de, gerek bu Kanun'da gerekse diğer kanunlarda bu kavrama yer verildiği görülmektedir. Sözü edilen kavram, Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi yönünden de önem arz etmektedir. Bu Sözleşme'nin 4. maddesine göre "*Genel Ceza Kanununda kısmen veya tamamen suç olarak öngörülmemeyen askeri suçlar dolayısıyla iadenin kapsam dışı olduğu*" belirtilmektedir. Aynı kavrama 5237 sayılı TCK'nın "*suçta tekerrür*" başlıklı 58. maddesinde de yer verilmiş, ancak kavram yine tanımlanmamıştır.²

Makalede, askeri suçlar arasında yer alan ve kamusal niteliği oldukça ağır basan sırf askeri suçlar incelenmiştir. Birinci bölümde sırf askeri suçun ceza hukuku bakımından unsurları ve taşıdığı özellikler ele alınmış, ikinci bölümde ise, bu suçların ceza hukukundaki sonuçları anlatılmıştır. Sonuç bölümümüzde ise, incelememizin bir değerlendirmesi yapılmıştır.

I. Askeri Suçların Genel Özellikleri

Ceza, devletin sosyal hayatı etkilemek ve onu değiştirmek için başvurabileceği en etkili araçlardan birisidir. Günümüzde ise, ceza yalnızca toplumun sosyal yönden korunması amacıyla hizmet eden bir vasıta değil, aynı zamanda toplumun gelişmesine hizmet eden bir araç olarak kabul edilmektedir.³

² Sırf askeri suçun tanımı, Prof. Dr. Sahir Erman'ın *Askerî Ceza Hukuku* adlı eserinde ve Askerî Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 20 Haziran 1975 tarih ve 1975/6-4 esas karar sayılı kararında yapılmıştır. Daha sonra Askerî Yargıtay Daireleri Kurulu ve dairelerinin aynı doğrultudaki kararlarıyla bu tanım pekiştirilmeye çalışılmıştır. Sırf askeri suçun tanımı; "sadece asker kişiler tarafından askeri hizmetle ilgili olarak işlenebilen ve bu sıfatı haiz olmayan kimseler tarafından işlenmesi kabil olmayan, unsurları ve yaptırımı yalnız bu Kanun'da yer alıp Türk Ceza Kanunu'nda ve ceza içeren diğer kanunlarda ne kısmen ve ne de tamamen suç olarak öngörülmemeyen ya da unsurlarının tamamı veya bir kısmı Türk Ceza Kanunu ve ceza içeren diğer kanunlarda yer alsa bile Askerî Ceza Kanunu'nun askeri itaat ve inkiyadı bozan suçlar başlığı altında yer alan suçlar sırf askeri suçlardır." şeklinde ortaya çıkmıştır.

³ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku, Savaş Kitabevi*, Ankara 1998, s. 7.

Her suç bireysel, sosyal veya kamusal nitelikteki özel varlık ve menfaatleri ihlal etmek suretiyle, dolaylı da olsa, söz konusu özel varlık ve menfaatlerin sentezini oluşturan ve cezai korunmanın konusunu oluşturan genel menfaati de ihlal etmektedir. Bu menfaat devlete ait olduğu için, her suçta birisi devamlı ve genel nitelik taşıyan, diğeri ise özel nitelik taşıyıp suçtan suça değişebilen iki ayrı pasif süjenin (mağdurun) bulunduğu görülmektedir.⁴ İşte, askeri suçlar, devletin askeri menfaatlerinin ihlaline karşı öngörölmüş bulunan suçlardır. Çünkü askeri hukuk ve dolayısıyla askeri suçlar, devletin hukuk düzeninin bir parçasını oluşturmaktadırlar.

Bilindiği üzere, biçimsel kanunilik ilkesi,⁵ işlediği zamanın kanunu tarafından açıkça suç sayılmayan bir fiili cezalandırma ve yine kanun tarafından açıkça tespit edilmeyen bir ceza ile cezalandırma yasağını ifade etmektedir.⁶ TCK'nın⁷ 2. maddesinde, "*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez*" denilmek suretiyle, bu ilkenin kabul edilmiş olduğu açıkça görülmektedir.

Yeni TCK ile suçların cürüm ve kabahat olarak ayrımına son verilmiştir. Kabahatler 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda ayrıca düzenlenmiştir.⁸ Buna göre, TCK'da düzenlenen fiiller suç, Kabahatler Kanunu'nda düzenlenen fiiller ise kabahattir. Diğer yandan, askeri suçlar dört ana gruba ayrılmaktadır: Buna göre, askeri suçlar; askeri cürümler, askeri kabahatler, disiplin suçları ve disiplin tecavüzlerinden ibarettir.⁹

⁴ A. g. e., s. 51.

⁵ "*nallum crimen, nulla poena sine lege.*"

⁶ Buna karşılık, öze ilişkin kanunilik ilkesi ise, biçimsel kanunilik ilkesinin tersine, kanunda açıkça öngörölmemiş olsa bile, sosyal düzeni tehdit eden eylemlerin suç sayılmalarını ve bu fiillere amaca uygun cezaların verilmesini gerektirmektedir. Her iki ilke hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız; Toroslu, s. 16.

⁷ 12 Ekim 2004 tarih ve 25611 sayılı *Resmi Gazete*.

⁸ 31 Mart 2005 tarih ve 25772 sayılı *Resmi Gazete*.

⁹ Diğer yandan, Askeri Ceza Kanunu Tasarısı'nda askeri kabahatler düzenlenmemekte, askeri cürümler ise askeri suç olarak düzenlenmektedir.

AsCK'nın¹⁰ 1. maddesinin 2. fıkrası, askeri suçları ikiye ayırarak tarif etmektedir. Adı geçen fıkraya göre, "Bu kanunun ağır hapis ve hapis cezaları ile cezalandırdığı suçlar askeri cürümlerdir."¹¹ Yine, aynı hükme göre, "Bu kanunun kısa hapis cezası ile cezalandırdığı suçlar askeri kabahatlerdir". Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Kanunu'nun (DMK)¹² 41. maddesine göre ise, "Bu kanunun oda hapsi veya göz hapsi ile cezalandırdığı eylemler" disiplin suçlarıdır.

Bir askeri suçun varlığı için iki şartın bulunmasına ihtiyaç vardır. Bu şartlardan birincisi, bu suçun cezasının AsCK'da veya DMK'da gösterilmiş olmasıdır. Bir suçun cezası AsCK'da veya DMK'da gösterilmiş değilse, askeri suç söz konusu olamaz. İkinci şart ise, AsCK'da düzenlenen suç hakkında gösterilen cezanın ölüm, ağır hapis veya kısa hapis cezası olması, DMK'da ise oda hapsi ve göz hapsi cezalarının birisinden ibaret bulunmasıdır. Şayet ceza ağır hapis ve hapis ise askeri bir cürümdür. Buna karşılık ceza kısa hapis ise askeri bir kabahat söz konusudur. DMK'nın 41. maddesine göre ise, "Bu kanunun oda hapsi veya göz hapsi ile cezalandırdığı eylemler" disiplin suçlarıdır. DMK'da gösterilen disiplin amirinin cezalandırma yetkisine giren cezanın öngörüldüğü suçlar ise disiplin tecavüzüdür.¹³ Ancak, AsCK'da gösterilen ceza bu dört cezadan birisini içermiyorsa, ortada askeri bir suçun bulunduğu söylenemez.

Askeri suçlar bağlı hareketli suçlar ve serbest hareketli suçlar şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Bağlı hareketli suçlar, kanunun tipik fiilin belirli şekilde veya belirli vasıtalarla işlenmesini öngördüğü suçlardır. Bu suçlarda kanun koyucu, korunan hukuki varlık veya menfaati ihlal edebilecek çeşitli eylemler arasından cezai yönden kovuşturulabilecek nitelikte olanları belirlemiştir.¹⁴ Örneğin, AsCK'nın 136. maddesinde düzenlenen sırf askeri suçlardan birisi olan, mazarratı mucip

¹⁰ 15 Haziran 1930 tarih ve 1520 sayılı *Resmi Gazete*.

¹¹ Ölüm cezası, barış zamanında askeri ceza yargısında da kaldırılmıştır.

¹² 26 Haziran 1964 tarih ve 11738 sayılı *Resmi Gazete*.

¹³ Anayasa Mahkemesi, 27 Aralık 1965 tarih ve E.57-K.65 sayılı kararıyla, askeri disiplin cezalarından olan katıksız hapis cezasının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiş bulunmaktadır. Ancak, katıksız hapis cezası mevzuattan çıkarılmıştır.

¹⁴ Toroslu, s. 61-62.

nöbet talimatına aykırı hareket etmek suçunun oluşabilmesi için, zarar doğurucu neticenin nöbet talimatına aykırı davranış sonucunda ortaya çıkması gerekmektedir.

II. Sırf Askeri Suçların Unsurları

AsCK'nın 1. maddesi, TCK'nın genel hükümlerinin aksi yazılı olmadıkça, aynen geçerli olduğunu düzenlemiş bulunmaktadır. İnceleme konumuz olan sırf askeri suçlar söz konusu genel hükümlere istisna teşkil eden özellikleri taşımaktadır.

Askeri suçlar da, aynen bütün diğer suçlar gibi, bir takım genel unsurlardan ve unsurların dışında kalan diğer bazı unsurlardan meydana gelmektedirler. Genel unsurlar olarak, kanuni tipe uygunluktan ibaret bulunan kanuni unsur ile tarife uygun ve hukuka aykırı olan fiilin kusurlu bir iradeyle işlenmesi anlamına gelen manevi unsur, askeri suçun da genel ve kurucu unsurlarıdır.¹⁵ Bununla beraber, unsurları ve cezaları AsCK'da gösterilen suçlar ile ceza itibarıyla AsCK'nın TCK'ya atıfta bulunduğu suçların askeri suçlar olduğu, bunların dışında kalan suçların askeri suç sayılamayacağı kabul edilmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi de aynı görüşü benimsemiş bulunmaktadır.¹⁶

Milli savunmayı sağlamak ve korumak, askerlik hizmetinin aksa-
madan yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, yani askeri bir menfaati korumak düşüncesiyle, kabul edilmiş olan kanunlarda yer alan bütün suçlar "*askeri suç*"tur. Bu tanımdan yola çıkıldığında, sadece AsCK'da veya DMK'da yer alan suçlar değil, fakat askeri bir menfaati korumak amacıyla düzenlenmiş olup, diğer kanunlarda öngörülen fiiller de askeri suç niteliği taşımaktadırlar. Şayet ceza sadece askeri suçlara özgü bir ceza olup da, TCK'da öngörülmüş cezalardan birisi değilse, böyle bir cezayı gerektiren suç da askeri suç sayılmaktadır. Örneğin, AsCK'da yer alan kısa hapis cezası ile DMK'da gösterilen oda ve göz hapsi cezaları, askeri suçlara özgü cezalardır ve genel suçlara ait cezalara yer veren TCK'da yer almamaktadırlar.

¹⁵ Fiilin hukuk düzeni tarafından tecviz veya emredilmemiş olması anlamına gelen hukuka ayrılık unsuru ise, suçun unsuru değil, zaten özü anlamına gelmektedir.

¹⁶ Uyuşmazlık mahkemesinin 1 Mart 1993 tarih ve E.33-K. 28 sayılı kararı.

III. Sırf Askeri Suçların Faili

Suç, devletin ülkesinde yaşayanlara yüklemiş olduğu emrin ihlali anlamına geldiğine göre, ceza hukuku anlamında hukuka aykırı bir fiili işleyen kimse suçun faili olarak kabul edilmektedir.¹⁷ Kanunlarda düzenlenmiş bulunan suçların büyük bir bölümü herhangi bir kimse tarafından işlenebilirken, bazı suçlar ancak belirli kimseler tarafından işlenebilmektedirler. Bunun sebebi, kanun koyucunun bazı hallerde suçun varlığı için, failin belirli hukuki veya fiili durumda bulunmasını zorunlu kabul etmesidir. İşte bu tür suçlara “mahsus (özgü) suç” denilmektedir.¹⁸ Ancak, bir suçun mahsus suç mu, yoksa herkes tarafından işlenebilen bir suç mu olduğunu anlayabilmek için, yalnızca kanunun ifadesiyle yetinmek ve bu şekilde, kanunda “her kim” diye başlayan bütün suçları herkes tarafından işlenebilen suç saymak doğru değildir. Zira bir suçun gerçekten herkes tarafından işlenip işlenemeyeceğini tespit edebilmek için, suçun düzenlendiği normun büyük bir dikkatle incelenmesi gerekmektedir.

Ceza kanunlarında yer alan mahsus suçlar incelendiğinde, bunların ancak belirli sıfat veya niteliklere sahip bulunan kimseler tarafından işlenmesi mümkün olup, bunların dışında kalan kişiler tarafından işlenmelerine imkân bulunmayan suçlar olduğu sonucuna varılmaktadır.¹⁹ Askeri suçlarda, hukuki bir nitelik olarak, failin askeri kişi olma sıfatı aranmaktadır. Hatta bazı hallerde, kanun bu nitelik içerisinde dahi bir özelliği öngörmekte ve bir takım askeri suçların herhangi bir asker kişi tarafından değil de “amir”, “üst” veya “ast” sıfatını taşıyan bir askeri kişi tarafından işlenmesini şart koşmaktadır. Örneğin, bakaya kalmak suçu askerlik çağına gelenler için mahsus suçtur.

Bu sebeple, askeri suçları iki kategoriye ayırarak incelemek gerekmektedir: Birinci kategoriye giren askeri suçlar, bir asker kişi tarafından askeri bir hizmet veya görevin ihlali suretiyle işlenip de, asker kişi olma sıfatını taşımayan kimseler tarafından işlenmesi mümkün olmayan ve TCK’da kısmen veya tamamen öngörülme-yen askeri suçlardır. Bunlara “sırf askeri suçlar” adı verilmektedir. İkinci kategori ise, as-

¹⁷ Toroslu, s. 49.

¹⁸ Erman’a göre, bütün askeri suçlar, mahsus suçlardandır. Sahir Erman, *Askeri Ceza Hukuku*, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1982, s. 138.

¹⁹ Örnek olarak bkz. AsCK m. 90, 91, 117.

ker olmayan kimseler tarafından da işlenmesi mümkün olan suçlardır. Ancak, bu tür askeri suçlar askeri bir menfaati korumak amacıyla güden, bütün veya bazı unsurlarıyla TCK'da öngörülen, AsCK ve DMK ile diğer kanunlar tarafından ayrıca belirtilen veya yapılan atıf dolayısıyla, bu kanunların uygulama alanı içine alınan suçlardır. Bunlara da, "askeri suç benzerleri" denilmektedir. Sırf askeri suçun söz konusu olabilmesi için, failin asker kişi olması şarttır.²⁰ AsCK'daki düzenlemeler karşısında, sırf askeri suçlar bakımından askeri müstahdemler, yani sivil personel ve işçiler, amirlerine karşı işleyecekleri suçlar dışında askeri suç faili olamazlar. Askeri lise ve ortaokul öğrencilerinin de bir astın yerine getirmekle yükümlü olduğu yükümlülüklerin ihlal edilmesi suretiyle işlemiş oldukları suçların dışında kalan suçlardan dolayı AsCK'ya tabi bulunmadıkları açıkça görülmektedir. Bu itibarla sırf askeri bir suçun faili bir sivil personel olduğu takdirde, onun tarafından işlenen suç ya askeri bir suç benzeri olabilir ya da genel bir suç sayılması gerekir. Bu gibi sivil kişiler sırf askeri suçu işleyemeyeceklerinden, sırf askeri suç faili olamazlar.

Sonucun gerçekleşmesi kullanılan araçların ve hareketin elverişsiz olmasından veya suçun maddi konusunun bulunmamasından ileri geliyorsa, o takdirde "işlenemez suç"tan söz edilmektedir.²¹ Sadece asker kişiler tarafından işlenmesi mümkün olan, TCK'da kısmen veya tamamen öngörülmeyen ve askeri bir hizmet veya görevin ihlalini ifade eden suçlar ile bu nitelikte olmamakla birlikte, askeri bir menfaati korumak amacıyla güden ve AsCK tarafından yapılan atıf dolayısıyla bu kanunun uygulama alanına giren suçlar, askeri suçlardır. O halde, sırf askeri suçun sivil kişiler tarafından işlenmesi mümkün değildir. Sivil kişiler bakımından işlenemez suç söz konusu olmaktadır. Örneğin, AsCK'nın 66. maddesinde düzenlenmiş bulunan firar suçları sivil kişiler tarafından işlenemez.

²⁰ "Uzatmalı jandarma erati, muvazzaf erat gibi, askerlik mükellefiyetine tabi olduğundan, izin tecavüzü fiilini, yani sırf askeri suçları işleyebilirler." (As. Yrg. 1. D, 25 Eylül 1956, E. 1031-K.3061). "Uzman jandarmalar arasında astlık ve üstlük münasebetleri cari olduğundan, karşılık müessir fiil şeklinde tezahür eden olaylarda, umumi hükümlere değil, AsCK'ya göre uygulama yapılması gerekir." (As. Yrg. Drl. K., 13 Mart 1970, E. 14-K. 10) Turgut Lülecı / Hulusi Özbakan, *Askeri Yargı ile İlgili Kanunlar ve İçtihatlar*, Ankara 1979, s. 358-360.

²¹ A. g. e., s. 174.

IV. Sırf Askeri Suçların Askerlik Hizmetinin İhlalini İfade Etmesi

Sırf askeri suçun bir diğer şartı da, failin fiilinin askeri bir hizmet veya görevin ihlalini ifade etmesidir. Sırf askeri suçların hemen hepsi askeri bir hizmet ve görevi korumak amacıyla kabul edilen hükümlere aykırılık teşkil eden fiillerdir. Bu nedenle, ancak böyle bir hizmet veya göreve tabi olan kişiler tarafından işlenmeleri mümkün olmaktadır.

Görüldüğü üzere, sırf askeri suçları, genel suçlardan ayırt etmeye yarayan ölçütlerden en başta geleni, askeri hizmet ve görevin ihlalidir. Genel suçlar, ülkesinde yaşayan devlete karşı, bir ferdin yerine getirmekle yükümlü olduğu genel itaat yükümlülüğünün ihlal edilmesini ifade ettiği halde, sırf askeri suçlar sadece askeri hizmet ve görevin yüklemiş olduğu özel itaat zorunluluğuna karşı gelinmesini ifade etmektedir. Örneğin, firar, izin tecavüzü, emre itaatsizlik, emre itaatsizlikte ısrar, nöbet yerinin terk edilmesi suçları, tamamen askeri nitelikte olan bir hizmet veya görevin ihlalini ifade etmektedirler.²²

AsCK'nın 12. maddesinde, askerlik hizmeti şu şekilde tarif edilmektedir. *"Bu kanunun tatbikatında hizmet tabirinden maksat, gerek mahlum ve muayyen olan ve gerekse bir amir tarafından emredilen bir askeri vazifenin madun tarafından yapılması halidir"*. Görüldüğü üzere, işlenen suç, böyle bir görevin hiç yapılmamasını, geç yapılmasını, gereken şekil ve yerde yapılmamasını ifade ediyorsa, sırf askeri suç olmak için gereken unsurlardan birisini içermiş olacaktır.

V. Sırf Askeri Suçların Genel Ceza Kanununda Düzenlenmemiş Olması

Sırf askeri suçtan söz edebilmek için, eylemin kısmen veya tamamen başka bir kanunda suç olarak öngörülmemiş olması zorunludur.

²² Erman'a göre, AsCK'nın 79. maddesinde düzenlenen kendisini askerlik hizmetine yaramayacak hale getirmek suçu da sırf askeri suç niteliğini taşımaktadır. Erman, s. 156. Ancak gerek AsCK'nın 192. maddesi ve gerekse Askeri Yargıtay kararları incelendiğinde, bu suçun henüz askerlik yükümlülüğü başlamamış sivil kişiler tarafından da işlenmesi mümkün olduğu için, sırf askeri suç sayılması mümkün olmamaktadır. Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 4 Nisan 1996 tarih ve E. 576-K. 569 sayılı kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır.

Bu şart, İtalyan AsCK'da açıkça yer almıştır. Gerçekten de, İtalyan AsCK'nın 37. maddesi; *"Kurucu unsurları itibariyle genel ceza kanununda yer alan suçlar arasında ne kısmen, ne de tamamen öngörülmuş olmayan suç, sırf askeri suçtur."* demek suretiyle, sırf askeri suçun tanımı yapmıştır.²³ AsCK'da veya diğer askeri kanunlarda yer alan bir suçun kurucu unsurlarının hepsi veya bir kısmı, TCK'da öngörülmişse, bu suç askeri bir suç benzerdir. Aksi halde sırf askeri bir suç söz konusu olmaktadır.

Öyleyse, AsCK'nın 131. maddesinde yazılı askeri eşyayı zimmetine geçirmek, ihtilas yapmak, çalmak, satmak, rehine vermek veya almak suçunun bütün unsurları itibariyle değilse bile, kısmen TCK'daki zimmet, ihtilas, hırsızlık, emniyeti suistimal, eşyayı cürmiyeyi bilerek satın almak suçlarını cezalandıran maddeler tarafından da öngörülmuş olması, yine AsCK'nın 133. maddesinde yazılı bozuk ölçüyü askeri hizmette kullanmak suçunun, TCK'da yazılı ticarete hile ve fesat karıştırmak suçunun bazı unsurlarını taşımakta olması sebebiyle, bu suçlar da askeri suç benzerleri olduğu için sırf askeri suç sayılamazlar. Buna karşılık iffetsiz bir kadınla evlenmek, nikâhsız karı koca gibi yaşamak (AsCK m. 153), askerlikten firar (AsCK m. 66), kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek (AsCK m. 79), bir gemi veya uçağı veya müstahkem mevki düşmana teslim etmek, itaatsizlik (DMK m. 48) ve itaatsizlikte ısrar (AsCK m. 87) gibi fiiller yalnızca asker kişiler tarafından işlenebildiklerinden, TCK'da bu fiillere benzeyen, bu suçların unsurlarından hiç olmazsa bir kısmını taşıyan suçlara rastlamak mümkün değildir. Bu sebeple, bu gibi fiiller sırf askeri suç sayılmaktadırlar.

VI. Sırf Askeri Suçlarda Karşılıklılık İlkesinin Geçerli Olması

AsCK'nın 6. maddesine göre, yabancı müttefik asker kişilerine karşı işlenen suçun Türk asker kişisi aleyhine işlenmiş sayılabilmesi için, mukabele bilimsil sözleşmesinin mevcut olması, yani karşılıklı uygulamanın bulunması şarttır. Böylece, mülkîlik ilkesinin geçerli olduğu TCK'ya göre, şahsîlik ilkesi uygulanmakta olan AsCK'nın önemli bir özelliğı ortaya çıkmış bulunmaktadır.

²³ Erman, s. 152.

Sırf askeri suçun unsurlarının dışında kalan hususlardan birisi, cezalandırılabilme şartlarıdır. Bilindiği üzere, “*cezalandırılabilme şartları*” suçun bütün unsurlarıyla tamamlanmış olmasından sonra söz konusu olan ve failin fiilinden ileri gelmekle beraber, fail tarafından istenmiş olmasına gerek olmaksızın kendisine yüklenen ve bütün unsurlarıyla birlikte tamamlanmış olan suçtan dolayı, failin cezalandırılmasını gerektiren şartlardır. Ancak, cezalandırılabilme şartını taşıyan bir suçtan dolayı, failin bunu istemiş olup olmadığına ayıca bakılmaz. AsCK’nın 74. maddesinde düzenlenen firara kalkışanları haber verme suç böyledir.

Yine sırf askeri suçun unsurlarının dışında kalan hususlardan birisi de, takip veya muhakeme şartlarıdır. Bunların askeri suç teorisi içindeki rolleri büyüktür. Bilindiği üzere, başlıca takip şartları izin, talep, karar ve şikâyet olarak sıralanabilir.²⁴

Askeri suçlarda şikâyet müessesesi geçerli değildir. Bütün davalar re’sen açılır ve suçtan zarar gören kimse şikâyetten vazgeçse dahi, fail cezalandırılır.²⁵ Askeri mahkeme, örneğin emniyeti suiistimal suçundan dolayı TCK’ya göre hüküm verecekse, davaya bakabilmesi için suçtan zarar gören kimsenin şikâyetini arayacak ve şikâyetten vazgeçme halinde davanın düşmesine karar verecektir. Buna karşılık, AsCK’ya göre hüküm verecekse, şikâyetin var olup olmadığına veya geri alınıp alınmadığına bakmadan hüküm verecektir. Nihayet Anayasa’nın 145. maddesinin 2. fıkrası, askeri mahkemelerin sivilleri “*ancak özel kanunda gösterilen askeri suçlardan dolayı*” yargılayabileceklerini düzenlemektedir.

AsCK izin şartını da kabul etmiş ve düzenlenmiştir. Gerçekten de, AsCK’nın 48. maddesinin B fıkrasında aynen, “*askeri kazaya tabi olup da, Türk Ceza Kanunu mucibince takibi Adliye Vekilinin iznine bağlı suçlar hakkında, izin Milli Müdafaa Vekili tarafından verilir*” denilmektedir. Bu-

²⁴ A. g. e., s. 155.

²⁵ Bu konuda çarpıcı bir örnek, mülga 765 sayılı TCK’nın 423. maddesinde düzenlenen suça ilişkindir. Yürürlükten kaldırılmadan önce, AsCK’nın 152. maddesinin atfıyla askeri suç haline getirilen, 765 sayılı TCK’nın 423. maddesinde düzenlenen evlenmek vaadiyle kızkılık bozma suçu aslında şikâyete tabi bir suç olmasına rağmen, askeri yargıya dâhil bir kimse tarafından işlendiğinde, şikâyet şartı aranmamaktaydı.

nun anlamı, TCK'ya göre takibi izne bağlı bir suç, AsCK'da yer alan bu atıf dolayısıyla, askeri suç niteliğini aldığı takdirde, takibi izne bağlı suç olma niteliği yine saklı kalmakta, ancak izin Adalet Bakanı tarafından değil, Milli Savunma Bakanı tarafından verilmektedir. Hatta TCK'ya göre, takibi izne bağlı bulunan bir suça AsCK atıfta bulunmuş olsa ve atfeden maddede, izin şartından bahsedilmese dahi, AsCK'nın 48/B maddesindeki genel hüküm gereğince, izin şartı yine aranacaktır.

VII. Sırf Askeri Suçlarda İadenin Mümkün Olmaması

Askeri suç benzerlerinden dolayı suçluların iadesi mümkün olduğu halde, sırf askeri suçlar bu iadenin dışında bırakılmıştır. Nitekim 18 Kasım 1957 tarih ve 7376 sayılı Kanun'la onaylanan ve Avrupa Konseyi'nce 13 Aralık 1957 tarihinde Paris'te yürürlüğe sokulan Suçların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (SİDAS)'nin 4. maddesine göre, *"cezai hukuka göre, suç teşkil etmeyen askeri suçlar dolayısıyla iade, işbu sözleşmenin tatbik sahası dışındadır"*. Maddede kullanılan *"cezai hukuka göre suç teşkil etmeyen"* deyimini, *"TCK'da kısmen veya tamamen suç olarak öngörülme"* şeklinde anlamak gerekmektedir. Sırf askeri suçların işte bu özelliği, onları askeri suç benzerlerinden ayırmaya yarayan özelliklerden birisi olmaktadır.²⁶ O halde, SİDAS askeri suç benzerlerinden dolayı suçluların iadesini kabul ettiği halde, sırf askeri suçlarda bunu sözleşme dışı bırakmıştır. Sözleşmeye taraf olan devletler, böyle bir suçun failini iade etmeye zorlanamamaktadırlar.

Ancak, sırf askeri suçlardan dolayı da suçluların iade edilmesi gerektiği şeklinde kuvvetli bir fikir akımı belirmiştir. Nitekim 1966 Mayıs'ında Madrid'te düzenlenen Uluslararası Askeri Ceza Hukuku ve Harp Hukuku Kongresi'nde, sırf askeri suçlardan dolayı suçluların iade edilmemesi yolundaki kararın değiştirilmesi gerektiği düşünceleri sürülmüştür. Ancak firar edip yabancı bir ülkeye sığınan faillerin fiillerinin askeri suç değil, siyasi suç sayılması ve bu sebeple suçluların iadesi hükümleri dışında bırakılması gerektiği sonucuna varılmıştır.²⁷

²⁶ Erman, s. 158.

²⁷ Bu durumda, SİDAS'ın 14/3 maddesinde yer alan iadede özellik prensibi gereğince, genel bir suçtan dolayı iade edilen bir kimseye isnat edilen suçun niteliği duruş-

Yine, NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesi'nin (SOFA) 3. maddesinin 5. fıkrasında, bir sınır dışı etme hükmü yer almış bulunmaktadır. Buna göre, kabul eden devlet, gönderen devletten bu devletin uyruğu olan bir kuvvet mensubunu, bir sivil unsuru veya bir yakınının sınır dışı etmek istediği takdirde, bunu gönderen devlet makamlarından talep edecektir. Gönderen devlet makamları da, söz konusu kişinin başka bir ülkeye gönderilmesini sağlayacaklardır. Aynı şekilde, gönderen devlet de, 21 günden fazla süren bir firar veya izin tecavüzünü kabul eden devlete bildirecektir.²⁸ Bu durumda, kabul eden devletin, firar eden kişiyi bulup gönderen devlet makamlarına teslim etmesi gerekmektedir.

VIII. Sırf Askeri Suçların Ertelemeye Engel Teşkil Etmemesi

Sırf askeri suçlar, kural olarak kasıtlı suçlardır. Bundan başka AsCK'nın 47. maddesinin B ve C bentlerine göre, önceki genel suçtan dolayı hükümlülüğünün infaz edilmesinden sonra işlenecek olan askeri suçtan dolayı hükmedilecek cezanın teciline engel olmaması için, birinci veya ikinci askeri suçun TCK gereğince cezayı gerektiren bir fiil olmaması gerekmektedir. Öyleyse, söz konusu askeri suç, sırf askeri bir suç niteliğinde olduğu takdirde, ikinci suçtan dolayı hükmedilen cezanın tecili mümkün olabilmektedir. Ayrıca, daha önce askeri bir suç benzerinden dolayı mahkum edilen bir kimse, daha sonra genel bir suç işleyecek olursa, bu takdirde önceki askeri suçtan dolayı söz konusu olan kesinleşmiş mahkumiyeti ertelemeye engel teşkil etmeyecektir.

AsCK'nın 47/A maddesinde belirtilen ve tecil edilemeyeceği hükme bağlanan suçların büyük bir çoğunluğu sırf askeri suç niteliğini taşımaktadır. Yine, TCK'nın 51. maddesine göre sırf askeri suçlar teker-rüre esas teşkil etmemektedirler. Ancak, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 6. maddesinin açık hükmü karşısında, sırf askeri suçların ertelenmesi mümkün olamamaktadır.

ma sırasında değişerek, askeri bir suç olduğu anlaşılacak olursa, iade eden devletten yeniden talepte bulunmak gerekecektir.

²⁸ NATO-SOFA m. 3/4.

IX. Sırf Askeri Suçların Tespit Edilmesindeki Güçlükler

Askeri Yargıtay unsurlarının tamamı veya bir kısmı, TCK'da yer alan suçlardan bazılarının sırf askeri suç sayılacaklarını kabul ederek, bu gibi suçlar arasında bir ayırım yapmak yoluna gitmiştir. Buna göre, unsurları kısmen veya tamamen TCK'da gösterilen bir suç, AsCK'nın 3. bab 5. faslında yer alan, "*askeri itaat ve inikadı bozan suçlar*" başlığı altında düzenlenmiş ise, sırf askeri suç sayılması gerekecektir.²⁹ Askeri Yargıtay'ın bu kararına katılmak olanağı bulunmamaktadır. Her şeyden önce bu gerekçenin hukuki dayanağını bulmak güçtür. Bu düşünceden yola çıkıldığında, bütün askeri suç benzerlerini sırf askeri suç saymak gerekecektir.

AsCK'nın 1. maddesine göre, kısa hapis cezasını gerektiren fiiller askeri kabahatlerdir. Kısa hapis cezası, iki çeşit cezayı, yani göz hapsi ve oda hapsi cezasını içermektedir.³⁰ Ancak bir askeri kabahat, AsCK'nın 162. maddesinin 1. fıkrasının B bendi gereğince, aynı zamanda disiplin kabahati niteliğini taşıdığı için, böyle bir fiilin işlenmesi durumunda, cezası askeri mahkemece veya disiplin mahkemesince tayin olunacağı gibi, disiplin amiri tarafından verilebilmektedir.³¹ AsCK'nın 162. maddesinin 2. fıkrası gereğince, bu iki yoldan, birinin seçme yetkisi, kanundaki deyimıyla, "*disiplin amirinin reyine ve takdiri-ne bağlıdır.*" Görüldüğü üzere, askeri cürümler hakkında ceza mutlaka askeri mahkeme kararıyla verilebildiği halde, askeri kabahatler hakkında aynı şey söylenememektedir.

Buna rağmen, AsCK'da askeri cürümler ile askeri kabahatler arasında, nitelik bakımından kesin bir ayrılık bulunduğu söylenemez. Bazı hallerde, suçu cürüm olarak öngörmüş olan kanun, hafifletici sebeplerin ve özellikle az vahim halin varlığı halinde aynı suçun kabahat derecesine gerilemesini kabul etmiştir.³² Bazen de, esasta kabahat ola-

²⁹ AsCK'nın 91. maddesinde yer alan "*üste fiilen taarruz*" suçu askeri itaati bozan bir suç niteliğinde kabul edilmektedir. Ancak, TCK'nın 86. maddesinde düzenlenen müessir fiil suçuyla hemen hemen aynı unsurları içeren bu suçun sırf askeri suç sayılması mümkün değildir.

³⁰ Katıksız hapis cezası kaldırılmıştır.

³¹ AsCK m. 18/1-2.

³² AsCK'da "*az vahim hal*"ın ne olduğu tanımlanmadığı için, önüne gelen olayda hakim, bu kavramın yer aldığı fıkralar gereğince uygulama yaparken, eylemin niteliğine, işleniş derecesine, olayın özelliklerine, işleniş zamanı ve ağırlığına, ortaya çı-

rak kabul edilen bir eylem, tekerrür halinde cürüm sayılmış, hatta hakime aynı fiili cürüm veya kabahat olarak vasıflandırmak hususunda adeta takdir yetkisi tanınmıştır.³³

Ancak, disiplin suçları, esas olarak askeri kabahatlerden ibaret bulunmaktadır. Askeri kabahatler bakımından geçerli olan ilkeler disiplin suçlarına da uygulanmaktadır. Yani, bu suçlardan dolayı kovuşturma yapıp mahkeme tarafından failin cezalandırılması, disiplin amirinin veya nezdinde disiplin mahkemesi kurulan birlik komutanının takdirine bırakılmıştır.

Disiplin suçları ile suç niteliğini taşımayan, ancak askeri disipline aykırı olan disiplin tecavüzleri arasında da bazı farklılıklar bulunmaktadır. Disiplin suçunun, ister mahkeme kanalıyla olsun, isterse disiplin amirinin veya birlik komutanının takdirine dayanılarak olsun, disiplin yoluyla mutlaka bir ceza ile karşılanması gerekli olmaktadır. Hâlbuki DMK'nın 15. maddesinin B bendi gereğince, disiplin tecavüzünden dolayı, fail hiçbir zaman mahkemeye sevk edilememektedir. Disiplin tecavüzünde bulunan bir fail, ancak disiplin yoluyla cezalandırılabilir. Bu durumda bile, disiplin amiri faili cezalandırmak zorunda değildir. Yani, disiplin tecavüzlerinden dolayı faili cezalandırmak zorunluluğu bulunmamaktadır.

Sonuç

Henüz kanunlarda yer almamakla birlikte, yerleşik yüksek mahkeme kararlarında belirtildiği üzere *“sadece asker kişiler tarafından işlenebilen veya diğer askeri şahıslar tarafından da işlenebileceği kanunlarla kabul edilen ve unsurları yalnızca Askerî Ceza Kanunu'nda yer alan ya da un-*

kan zararlı sonuca göre, az vahim halin varlığını takdir edecektir.

³³ ⁹ AsCK'nın 130. maddesinde düzenlenen suç tipi, belki de buna en güzel örnektir. Söz konusu maddede düzenlenen askeri eşyayı tahrip etmek, kaybetmek, terk etmek gibi suçlarda, kanun koyucu, kısa hapis ve hapis cezalarını öngörmüş, ancak hangi durumlarda bunların hangisinin uygulanacağını belirtmemiştir. Bu durumda, hâkim olayın özelliğine göre, verilecek cezayı takdir ve tayin edecektir. Ancak, bu madde ile ilgili olarak, verilecek ceza göz önüne alınmak suretiyle, mahkemenin görevinin tayin edilmesi esasının ihsası reye yol açabileceği hususunda, haklı eleştirileri içeren bir çalışma için bkz. Kemal Oygur, *“353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununda Yapılan Değişiklik,” Askeri Adalet Dergisi, Yıl 25, S. 99, Ankara 1997, s. 28-45.*

surlarının tamamı ya da bir kısmı Türk Ceza Kanunu'nda yer almakla beraber askeri itaat ve inkiyatla ilişkili olan suçlar" sırf askerî suç olarak tanımlanmaktadır. Askeri suç benzerleri, sırf askeri suç sayılmamakla birlikte, yine de AsCK uygulamasını gerekli kılan ve bu itibarla genel suç kategorisine de girmeyen suçlardır. Bu suçlar gerek AsCK'da ve gerekse DMK'da özel şekilde öngörülerek cezaları ayrıca tespit edildiği gibi, AsCK ve DMK tarafından TCK'ya yapılan açık atıf dolayısıyla, bu kanun tarafından iktibas edilen suçlar da olabilirler.

Askeri suç benzerlerinin ayırıcı nitelikleri ise, asker kişi olmayan bir kimse tarafından da işlenebilmeleri, askeri bir hizmet veya görevin ihlalini ifade etmemeleri, bütün veya bir kısım unsurları itibariyle TCK tarafından öngörülmüş bulunmalarıdır. O halde, AsCK'da ve diğer askeri kanunlarda, doğrudan doğruya kabul edilen veya atıf dolayısıyla düzenlenen ve sırf askeri suç kavramına girmeyen suçlar, askeri suç benzerleri sayılmaktadır.

Ancak, bir askeri suç benzerinin bulunabilmesi için, bu suçu kabul etmek suretiyle korunmak istenen menfaatin askeri bir menfaat olması zorunludur. Daha önce de belirtildiği üzere, askeri suç benzerlerini, sırf askeri suçlardan ayırt eden en başta gelen husus, bu suçların hukuki konusu, yani askeri suçları yaratmakla korunmak istenen menfaattir. Bu menfaatle, AsCK'da yer alan ya da bu kanun tarafından yapılan atıf dolayısıyla öngörülen suçtan dolayı cezalandırılan ve siviller tarafından da işlenebilen bir suçun, askeri suç benzeri olabilmesi için, hukuki konusunun askeri bir yararın korunması şeklinde belirlenmesi yine de zorunlu olmaktadır. Ancak, belki de en uygun çözüm şekli, ceza hukukunda önemli sonuçlar doğuran sırf askeri suçun tanımının kanunlarda yapılmasıdır.³⁴ Bu bakımdan tasarının konuya ilişkin düzenlemesi yerinde olmaktadır. Tasarı'da 20.6.1975 tarihli ve 1975/6-4 sayılı İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı esas alınarak bir tanım yapılmakta ve hangi suçların sırf askerî suç olduğu da tek tek sayılmaktadır.

³⁴ Bu sebeple, Anayasa Mahkemesi, 1590 sayılı Kanun'la AsCK'ya eklenen Ek-2. maddede yer alan "devletin askeri kuvvetlerini tahkir ve tezyif etme" suçunun askerlik hizmetinin aksatılmadan yerine getirilmesi şeklinde özetlenebilen, askeri yararın ihlal edilmesi ile doğrudan bir ilgisi bulunmadığını göz önünde tutarak, sözü edilen suçun, AsCK'da yer almış olmasına rağmen, askeri suç benzeri olmadığına, bizce de haklı olarak, karar vermiştir.

Askeri suç benzerleri asker kişiler tarafından olduğu gibi, sivil kişiler tarafından da işlenebilir. Sivil kişiler sırf askeri suçları işleyemezler. Ayrıca, askeri kanunların askerlik yükümlülüğüne tabi olmayan sivillere uygulanması son derece istisnai nitelik taşımaktadır. Askerlik yükümlülüğü gereğince, söz konusu olan kurallar sadece asker kişilere uygulanabilir. Ancak, sırf askeri suçlar sadece asker kişiler tarafından işlenebilir. Bu sebeple, askeri bir suç benzeri söz konusu olduğu takdirde, bunun asli faili yine asker kişi olacaktır. Bir sivil kişi, ancak kanunda açıklık bulunması durumundan askeri suç benzeri bir eylemin faili olarak kabul edilecektir.

Öyleyse, sırf askeri bir suçun faili münhasıran asker kişi olduğu gibi, bir askeri suç benzerinin faili de, kural olarak, asker kişidir. Ancak, o suçu yaratan madde metninde veya diğer bir kanun hükmünde açıklık bulunduğu takdirde bir sivil kişi askeri suç benzerinin faili olabilmektedir. Örneğin, AsCK'nın 56. maddesinin G bendinde fail "*vatanadaş*" veya "*yabancı*" olarak vasıflandırılmakta, sonuç olarak da bu askeri suç benzerinin bir sivil tarafından işlenebileceği madde metninde açıkça yer almış bulunmaktadır. Yine, AsCK'nın 114. maddesinde düzenlenmiş olan suç, emir veya seyis erini alıp istihdam eden, askerleri hizmetçilikte veya sair suretlerde çalıştıran kişiyi, bu kişi ister asker olsun isterse sivil olsun, cezalandırmaktadır. Ayrıca, AsCK'nın Ek 1. maddesinde yer alan fiilin siviller tarafından işlenmesi mümkündür.

İşte bu gibi hallerin dışında, bir askeri suç benzerinin faili yine bir asker kişi olmaktadır. İstisnaların genişletilerek yorumlanması mümkün olmadığına ve üstelik TCK'nın 2. maddesinde düzenlenen biçimsel kanunilik ilkesine aykırı düşeceğine göre, bu hallerin dışında yabancı bir sivil kişinin AsCK'ya ve dolayısıyla askeri mahkemelerin yargı yetkisine tabi tutulabilmesi mümkün değildir.

KAYNAKLAR

- Amerika Birleşik Devletlerinde Tatbik Edilen Askeri Ceza ve Askeri Ceza Usul Kanunu*, Genelkurmay Başkanlığı Adli Müşavirliği Yayını, S. 68964, Genelkurmay Basımevi, Ankara 1952.
- Askeri Ceza Kanunu Ön Tasarısı*, Millî Savunma Bakanlığı Askeri Adalet İşleri Başkanlığı, Ankara 2007.

- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt I, Onuncu Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1987.
- _____, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt II, Onuncu Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1986.
- _____, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt III, Onuncu Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1986.
- Erem, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, Genel Hükümler, C. II, 12. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 1985.
- _____, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Sevinç Matbaası, Ankara 1994.
- Ergül, Ergin, "Askeri Yargıtay Kararları Işığında Kendini Askeriliğe Yarmayacak Hale Getirmek Suçu," *Askeri Adalet Dergisi*, Yıl 25, Sayı 100, Ankara 1997, s. 31-35.
- Erkan, Hakkı, "Sırf Askeri Suçlar," *Askeri Adalet Dergisi*, Yıl 18, Sayı 69-70, Ankara 1974, s. 1-13.
- Erman, Sahir, *Askeri Ceza Hukuku*, Umumi Kısım ve Usul, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1982.
- Gülseren, Fehmi Şener, *Askeri Ceza Hukukunda Müessir Fiil Suçları*, yayımlanmamış doktora tezi, İÜSBE, İstanbul 1990.
- Hafizoğulları, Zeki, *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Seçkin Kitapevi, Ankara 1987.
- Hakkioğlu, Uğur İbrahim, "Disiplin Mahkemeleri," İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul 1972, Cilt 46, Sayı 3-4, s. 243-250.
- Lüleci, Turgut / Özbakan, Hulusi, *Askeri Yargı ile İlgili Kanunlar ve İçtihatlar*, 5 Cilt, Milli Savunma Bakanlığı Askeri Adalet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1979.
- Odman, Tefik, "Düşünceyi Açıklama Bağlamında Halkı Askerlikten Soğutma Suçu," *Askeri Adalet Dergisi*, Yıl 25, Sayı 97, Ankara 1997, s. 3-21.
- Oygur, Kemal, "353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununda Yapılan Değişiklik," *Askeri Adalet Dergisi*, Yıl 25, Sayı 99, Ankara 1997, s. 28-45.
- Özbakan, Hulusi, *TSK İç Hizmet Kanunu*, Ankara 1987.
- _____, *Askeri Ceza Kanunu*, İlk-San Matbaası, Ankara 1990.
- Taşkın, Rıfat, *Askeri Ceza Kanunu Şerhi*, Harp Okulu Basımevi, Ankara 1943.
- Toroslu, Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970.
- _____, *Ceza Hukuku*, Savaş Kitabevi, Ankara 1998.
- _____, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Kitabevi, Ankara 1998.

HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU

CRIMINAL VIOLATIONS OF THE PRIVACY OF CORRESPONDENCE

Şaban Cankat TAŞKIN*

Özet: 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlığını taşıyan ikinci kısmının "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" başlıklı dokuzuncu bölümünde "Haberleşmenin Gizliliğini İhlal" (TCK m. 132); "Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması" (TCK m. 133); "Özel Hayatın Gizliliğini İhlal" (TCK m. 134); "Kişisel Verilerin Kaydedilmesi" (TCK m. 135); "Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme" (TCK m. 136) ve "Verileri Yok Etmeme" (TCK m. 138) suçları düzenlenmiştir.

Çalışmamızın konusu TCK m. 132'de düzenlenen "Haberleşmenin Gizliliğini İhlal" suçudur. Çalışma bu ekseninde gelişecektir. Ancak, dokuzuncu bölümdeki suçları birbirinden tamamen ayırmayı hukuk tekniği açısından doğru bulmadığımızdan, suçlar arasındaki benzerliklere ve farklılıklara da yer geldikçe değinme gereği duyulmuştur.

Özellikle, haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçu değerlendirilirken, 765 sayılı TCK'daki ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere de değinilmiş, özel hayata karşı işlenen suçların değişik hukuk düzenlerindeki görünümüne değinilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Haberleşmenin gizliliği, TCK m. 132, özel hayata karşı suçlar.

Abstract: 5237 TPC's second book, "People Against Crime" titled the second part of "private life and the life of the Bcc Field Against Crime 'was the ninth section,'" Communications of the privacy of the Breach "(Law 132)," Contacts Between the speeches, Recreation and recording to be taken "(Penal Code 133), "The Private Life of the privacy of the Breach" (Law 134), "Personal Data Recording"

* Av., Bursa Barosu, Kocaeli Üniversitesi Kamu Hukuku doktora öğrencisi.

(Law 135), “Data Law in violation of the export or Hijacking” (Penal Code 136) and “Data Destruction or not” (Penal Code 138) crimes were organized.

At TPC 132 subject of our study of the “violation of privacy of communication” is a crime. Work will develop in this axis. However, the ninth chapter of the criminal law to separate completely from each other in terms of technique, we did not find the crime to the similarities and differences between the lot was needed to address as they come.

In particular, the crime of breach of confidentiality of communications are being evaluated, and comparative law in the Penal Code No. 765 are addressed in the regulations, the private life of the crimes committed against the views of the different legal system have been discussed.

Keywords: Confidentiality of correspondence, Penal Code 132, crimes against private life.

I. Giriş

5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının “Kişilere Karşı Suçlar” başlığını taşıyan ikinci kısmının “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal” (TCK m. 132); “Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması” (TCK m. 133); “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal” (TCK m. 134); “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi” (TCK m. 135); “Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme” (TCK m. 136) ve “Verileri Yok Etmeme” (TCK m. 138) suçları düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK'da ise bu suçlar TCK'nın 195 ve devamı maddelerinde “sırrın masuniyeti aleyhinde cürümler” başlığı altında düzenlenmişti. Kanımızca, 5237 sayılı TCK, hem suçların çeşitliliğini arttırmaması, hem düzenleniş biçimi hem de koruduğu hukuki yararlar gözetildiğinde, 765 sayılı TCK'ya göre daha kapsamlı ve Anayasa'nın 20 ve devamı maddelerinde düzenlenen kişilerin özel yaşamını daha koruyucu hükümler içermektedir.

Çalışmamızın konusu TCK m. 132'de düzenlenen “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal” suçudur. Çalışma bu ekseninde gelişecektir. Ancak, dokuzuncu bölümdeki suçları birbirinden tamamen ayırmayı hukuk tekniği açısından doğru bulmadığımızdan, suçlar arasındaki benzerliklere ve farklılıklara da yeri geldikçe değinme gereği duyulmuştur.

Özellikle, haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçu değerlendirilirken, 765 sayılı TCK'daki ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere de değinilmiş, özel hayata karşı işlenen suçların değişik hukuk düzenlerindeki görünümüne değinilmiştir.

II. Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu

A. Genel Olarak

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu TCK m. 132. maddede, "*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu maddede haberleşmenin gizliliği "*kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini ifşa*" ve "*kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini ifşa*" olarak kaleme alınmıştır.

TCK m. 132/1 ve 2, kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini ifşa fiilini yaptırıma bağlamaktadır.

765 sayılı TCK'nın 195. ve 197. maddelerinin karşılığını oluşturmaktadır. 765 sayılı TCK döneminde bu suç, "*sırrın masuniyeti aleyhinde cürümler*" başlığı altında düzenlenmişti. Ancak ilgili faslın başlığı, maddelerde korunan hukuki yararı ve maddelerin ihdasıyla amaçlarını açıklamaktan oldukça uzaktı.¹ Çünkü 765 sayılı TCK'da sırrın masuniyeti aleyhinde cürümlerle amaçlanan haberleşme araçlarını hukuca aykırı saldırılara karşı korumaktı; haberleşme araçlarının içeriği ise ikinci planda kalmaktaydı.² Faslın başlığı her ne kadar "*sırrın masuniyeti aleyhinde cürümler*" ise de 198. maddedeki "*meslek sırrının ifşası suçu*" dışında, ilgili fasıldaki suçların oluşumu için gerçek anlamda bir sırrın bulunması gerekmemekteydi.

Ayrıca, 765 sayılı TCK döneminde suçun maddi konusunu haberleşme araçları olan "*mektup, telgraf veya kapalı zarf*" oluşturmaktayken 5327 sayılı TCK'nın 132. maddesi ile bu konuda belli bir sınırlamaya gidilmemiş ve genel olarak "*haberleşmenin gizliliği*", "*haberleşme*

¹ Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat; "*Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*", Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2007, s. 453.

² Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel*, s. 453.

ıçeriği” kavramları kullanılarak maddenin koruma kapsamı daha da genişletilmiştir.³

765 sayılı TCK döneminde Yargıtay, düzenlemedeki eksikliği içtihatlar yoluyla giderme eğilimine girmiştir. Bunu yaparken de sırrın masuniyeti aleyhindeki cürümleri *“hakaret”* kapsamında değerlendirmiştir. Örneğin 2. CD, 3.3.1998 tarih; 1998/2325 E; 1998/ 2271 K sayılı kararında⁴ özetle *“defilede elbise sunan mankenlerin soyunma odasında elbise değiştirdikleri, üzerlerinde sadece külotlu çorapları kaldığı sırada, görüntüleri gizli kamerayla tespit edilip televizyonda yayınlanarak teşhir edildiği, görüntülenmelerine rızaları bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kişilerin vücut mahremiyetleri, gösterilmeleri veya gösterilme biçimleri toplumun ortak edep düşüncesine aykırı düşecek şekilde teşhir edilmişse, bu eylemde; haber verme hakkı veya özel veya kamusal bir yarardan söz edilemeyeceği, esasen rıza bulunsa bile bu gösterim edebe aykırı düşeceği için, herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmayıp, kişilik haklarına saldırı niteliğindedir.”* demiştir.

AİHS’nin 8. maddesi ile özel yaşam korunmaktadır ve AİHM, devlete, haberleşmenin ve özel hayatın gizliliğinin korunması yönündeki girişimler için yasal düzenleme zorunluluğu getirmektedir.⁵ AİHM içtihatlarına göre bu yükümlülük, devlete aittir.

Avusturya’da özel hayatın gizliliğini ihlal suçları Ceza Kanunu’nun 5. başlığı altında *“Özel Yaşamın ve Belirli Mesleki Sırların İhlali”* adıyla, madde 118-124 arasında düzenlenmiştir.⁶ Keza Almanya’da özel hayatın gizliliği Ceza Kanunu’nda *“Kişisel Yaşam ve Giz Alanlarının İhlali”* başlığı altında düzenlenmiş ve bu başlık altında 201. maddede *“konuşmaların gizliliğini ihlal”*; 202. maddede *“mektup dokunulmazlığını ihlal”*; 203. maddede *“verileri ifşa”* ve *“özel sırların ihlali”*; 204. maddede *“başkasına ait sıklardan yararlanma”*; 206. maddede ise *“posta ve uzakla haberleşme dokunulmazlığının ihlali”* suçları düzenlenmiştir.⁷ Almanya’daki bu düzenlemeler ise AİHM’in, düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiği yönündeki içtihadı üzerine 1975 yılındaki reformla yapılmıştır.⁸

³ Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel*, s. 456.

⁴ KBİBB.

⁵ Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel*, s. 454

⁶ Tezcan / Erdem / Önok, *Ceza Özel*, s. 454.

⁷ Şen, Ersan, *“5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar”*; İBD, Cilt: 79, Sayı: 3, Yıl: 2005, s. 709.

⁸ Şen, a. g. m., s. 709.

Fransız Ceza Kanunu'nda yazılı haberleşmede, haberleşmeyi içeren metnin başından itibaren korunması esas alınmakta, mektubun gönderilmiş olup olmaması ayrıca aranmamaktadır. Fransız hukukunda haberleşme kavramı içtihatlarla çok genişletilmiş, mektup, kartpostal matbu evrak, telgraf ve telekomünikasyon yoluyla haberleşme bu kavram içerisinde ele alınmıştır.⁹

Amerika Birleşik Devletleri'nde ise özel hayatı korumak amacıyla "*Electronic Communications Privacy Act*" (ECPA: Elektronik İletişimin Gizliliğinin Korunması Kanunu yapılmıştır.¹⁰

İtalya'da özel yaşamın gizliliği Ceza Kanunu ile korunmuştur.¹¹ İtalyan Ceza Kanunu'nun "*Cürümler*" başlıklı 2. kitabının "*Şahıs Aleyhine Suçlar*" başlıklı 12. faslının "*Konut Dokunulmazlığının İhlaline İlişkin Cürümler*" başlıklı 4. ve "*Sırrın Masuniyeti Aleyhinde Cürümler*" başlıklı 5. faslında 614-623. maddeleri arasında özel hayatın korunmasına ilkin değişik düzenlemeler mevcuttur.

B. Kavram Sorunu

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu incelemeyden önce, özel hayat kavramı üzerinde durulması gerekmektedir.

1. Özel Hayat ve Tanımı

Özel hayat, kişinin daha çok aile bireyleri, yakın arkadaş çevresi ve akrabaları ile olan ilişkilerini içeren; başkası tarafından bilinmesini arzu etmediğimiz alan olarak tanımlanabilir.¹² Özel hayatın kapsamı

⁹ Tezcan / Erdem / Önok, Ceza Özel, s. 456.

¹⁰ Yarsuvat, Duygun, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Göre Kişi Hürriyeti ve Güvenliği, Özel hayatın Gizliliği, Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Hürriyeti Üzerine Düşünceler"; *Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu*, 22-24 Nisan 2003, Türkiye Büyük Millet Meclisi Yayınları No:1, Ankara 2003, s. 33

¹¹ Yazıcıoğlu, Yılmaz, "Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu", *Türk Ceza Kanunu'nun 2. Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 10, İstanbul, Nisan 2008, s. 389.

¹² Türkiye Barolar Birliği, *Özel Hayatın Gizliliği Paneli*, Fatih Selami Mahmutoğlu'nun konuşması, Ankara 18 Ekim 2008, TBB Yayınları, Şen Matbaacılık, s. 103.

na kişisel özgürlükler, kişisel özerklik, kişisel bütünlük ve kişisel ilişkiler de girer.¹³

Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde ise özel hayat; "kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışı" olarak tanımlanmıştır.¹⁴

Özel hayatın gizliliği kavramı, hukuk sözlüğünde ise şu ifadelerle tanımlanmıştır:¹⁵ "Kişilerin özel yaşamlarının denetim dışı bırakılması; özel hayata devletin karışmaması"

İnsan hayatının iki yönü olduğu kabul edilir. Bunlardan ilki "hayatın genel yönü", diğeri ise "hayatın özel yönü olarak" kabul edilir.¹⁶ Hayatın genel yönü, özel nitelik taşımayan ve herkese açık olan, herkesle paylaşılabilen yönüdür. Bu anlamda korunmayı gerektirmez.¹⁷

Hayatın özel yönü (özel hayat) ise kendi içerisinde iki alt başlık altında incelenebilir. Bunlardan ilki "özel hayat"; diğeri "hayatın gizli alanı"dır. Özel hayat, istendiğinde bir veya birkaç kişi ile paylaşılabilen, esasen gizli olan, nisbi sınırları barındırabilen bir alanken; hayatın gizli alanı ise, kişinin hiç kimse ile paylaşmadığı sır, gizli duygu, düşünce ve alanıdır.¹⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise özel hayatı bu şekilde iki başlık altında incelemez. AİHM'e göre,¹⁹ özel hayat tek başlıkta, bütün olarak ele alınır ve özel hayata müdahale sayılabilen haller olarak "telefon konuşmalarının dinlenmesi, bireyin cinsel hayatına müdahale, bireyin kişiliğine ilişkin özel bilgilerin toplanması, kovuşturma amacıyla da olsa bireyin özel evrakının aranması ve bunlara el konulması; çeşitli amaçlarla kan

¹³ Cooper, Jonathan, "Düşünce, Vicdan, Din ve İfade Özgürlüğü", Tebliğ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu*, Ankara 24-25 Ekim 2003, s. 118.

¹⁴ <http://www.tdksozluk.com/sozara.php?qu=%F6zel+hayat&ne=a> (Erişim tarihi : 21.12.2009)

¹⁵ Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara 1992, s. 712.

¹⁶ Özbek, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 28.

¹⁷ Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku*, TBB Yayınları, Sorularla Hukuk Dizisi:1, Şen Matbaacılık, Birinci Baskı, Ankara, Eylül 2005, s. 199.

¹⁸ Özbek, a. g. e., s. 28 .

¹⁹ Gölcüklü, A. Feyyaz / Gözübüyük, A. Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 335 vd.

alınması, gebeliğin isteyerek sona erdirilmesi” gösterilebilir. AİHM, neyin özel hayat kapsamında kaldığını her somut olayın özelliğine göre takdir eder.²⁰

AİHM’ye göre, özel hayat deyimi “yabancı gözlerden uzak yaşamayı isteme hakkından daha geniş olup; bir ölçüde bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve geliştirme için hemcinsleriyle, özellikle duygusal ilişkiler kurmak ve bunu devam ettirmek hakkı” olarak tanımlanabilecektir.²¹

BM İnsan Hakları Komitesi ise ilk kez Coeriel ve Aurik-Hollanda vakasında özel yaşamı tanımlamış ve kavramı *“kişinin başkaları ile ilişki içinde ya da yalnız başına yaşamını sürdürebildiği ve kendi kimliğini özgürce açıklayabildiği bir yaşam alanı”* olarak tanımlamıştır.²²

Hayatın gizli alanına girilmesi o kişi için bir yıkım olabilir. Bu nedendir ki hayatın gizli alanı herkese hatta devlet müdahalesine karşı dahi korunmaktadır, dokunulmazdır. Buna karşın, özel yaşam alanı ise, yine devlet müdahalesine karşı korunmuş olmakla birlikte dokunulmaz değildir; bu bağlamda nispi bir korumaya sahiptir.²³

Bir ülkede, özel hayata müdahale edilen alanın sınırlarının genişliği, her devletin kendi kendi toplumunu oluşturan insanlarına isteklerini elde etme konusunda tanıdığı özgürlüğün sınırlarının genişliği ile yakından ilişkilidir.²⁴ Devlet, kamusal çıkarlarını bireylerin çıkarlarına göre ikincil planda tutuyor ve kişilerin özel yaşamına olabildiğince az müdahale ediyorsa, o toplumdaki bireyler de o kadar özgür olurlar.

Devletin suçla mücadelesindeki kamu yararı nedeniyle ve orantılılık ilkesi gözetilerek özel yaşam alanına müdahale edilmesi mümkün olabilir. Bu müdahale, kişi hakları bakımından özellik taşıdığı için çok

²⁰ Yarsuvat, a. g. m., s. 30.

²¹ R. Van Ostervijk-Belçika Kararı (Kararın Türkçe Geniş özeti için bkz: Doğru, Osman, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları*, Cilt: 2, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 392 vd .

²² Atak, Songül, “Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Özel Yaşam Hakkı”, *YÜHFD*, Cilt: IV, Sayı: 2, Yıl: 2007, s. 189.

²³ Özbek, a. g. e., s. 28.

²⁴ Eryılmaz, M. Bedri, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 65

dikkatle yerine getirilmeli ve sınırları kesin çizgilerle belirtilmelidir. Hatta, sınırların yasa ile belirtilmesi gerekmektedir.²⁵

Özel hayatın gizliliği kavramı aslında anayasa hukuku ile daha bağlantılıdır. Çünkü özel hayatın gizliliği Anayasa ile teminat altına alınmıştır. Özel hayat, 1982 Anayasası'nın 20.; haberleşme dokunulmazlığı ise 22. maddesinde teminat altına alınmıştır. Ancak, konunun TCK m. 132 bağlamında ceza hukuku ile de yakın ilişkisi bulunmaktadır. Aşağıda bu ilişki irdelenmiştir.

2. Hukuki Metinlerde Özel Hayat

a. Genel Olarak

Anayasa'nın 22. maddesinde haberleşmenin gizliliği teminat altına alınmıştır. Anayasa'nın 20. maddesiyle de özel hayatın gizliliği korunmuştur.

Uluslararası metinlerde ise BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 12. maddesi, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 16. maddesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin (BMKSHS) 17. maddesi, AIHS'in 8. maddesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 7. maddesi özel hayatın kapsamını ve sınırlarını ortaya koyan belli başlı uluslararası hukuk metinleridir.

Yukarıda sayılan belgelerden en önemlileri olan BMKSHS 17. maddesi ile AIHS'in 8. maddesi üzerinde daha ayrıntılı durmak gerekmektedir. Zira her iki metni dayanak alan kararlarla özel hayatın gizliliği ve gizliliğin teminatı ile sınırları ortaya konmuştur.

Özel hayatın kapsamına nelerin girdiği tartışmalı bir konudur. Ancak şunu belirtmek gerekir ki özel hayatın gizliliği günümüzde artık en temel insan haklarından biri olarak kabul edilmektedir. Özel hayat hakkının tanımı ve sınırları ancak 20. yüzyılda ortaya konmuştur.²⁶ Özel hayatın gizliliğine dair ilk çalışma 1890 yılında Samuel D. War-

²⁵ Konunun ayrıntısı çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ele alınacaktır. Bu nedenle, burada yalnızca değinmekle yetiniyoruz.

²⁶ Atak, a. g. m., s. 181.

ren ve Luis D. Brandeis tarafından yapılan “*The Rights to Privacy*” adlı makaledir.²⁷ Bu makale, sonradan bu alanda yapılan tüm çalışmalara temel olmuş ve özel hayatın korunmasına ilişkin ilkeleri ortaya koymuştur.²⁸

Uluslararası metinlerde bu hak tanınmış ve korunmuş olmakla birlikte tanımlanmış değildir. AİHM de özel hayat kavramının tüketici bir sayımının, kapsamının geniş olması nedeniyle yapılamayacağı görüşündedir.²⁹ Ancak buna karşın AİHM, 8. maddeyi yorumlarken hangi kavramların ve hakların özel hayat kapsamında kalacağını belirlemiştir. Buna göre örneğin kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne ilişkin düzenlemeler,³⁰ kişinin kimliğine ilişkin bilgiler;³¹ kişisel verilerin toplanması ve kullanılması;³² eşcinsel ilikliler ve cinsel yaşama ilişkin davranışlar,³³ çevre kirliliği ve gürültü;³⁴ haberleşmeye müdahale ve telefonların dinlenmesi;³⁵ aile yaşamına müdahale³⁶ ve konuta mü-

²⁷ Atak, a. g. m., s. 185.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz Atak, a. g. m., s. 185 vd.

²⁹ Costello Roberts-UK kararı, (<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Costello-Roberts&sessionid=40944912&skin=hudoc-en> Erişim tarihi : 23.12.2009)

³⁰ <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=12&portal=hbkm&action=html&highlight=%20%20Y&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009) (X and Y- Netherlands kararı)

³¹ <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Gaskin&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009) (Gaskin-UK kararı)

³² <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Rotaru&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009) (Rotaru-Romanya Kararı)

³³ <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Dudgeon&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009) (Dudgeon-UK kararı)

³⁴ <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Lopez%20%20Ostra&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009) (Lopez- Ostra-İspanya kararı)

³⁵ <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Golder&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> ((Erişim tarihi : 23.12.2009) (Golder-UK Kararı) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Klass&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009) (Klass-Almanya Kararı)

³⁶ <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html>

dahale³⁷ özel hayatın kapsamında değerlendirilmektedir.

Telefonların dinlenmesi konusu günümüzde tartışmasız şekilde özel hayat hakkı kapsamında ele alınmaktadır. Konu, bir yönüyle de inceleme konumuz olan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuyla da bağlantılıdır.³⁸ Ancak, 1928 yılında *Olmstead v. Birleşik Devletler* kararında Amerikan Yüksek Mahkemesi bu konunun özel yaşam kapsamında değerlendirilemeyeceğine çünkü telefon dinlemenin kişinin evinin içine girilmeden, evin dışından yapıldığına, bu yönüyle de telefon dinlemenin özel hayata müdahale olarak algılanamayacağına karar vermiştir.³⁹

İngiltere, telefonların dinlenmesi konusunda ABD'den daha esnek bir düzenlemeye sahiptir. Birçok Avrupa ülkesi ise kişisel verilerin korunması konusunda ABD'den daha kapsamlı bir koruma sağlamıştır.⁴⁰

b. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi

Özel hayat hakkının daha iyi anlaşılabilmesi için BM İnsan Hakları Komitesi'nin BMKSHS'nin 17. maddesi kapsamında verdiği kararları incelemek gerekmektedir.

Komite, 17. maddeye ilişkin yayınlamış olduğu 16 sayılı Genel Yorum'da devletin özel hayatın korunmasına ilişkin yükümlülüğünün sınırlarını belirtmiş ve devletin kimden gelirse gelsin, özel hayatın gizliliğine karşı her türlü müdahaleyi güvence altına alması gerektiğinden bahsetmiştir.⁴¹ Buna göre, bu yükümlülük hem olumlu (pozitif) hem olumsuz (negatif) yükümlülüğü içerir. Olumlu yükümlülükten anlaşılan, devletin özel hayatın gizliliğini korumada etkin konumda bulunması; olumsuz yükümlülükten anlaşılan ise devle-

l&highlight=Boughanemi&sessionId=40945022&skin=hudoc-en (Erişim tarihi : 23.12.2009) (Boughanemi- Fransa Kararı)

³⁷ <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Niemietz&sessionId=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009) (Niemietz-Almanya Kararı)

³⁸ Konunun ayrıntısı, açılmanın ilerleyen başlıklarında ele alınacaktır.

³⁹ Atak, a. g. m., s. 183.

⁴⁰ Atak, a. g. m., s. 184.

⁴¹ Atak, a. g. m., s. 188.

tin özel hayatın ihlal edilmesini önleyecek girişimlerde bulunmaması veya bu türden girişimleri engellemesidir.

Komite, 17. maddenin kapsamını, yapılan yakınmaları incelerken belirlemektedir. Komitenin belirlemeleri ile yukarıda verdiğimiz AİHM'in belirlemeleri arasında koşutluğun olduğu görülebilir.

Konumuzla bağlantılı olması bakımından Komite'nin haberleşme hakkını yorumlayış biçimine değinmek yerinde olacaktır. 17. madde, kişilerin haberleşmesine keyfi veya yasa dışı şekilde müdahale edilmesini yasaklamaktadır. Haberleşme kavramına geleneksel haberleşme araçları olan mektup, telgraf gibi araçlar dahil olduğu gibi, günümüzde telefon, faks, teleks, e-posta da dahildir.

Haberleşmede ilke, hak öznesi olan kişinin dilediği kişilerle dilediği biçimde haberleşmesinin engellenmemesi ve bu haberleşmelerin, ilgililerin izni veya onayı olmadan, üçüncü kişilerin algı ve müdahalesinden korunmasıdır.⁴²

Komiteye göre, haberleşme özgürlüğünün hem fiilen (*de facto*) hem de hukuken (*de jure*) korunması gerekir. Örneğin yazışmalar açılmadan ve okunmadan adreslerine teslim edilmelidir. Elektronik ya da diğer bir yolla izleme, telefon görüşmelerinin, telgrafların ya da haberleşmenin diğer biçimlerinin engellenmesi, telefonların dinlenmesi ya da konuşmaların kaydedilmesi yasaklanmalıdır.⁴³ Ancak, haberleşmenin hiç denetime tabi tutulmaması da güvenlik açısından kabul edilebilir bir durum değildir. Önemli olan, haberleşmede gizliliğinin korunmasının sağlanmasıdır. Bu gizlilik de ancak taraf devletlerin gerekli yasal düzenlemeleri yapmasıyla sağlanabilir.

Komite, 16 sayılı Genel Yorum'da, haberleşmeye müdahalenin hangi hallerde mümkün olabileceğine değinmemiştir. Ancak bu konudaki ilk görüşünü cezaevinde bulunan kişilerin haberleşmesinin denetlenmesi bakımından Pinkney-Kanada (27/1978) kararıyla ortaya koymuştur.⁴⁴ Bu olayda, cezaevinde bulunan başvuru mektuplarının sansüre tabi tutulduğunu ileri sürmüştür. Komite, taraf devle-

⁴² Kaboğlu, İbrahim, *Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, Afa Yayıncılık, 4. Baskı, İstanbul 1998, s. 170.

⁴³ Atak, a. g. m., s. 205.

⁴⁴ Atak, a. g. m., s. 205.

tin de görüşünü aldıktan sonra yasal düzenleme ile haberleşme hakkının sınırlandırılabilmesine, ancak yasanın keyfi uygulamaları önleyecek nitelikte olması gerektiğine değinmiş ve somut olayda cezaevinde bulunan kişilerin haberleşmelerinin denetlenmesine ilişkin usulü düzenleyen yasanın keyfi uygulamaları önleyecek nitelikte olmadığına hükmetmiştir.

Komite'nin aynı konudaki diğer kararı ise Estrella-Uruguay kararıdır.⁴⁵ Karara göre, komite tutukluların haberleşmesinin cezaevi yönetimi tarafından denetlenmesini "*olağan bir durum*" olarak nitelemekte ve 17. maddenin bu tür denetimlerde keyfiliğe yol açacak şekilde yasal düzenleme yapılmasını buyurduğunu da dile getirmektedir. Komiteye göre, tutukluların gerekli denetimler altında özellikle aileleri ve yakın arkadaşları ile belirli aralıklarla haberleşmelerine izin vermek gerekir.

Van Hulst-Hollanda Kararında⁴⁶ (903/1999) telefonların dinlenmesinin haberleşme hakkına etkisi üzerinde durulmuştur. Karara konu olayda, başvuru ile avukatının arasındaki haberleşme dinlenmiştir. Komite, özellikle avukat-müvekkil arasındaki görüşmelerin gizliliğinin korunmasının önemli olduğunu; ancak suçları önlemek ve soruşturmak için taraf devletlerin etkili önlemler alma gereksiniminin de dikkate alınması gerektiğinden bahsetmiştir.

Komite, açıkladığı sonuç bildirilerinde, yargısal veya güvenilir ve bağımsız bir denetim mekanizması olmadan bireylerin haberleşmesinin denetlenmesinin Sözleşme'yi ihlal ettiğini belirtmiş; bu bağlamda haberleşmenin denetlenmesi ve haberleşmeye müdahale konusunda net bir yasal çerçevenin bulunmasının zorunluluk olduğunu; bu alanda yapılacak herhangi bir müdahalenin mutlaka gerekli olan durumlarda ve yasa tarafından yetki verilen makamların onayı ile yapılmasının şart olduğunu; haksız müdahaleye maruz kalan bireylere de gerekli yasal başvuru yollarının tanınması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁷

⁴⁵ Atak, a. g. m., s. 206.

⁴⁶ Aktaran, Atak, a. g. m., s. 207.

⁴⁷ Atak, a. g. m., s. 208.

c. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AIHM, özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin kararlarından iletişimin denetlenmesi tedbiri ile ilgili olanlar, inceleme konumuzla daha yakından bağlantılı olduğu için, AIHM'in bu kararlardaki yaklaşımını ortaya koymayı yeğledik.

AIHM'in iletişimin denetlenmesi ile ilgili ölçütlerini belirlediği en temel ve ilk kararı 06.09.1978 tarihli Klass-Almanya Kararı'dır.⁴⁸

Bu davada, başvuru emniyet yetkilileri tarafından dinlendiklerini kanıtlayamamış ancak o tarihte Almanya'da geçerli olan hukuki düzenleme nedeniyle "dinlenmiş olabileceklerini" düşünen kişilerdir. Alman Hükümeti, AIHS'in o dönemde yürürlükte olan 25. maddesi gereğince başvuru sahiplerinin mağdur sayılmayacağını savunmuştur. Ancak buna karşın AIHM, Sözleşme'nin grup davasına (*actio popularis*) izin vermemekle birlikte, bazı durumlarda bir yasanın bizatihi varlığının dahi kişi haklarını ihlal edebileceğine dikkat çekmiştir.⁴⁹

AIHM'in bu kararda oluşturduğu mantık sonraki kararlarında da temel alınmış ve sonraki kararlarına ışık tutmuştur. Bu nedenle, bu karardaki mantığa özetle değinmek yerinde olacaktır. AIHM bu kararda devletlere kişilerin haberleşmelerini gizlice dinleme olanağı tanınır, dinleme ve izleme eylemi kişilere haber verilmeden yapılır ve ardından izlenme olasılığı bulunan kişinin başvurusu mağdur olmadığı gerekçesiyle reddedilirse, Sözleşme'nin 8. maddesinin tümüyle anlamını yitireceğinden bahsetmektedir. Zira böyle bir senaryoda dinlenen kişi, haklarına yapılan müdahaleyi hiçbir zaman öğrenme şansına sahip olmayacağı için kanunun doğrudan kendisine uygulanıp uygulanmadığını bilemeyecek ve dolayısıyla özel hayatının ihlal edildiği iddiasında bulunamayacaktır.⁵⁰

Bu kararda AIHM, Almanya'da yaşayan herkesin mektup, posta veya telekomünikasyon iletişiminin potansiyel olarak takip edilebileceğini, bu nedenle de adı geçen yasanın potansiyel olarak tüm kulla-

⁴⁸ Kararın geniş özeti için bkz Doğru, *a. g. e.*, Cilt 1, s. 246 vd.

⁴⁹ Altıparmak, Kerem, "Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu"; *TBB Dergisi*, Sayı: 63, Mart-Nisan 2006, s. 35.

⁵⁰ Altıparmak, *a. g. m.*, s. 35.

nıcıları etkilendiğini belirtmektedir. AİHM'in bu yaklaşımı daha sonra Malone Kararı⁵¹ ile de sürmüştür.

Konuyla ilgili diğer belli başlı kararlar ise şunlardır:⁵²

Shenk-İsviçre (12.07.1988), Kruslin-Fransa (24.4.1990), Huvig-Fransa (24.4.1990), Lüdi-İsviçre (15.06.1992), Halford-Birleşik Krallık (25.06.1997), Kopp-İsviçre (25.3.1998), Valenzuela&Kontreas-İspanya (30.07.1998), Lambert-Fransa (24.08.1998), Amann-İsviçre (16.02.2000), Khan-Birleşik Krallık (12.05.2000), P.G ve J.H-Birleşik Krallık (25.09.2001), Armstrong-Birleşik Krallık (16.07.2002), Taylor& Sabori-Birleşik Krallık (22.10.2002), Allan-Birleşik Krallık.

Bu kararlardan yola çıkılarak AİHM'in iletişimin denetlenmesinin hukuka uygun sayılabilmesi için birtakım ölçütler geliştirmiştir. Her somut olaya göre bu ölçütler dikkatle uygulanmalıdır.⁵³

Bu ölçütler, iletişimin denetlenmesine yönelik olan müdahalenin varlığı, bu müdahalenin meşruluğu (meşruluğun kapsamında müdahalenin hukuka dayalı olması-yasayla öngörülebilmesi ve müdahalenin amacı-kamu düzeninin, ahlakın korunması vb...yer alır); ayrıca müdahalenin demokratik toplumda gerekli bir önlem olması koşulları olarak belirtilebilir⁵⁴. İletişimin denetlenmesi tedbirinin hukuka aykırı sayılmaması için bu koşulların bir olayda birlikte var olması gerekecektir.

3. Türk Hukukunda Özel Hayat

a. Genel Olarak

Anayasa'nın "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması" başlığını taşıyan 13. maddesi, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sı-

⁵¹ Malone-Birleşik Krallık Kararı, 02/08/1984 tarihli karar. Geniş özeti için bkz Doğru, a. g. e., Cilt: 1, s. 764.

⁵² Taşkın, Şaban Cankat, "İletişimin Denetlenmesi ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin AİHM İçtihatları Işığında İncelenmesi", *TBB Dergisi*, Sayı: 84, Eylül 2008, s. 39, dn: 42.

⁵³ Taşkın, a. g. m., s. 39 .

⁵⁴ *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Avrupa Konseyi, Şen Matbaacılık, Ankara, Kasım 2003, s. 343-345.

nırlandırılabilirliğine işaret etmektedir. Burada önemli olan, kanunun bu hak ve hürriyetlerden yararlanan kişilerin haklarının keyfi şekilde sınırlandırılmasına engel olacak düzenlemeler içermesidir. Bir başka söyleyişle, “serbestlik kural, sınırlama istisna olmalıdır.”⁵⁵

Hukukumuzda, inceleme konumuz olan TCK m. 132’deki “haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu” ile en yakından bağlantılı koruma tedbiri CMK m. 135’te düzenlenmiş olan “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” tedbiridir. Çalışma konumuzu çok genişletmemek adına bu tedbire ayrıntılı olarak girmiyoruz. Ancak, bu tedbir hakkındaki yasal düzenlemenin yukarıda değindiğimiz AİHM ve BM İnsan Hakları Konseyi’nin ölçütlerine uyup uymadığının değerlendirilmesi için tedbire başlıklar halinde değinmenin yerinde olacağı kanısındayız. Bu başlıkları Anayasa Mahkemesi’nin ve Yargıtay’ın konuyla ilgili kararlarındaki ölçütler ışığında yorumlamanın çalışma konumuzun daha iyi anlaşılması bakımından önemli olduğu kanısındayız.

Çalışmamızın kapsamını genişletmemek adına 4422 sayılı Mülga Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu’ndaki; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’ndaki; 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu’daki; 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’ndaki düzenlemelere girmeyeceğiz.⁵⁶ Uluslararası hukukun yaklaşımını temel metin olan CMK m. 135 bağlamında değerlendireceğiz.

b. İletişimin Denetlenmesi Tedbiri ve Özel Hayat

CMK 135’teki düzenlemede ilk dikkatimizi çeken nokta, AİHM içtihatlarında belirtilen ve değişik kararlarda da önemle vurgulanan, iletişimin denetlenmesine ilişkin tedbirin yasa ile düzenlenmiş olmasıdır. Gerçekten de CMK m. 135’teki düzenlemenin bu yönüyle AİHM ölçütlerine uygun olduğu söylenebilir. Zira, CMK m. 135’te hangi suçlar bakımından iletişimin dinlenebileceği, kayda alınabileceği, sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği açıkça belirtilmiştir.⁵⁷ Burada sayı-

⁵⁵ Kaboğlu, Ö. İbrahim, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2005, s. 239.

⁵⁶ Geniş bilgi için bkz. Taşkın, a. g. m., s. 36 vd ile Altıparmak, a. g. m., s. 45 vd.

⁵⁷ Taşkın, a. g. m., s. 34.

lan suçların dışında bir suç için iletişim bilgileri dinlenemez, kayda alınmaz veya sinyal bilgileri değerlendirilemez. Eğer bu yapılırsa, biraz aşağıda inceleyeceğimiz TCK m. 132'deki "haberleşmenin gizliliğini ihlal" suçunun oluşması gündeme gelebilir.⁵⁸

Ancak sinyal bilgilerinin "tespiti" bakımından ise CMK m. 135'te sınırlı sayıda sayılan suçlar (14 adet suç) iletişimi tespit eden kişi veya kuruluşları bağlamaz. Bir başka deyişle, tespit işleminin her suç bakımından yapılabilmesi mümkündür.⁵⁹ Zira tespit, haberleşmenin içeriğine ilişkin bir bulgu elde edilmez. Yalnızca, şüpheliye ait telefondan kimlerle ve ne zaman görüşüldüğü tespit edilir.

Nitekim bu konu Yargıtay'ın 03.10.2005 tarihli kararında⁶⁰ tartışılmış ve kararda "soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detaylı bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen "tespit", CMK'nın 135/6. maddesi kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle, hangi suça ilişkin olursa olsun, şüpheliye ait telefondan kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair "tespit" CMK'nın 135/1. maddesi uyarınca hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C.Savcısının kararıyla mümkündür." denerek konuyla ilgili tartışmalara nokta konmuştur.

Şu halde, CMK m. 135'teki herhangi bir tedbir türünün uygulanması için öncelikle yargıç kararı; bu olamazsa, yargıcın onayına sunmak kaydıyla, savcının emrinin alınması gerekecektir. Bu durumda, haberleşmenin gizliliğinin korunması yasayla sağlanmış ve ayrıca yargıç güvencesi altına da alınmıştır.

CMK m. 135'teki sınırlı sayı ilkesinin yanı sıra, hangi iletişim aracının dinleneceği veya sinyal bilgisinin tespit edileceğinin (iletişim aracının kodu) de kararda açıkça yazılması gerektiği, şüphelinin kimliğinin de kararda açıkça belirtilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. (CMK m. 135/4). CMK m. 135/4.c.son gereğince bu tedbire kural olarak en çok 3 aylık süre için karar verilebilecektir.

⁵⁸ Taşkın, a. g. m., s. 35.

⁵⁹ Yavuz, A. Hakan, "Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", *TBB Dergisi*, Sayı: 60, Yıl 2005 (Eylül-Ekim 2005), s. 249.

⁶⁰ 5. CD'nin 2005/14969 E; 2005/20489 K sayılı kararı, *YKD*, Haziran 2006, s. 992.

Tüm bu düzenlemelerden, AİHM'in yukarıda belirttiğimiz ölçütlerinden "*kanunla öngörülebilir olma*" (müdahalenin hukuka dayalı olması) ilkesine uyulduğu anlaşılmaktadır.

AİHM'in diğer ölçütü ise tedbirin meşruluğudur. (amaca uygunluk). CMK m. 135'le bu da sağlanmıştır. Çünkü 135. maddedeki tedbir ancak katalog olarak sayılan 14 suç için uygulanabilecektir.

Kanaatimizce, iletişimin tespitinin katalog suçlar kapsamında değerlendirilmemesi AİHM içtihatlarına aykırılık oluşturmaktadır. Tespitte her ne kadar haberleşmenin içeriğine girilmiyorsa da şüphelinin hangi iletişim aracından kimlerle ne zaman görüştüğü belirlenmekte ve bu şekilde özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi gündeme gelebilmektedir. Olası bir başvuruda, bu bakımdan AİHS'nin 8. maddesinin ihlali gerekçesi ile Türkiye'nin mahkumiyeti gündeme gelebilir. Dolayısıyla, tespit tedbirinin de katalog suçlar arasında sayılması ve CMK'da bu yönde bir düzenlemeye gidilmesi yararlı olacaktır.

AİHM içtihatlarında belirtilen son temel ilke olan "*müdahalenin demokratik toplumda zorunlu olması*" ilkesi ile CMK m. 135'in karşılaştırılması gerekirse şu söylenebilecektir ki CMK m. 135 düzenlemesi, ancak başka bir tedbirle sonuca ulaşamaması üzerine başvurulabilecek bir yoldur ve bu tedbire başvurabilmek için kuvvetli suç şüphesinin varlığı aranır. Dolayısıyla, AİHM içtihatlarındaki "*müdahalenin demokratik toplumda zorunluluğu*" (son çare oluşu) ölçütü de CMK m. 135 bağlamında bu yönüyle sağlanmıştır denebilecektir.

Yine CMK m. 135/7 gereğince maddede belirtilen esas ve usuller dışında hiç kimsenin bir başkasının iletişimini dinleyemeyeceğine veya kayda alamayacağına ilişkin düzenleme doğru olmakla birlikte CMK m. 141'deki "*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*" düzenlemesinin iletişimin denetlenmesini içermemesi nedeniyle eksik kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır.⁶¹ Bu nedenle, çözümün Anayasa'nın 19/son gereğince kişi hürriyeti ve güvenliği ile ilgili yapılan ihlallerde devletin, bireyin zararını tazminat hukukunun genel ilkelerine göre karşılayacağına ilişkin düzenlemenin CMK m. 135 kapsamındaki ihlallerde kıyasen uygulanmasından geçtiği düşüncesindeyiz.⁶² Aksi

⁶¹ Taşkın, a. g. m., s. 45, dn: 4.

⁶² Taşkın, a. g. m., s. 45, dn: 4.

halde, hukuka aykırı olarak iletişimi denetlenen bir kişinin tazminat hakkından yoksun kalması gündeme gelebilecektir ki bir hukuk devletinde böyle bir sonuç arzu edilen bir sonuç değildir.

c. Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesi, konuya AİHM içtihatları ekseninde bakıldığında, acaba haberleşmenin (özel hayatın) gizliliği ilkesini nasıl yorumlamaktadır?

Anayasa Mahkemesi, özel hayatın gizliliğine ilişkin bir kararında⁶³ yasa koyucunun Anayasa'nın 13, 20 ve 22. maddelerindeki genel sınırlama nedenlerini aynen yasalara aktarmakla Anayasa'da öngörülen "kanunilik" koşulunu yerine getirmiş sayılamayacağına hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre,⁶⁴ "milli güvenlik" ve "kamu düzeni" uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilir çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel kavramlardır ve bu nitelikte bir kuların olduğu gibi yasaya geçirilmesi Anayasa Koyucunun ereğine ve yönergesine uygun düşmez ve bir yasal düzenleme işini göreceği düşünülemez."

Bu karardan; Mahkeme'nin kanun koyucudan beklediğinin "yasa kalitesi" ve AİHM'in temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılacak hukuki metinlerde aradığı "öngörülebilirlik" özelliği olduğu sonucuna varılabilecektir.⁶⁵ Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından, AİHM içtihatlarıyla genel anlamda uyumlu bir yaklaşım sergilemektedir.

⁶³ 25.4.1974 gün ve 1973/41 E; 1974/13 K. sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1974/K1974-013.htm> (Erişim tarihi: 26.12.2009) . Aynı ilke, Mahkeme'nin 22.11.1976 gün ve 1976/27 E; 1976/51 K. sayılı kararında da vurgulanmıştır. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1976/K1976-51.HTM> (Erişim tarihi: 26.12.2009)

⁶⁴ 25.4.1974 tarihli karardan.

⁶⁵ Altıparmak, a. g. m., s. 37.

C. Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçunun Unsurları

1. Genel Olarak

TCK m. 132’de iki ayrı suç düzenlenmiştir. Bunlardan ilki maddenin ilk fıkrasındaki *“kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal”* suçudur. İkincisi ise, maddenin üçüncü fıkrasında *düzenlenen “kendisiyle yapılan haberleşmenin ifşası”* suçudur.

Aşağıda, her iki suç birlikte değerlendirilmiş, aradaki farklılıklar ise değerlendirmeler sırasında belirtilmiştir.

Yeni düzenlemenin 765 sayılı TCK’daki 195 ve 197. maddelerindeki düzenlemelerden ayrılan en temel noktası haberleşme araçlarının yalnızca mektup, telgraf, kapalı zarf gibi araçlarla sınırlandırılmamış olmasıdır. Düzenlemeye göre, her türlü haberleşmenin gizliliğinin ihlali halinde maddedeki suç oluşacaktır.

2. Korunan Hukuki Yarar

TCK 132. maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda korunan hukuki yarar haberleşme özgürlüğüdür.⁶⁶ Ancak kanaatimizce, suçla, kişiler arasındaki haberleşmenin mahremiyetinin korunması da amaçlanmıştır. Maddede korunan diğer bir hukuki yarar olarak, haberleşmenin aile üyeleri arasında gerçekleşmesi durumunda, *“aile yaşamı”* da gösterilebilir.⁶⁷

Kanaatimizce, haberleşmenin mahremiyetinin korunması, haberleşme özgürlüğüne veya aile yaşamının gizliliğine göre öncelikle korunması gereken bir hukuki yarardır.

3. Fail ve Mağdur

Suçun faili ve mağduru herkes olabilir. Zira madde metninde, suçun belli sıfat taşıyan kişiler tarafından işlenebileceğine dair herhan-

⁶⁶ İlkiz, Fikret, *“Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”*, *Türk Ceza Kanunu’nun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 10, İstanbul 2008, s. 403.

⁶⁷ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 457.

gi bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, suç özgülü suç değildir.⁶⁸ Suçun, kamu görevlisi de dahil herkes tarafından işlenebilmesi mümkündür. Ancak şunu önemle vurgulamak gerekir ki suçun oluşması için, haberleşmenin belli kişiler arasında gerçekleşiyor olması gerekir.⁶⁹

Burada önemle üzerinde durulması gereken nokta, TCK m. 132/1 ve 2'deki suçların faillerinin haberleşmenin tarafları dışındaki üçüncü bir kişi olmasındaki zorunluluktur.⁷⁰ Haberleşmenin taraflarından biri suçun faili ise TCK 132/3'te belirtilen "*kendisiyle yapılan haberleşmenin ifşası suçu*"nun oluştuğu kabul edilir.

Suçun oluşması için bir zararın doğması aranmamaktadır. Bu nedenle, bu suç tehlike suçudur.⁷¹ Oysa 765 sayılı TCK döneminde bu suçun oluşması için mağdurun zarar görmüş olması aranıyordu.⁷² Kanun koyucunun, zarar şartını kaldırmakla yerinde bir düzenleme yaptığını düşünüyoruz.

TCK'nın 137. maddesinde failin sıfatından kaynaklanan bir ağırlaştırıcı neden düzenlenmiştir. Buna göre, dokuzuncu bölümdeki suçların "*kamu görevlisi tarafından ve görevin verdiği yetki kötüye kullanılmak veya belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi*" durumunda faile verilecek ceza arttırılacaktır.

Gerçekten de sözgelimi emniyet istihbarat biriminde çalışan bir görevlinin, TCK m. 135'teki koşullar oluşmadan kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal etmesi halinde veya bir gazetecinin mesleğinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak kişilerin arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal etmesi durumunda cezanın arttırılması doğrudur.

⁶⁸ Ne var ki Erol, suçun oluşması için failin fiili icra hususunda hak ve yetkisinin olması gerektiğinden bahsetmiştir. Bundan neyin kast edildiği açık olmamakla birlikte, kanaatimizce, ifade tarzından, suçun failinin haberleşmeyi dinlemekle yetkili olan kamu görevlisi olmaması gerektiği sonucuna varılabilir. Anca bu yoruma katılmıyoruz. (Erol, Haydar, *Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Yayın Mat-bacılık, Ankara 2005, s. 686.)

⁶⁹ İlkiz, a. g. m., s. 404.

⁷⁰ Tezcan / Erdem / Önok, a. g. e., s. 458.

⁷¹ Taşkın, Şaban Cankat, *Bilişim Suçları*, 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, Kasım 2008, s. 94.

⁷² Taşkın, a. g. e., s. 95.

Suçun failinin tüzel kişilik olması durumunda TCK m. 140'ın göndermesiyle tüzel kişilik hakkında TCK m. 60'ta öngörülen güvenlik tedbirlerine hükmedilir.

4. Maddi Unsur

TCK m. 132/1'de düzenlene suçun maddi unsuru kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlalidir. Maddenin gerekçesine göre, suç belli kişiler arasındaki haberleşme içeriğinin öğrenilmesiyle işlenmektedir. Gerekçedeki bu tespitten yola çıkılarak, "haberleşmenin içeriği" kavramıyla, suçun maddi unsurunun tüm haberleşme araçlarını kapsar şekilde geniş yorumlanması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Şu halde, suçun maddi unsuru, alıcısına ulaşsın veya ulaşmasın haberleşme aracını açmak, ortadan kaldırmak, geciktirmek, hileli şekilde ele geçirmek ve içeriğini hileli şekilde öğrenmektir.⁷³

Bir görüşe göre,⁷⁴ haberleşme içeriğine dinleme ve ses alma cihazı ile yapılan müdahale TCK m. 133'teki "kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması" suçunu oluşturur. Oysa diğer bir görüş,⁷⁵ TCK m. 132/1.c.2'deki ifadeden yola çıkarak gizlilik ihlalinin "haberleşme içeriklerinin kaydı" suretiyle gerçekleşmesinin bünyesinde ses kaydedici bir cihazın kullanılmasını zorunlu olarak gerektirdiğinden ve öte yandan TCK m. 133'teki suçun oluşması için kişiler arasındaki konuşmaların "haberleşme" niteliği taşımasının gerekmediğinden yola çıkmakta ve ilk görüşü eleştirmektedir. Kanaatimizce de TCK m. 132/1c.2'de gizliliğin ihlalinin haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşmesi ayrıca düzenlendiği için ikinci görüş daha kabule şayandır.

Gizliliği ihlal edilen haberleşmenin içeriği ses veya görüntüyü kaydetmeye yarayan bir aletle kaydedilmişse TCK m. 132/1.c.son uygulanacaktır.⁷⁶ Bu kaydın nasıl yapıldığının veya haberleşmenin kaç

⁷³ İlkiz, a. g. m., s. 404.

⁷⁴ Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 268.

⁷⁵ Tezcan / Erdem / Önok, a. g. e., s. 459.

⁷⁶ Tezcan / Erdem / Önok, a. g. e., s. 459.

kişi arasında gerçekleştiğinin suçun oluşması bakımından bir önemi yoktur. Dolayısıyla, bu kayıt ses kaydının tespiti şeklinde olabileceği gibi, mektubun bir kopyasının el yazısı fotokopi veya fotoğraf, görüntü kaydı yoluyla çoğaltılması şeklinde de gerçekleşebilir.

Bir görüşe göre,⁷⁷ haberleşme içeriğinin kayda alınması ile zorunlu olarak onun gizliliği de ihlal edileceğinden; faile ayrıca TCK m. 132/1.c.son'dan ceza verilmemesi gerekir. Ancak kanaatimizce, bu şekildeki bir yorum TCK m. 132/1.c.son'un yasaya konmasındaki amaçla bağdaşır nitelikte değildir. Zira bu düzenlemede, gizliliğin ihlalinin haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşmesinin ayrıca yaptırıma bağlanması gerektiği belirtilmektedir.

Haberleşme, zorunlu olarak en az iki kişinin, araya bir iletişim aracı sokarak gerçekleştirdiği bir iletişim biçimi olarak tanımlanabilir.⁷⁸ Bu durumda, kişiler arasında haberleşme niteliği taşımayan konuşmaların çıplak kulakla dinlenmesi TCK m. 132'deki suçu oluşturmaz. Bu nitelikteki bir konuşma kayda alınmışsa TCK m. 133'teki suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir.⁷⁹

TCK m. 132/2'deki suçun oluşması içinse, haberleşme içeriğini öğrenen kişinin bunu ayrıca başkalarına da yaymış olması gerekir. Haberleşme içeriğinin hukuka uygun mu aykırı mı öğrenildiği suçun oluşumu bakımından önem taşımaz.⁸⁰ Ancak suç, haberleşme içeriklerinin ifşasıyla, yani yetkisiz kişiler tarafından öğrenilmesiyle oluşur.⁸¹

Tezcan / Erdem / Önok,⁸² böyle bir durumda haberleşme içeriğini açıklayan kişinin ayrıca haberleşmenin gizliliğini de ihlal etmiş olması durumunda hem TCK m. 132/1'den hem de TCK m. 132/2'den cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır. Oysa kanaatimizce, böyle bir durumda aynı hareketle birden fazla suçun oluşmasına neden olundu-

⁷⁷ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 459.

⁷⁸ Şen ise haberleşmeyi "bireylerin başkalarıyla paylaşmadığı ve doğrudan doğruya olmayıp bir araç vasıtasıyla yapmış oldukları görüşmelerin içeriği" olarak tanımlamaktadır. (Şen, *a. g. m.*, s. 712.)

⁷⁹ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 460.

⁸⁰ Soyaslan, *a. g. e.*, s. 269.

⁸¹ Erol, *a. g. e.*, s. 686.

⁸² Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 460.

ğu için TCK m. 44 gereğince failin daha ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılması gerekir.

TCK m. 132/2 anlamındaki ifşa, haberleşmenin içeriği konusunda üçüncü kişilere bilgi aktarma anlamında kullanılmaktadır.⁸³ Hukuk sözlüğünde ise ifşa “açığa vurma” şeklinde tanımlanmıştır.⁸⁴ Bu durumda, kişiler arasındaki haberleşmenin açığa vurulması ile TCK m. 132/2’deki suç oluşacaktır. Suçun maddi unsuru olarak da “kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi” belirtilebilir.

Soyaslan, ifşadan söz edilebilmesi için haberleşme içeriğine mutlak aleniyet kazandırılmış olması gerekmediği görüşündedir.⁸⁵ Gerçekten de TCK m. 132/2’de aleniyet suçun maddi unsuru olarak düzenlenmiş değildir. Şu halde, iki kişi arasındaki haberleşmenin içeriğini, üçüncü bir kişiye aktaran, örneğin yüzüne söyleyen, kişi bakımından da suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir.

Ifşadan bahsedilebilmesi için sadece haberleşmenin değil, aynı zamanda bunun tarafı olan kişi ya da kişilerin de açıklanması gerekir. Suçun oluşması için haberleşme içeriğinin tamamen açıklanmış olması aranmaz. Ancak, açıklanan şeyin haberleşmenin içeriği ile ilişkili olması gerekir.⁸⁶ Diğer yandan, ifşa açık veya örtülü; yazılı veya sözlü de olabilir.

TCK m. 132/3’te ise kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini ifşa etme fiili cezalandırılmaktadır. Bu suçun cezalandırılabilmesi için, kendisiyle yapılan haberleşmenin diğer tarafın rızasız olmaksızın alenen ifşa edilmesi gerekir. Aleniyet yoksa suç da oluşmayacaktır.

TCK m. 132/3’ün m. 132/2’den bazı noktalarda farklılığı bulunmaktadır. Bunlardan ilki TCK m. 132/2’deki suçun oluşması için haberleşme içeriğinin alenen ifşa edilmesi gerekmezken, m. 132/3’teki suçun oluşması için aleniyetin varlığının aranmasıdır. Haberleşme içeriğine aleniyet kazandırılmış sayılması için, haberleşme içeriğinin belirsiz sayıdaki kişilere ulaştırılmasına olanak sağlanmış olma-

⁸³ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 460.

⁸⁴ Yılmaz, *a. g. e.*, s. 384.

⁸⁵ Soyaslan, *a. g. e.*, s. 268.

⁸⁶ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 460.

sı gerekir.⁸⁷ Sözgelimi, haberleşme içeriğinin televizyondan, radyodan veya internette yayımlanması durumunda TCK m. 132/3'teki suç oluşacaktır.

Maddenin ikinci fıkrası ile üçüncü fıkrası arasındaki farka suçun failini ve mağdurunu incelerken de değinmiştik. Yinelerseniz, TCK m. 132/1 ve 2. fıkralarındaki suçun faili, haberleşmenin tarafı dışındaki üçüncü kişiyken, TCK m. 132/3'teki suçun faili ise haberleşmenin tarafı olan kişidir. Ancak, suçun oluşması için, haberleşmenin diğer tarafının haberleşme içeriğinin açıklanmasına rıza göstermemiş olması gerekir.

Bir görüşe göre, buradaki "rıza dışılık"tan hukuka aykırılık değil, tipiklik anlaşılmalıdır.⁸⁸ Ancak, kanaatimizce, buradaki rıza dışılık hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak yorumlanmalıdır.

5. Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK m. 132'deki suçun oluşması için haberleşmenin gizliliğine yönelik müdahalenin herhangi bir hak veya yetkiye dayanmaması gerekir. Bu nedenle TCK m. 26/1'deki 1 "hakkın kullanılması" bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak gösterilebilir. Örneğin, disiplin yetkisini kullanmak için ebeveynin çocuğuna gönderilmiş olan e-postaları açması veya mektupları okuması durumunda TCK m. 132'deki suç oluşmayacaktır.

Bir diğer hukuka uygunluk nedeni de kanunun verdiği yetkinin kullanılmasıdır. Örneğin el koyma (CMK m. 126 vd.) ile yukarıda genişçe incelediğimiz telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi (CMK m. 135) de bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni sayılacaktır. Aynı şekilde Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un 68/2 maddesi uyarınca tutuklu ve hükümlülere gönderilen mektupların infaz kurumu tarafından denetlenmesi de bir hukuka uygunluk nedeni olarak sayılacaktır.

⁸⁷ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 460.

⁸⁸ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 461.

TCK m. 132/3'teki suç bakımından ise iki kişi arasındaki haberleşmenin içeriğinin açıklanmasına diğer tarafın rıza göstermesi durumunda da TCK m. 26/2 gereğince suç oluşmayacaktır.

6. Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru genel kasttır.⁸⁹ Ancak, bir görüşe göre⁹⁰ suçun olası kasıtlı da işlenebilmesi mümkündür. Böyle bir durumda TCK m. 21/2 gereğince cezanın indirilmesi gerekecektir.

Her durumda failin kastının haberleşmenin gizliliğinin ihlaline yönelik olması gerekecektir. Bu nedenle, bir mektubu içindeki parayı almak için açan kişi hırsızlık suçunu işlemiş olur.⁹¹ Yargıtay da konuyu böyle yorumlamıştır.⁹² Ancak Yargıtay, daha sonraki kararlarında içtihadından dönmüştür.⁹³ Örnek kararın özeti şöyledir:⁹⁴ *“Sanığın kendisine gelmeyen zarfı açmakla Türk Ceza Yasası'nın 195. maddesine giren suçun, bir başka deyişle, içindeki parayı almak amacıyla açtığı ve fakat parayı almaktan vazgeçtiği taktirde, eylemin gönüllü vazgeçme nedeniyle Türk Ceza Yasası'nın 61/son madde ve fıkrası uyarınca aynı yasanın 195. maddesindeki suçun; parayı almakla da ayrıca hırsızlık ev dolayısıyla da araç ve amaç suçlarının aynı yasanın 78. maddesine göre birlikte oluşacakları ve mağdurların süresi içinde yakınmadıkları gözetilerek Türk Ceza Yasası'nın 195. maddesi uyarınca açılan davanın düşürülmesi gerekirken eylemlerin ve dolayısıyla suçun tek olarak kabulü yasaya aykırıdır.”*

7. Suça Etki Eden Haller

TCK m. 132/4'te suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunda temel cezanın ağırlaştırılması gerektiği belirtilmiştir. Dolayı-

⁸⁹ Taşkın, *a. g. e.*, s. 94.

⁹⁰ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 461.

⁹¹ Majno, *Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları*, Cilt: 2, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 139.

⁹² CGK'nın 25.06.1990 tarih ve 1990/5-157 E; 1990/200 K. sayılı kararı (KBİBB).

⁹³ 4. CD'nin 11.10.1990 tarih; 1990/5122 E; 1990/5000 K. sayılı kararı (KBİBB).

⁹⁴ Tezcan / Erdem / Önok, bu kararın ancak failin mektubun içeriğini öğrenmek amacıyla zarfı açmış olması söz konusu ise isabetli olduğu görüşündedir. (Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 461, dn: 26.)

sıyla, TCK m. 132'nin her üç fıkrasındaki suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunda dördüncü fıkradaki ağırlaştırıcı neden uygulanacaktır. Bu kapsama basılı, süreli ve süresiz yayınlar girdiği gibi, internet de girer. Ancak, "facebook" veya "twitter" gibi paylaşım sitelerinden haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi durumunda dördüncü fıkradaki ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü bu türdeki siteler "yayın" sınıfına giren internet siteleri değildir. Bu tür sitelerin amacı sadece kitlelere yayın yapmak değildir. Asıl amaçları kişisel bilgilerin ve etkinliklerin üçüncü kişilerle paylaşılması olan bu siteler aracılığıyla haberleşmenin gizliliği ihlal edilirse, TCK m. 132/4'te sadece "basın ve yayın" yoluyla haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesinin suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmiş olduğu gözetilerek, failer hakkında suçun temel şeklienden soruşturma yürütülmelidir. Çünkü bu konuda yasa da bir boşluk vardır. TCK m. 132/4'teki internet yayınından anlaşılması gereken internetteki haber siteleri veya gazetelerin internet siteleridir. Konuyu bu doğrultuda yorumlamak gerekir. Kanunilik ilkesi de bunu gerektirir.

Kanundaki boşluğun giderilmesi için TCK m. 132/4 hükmü yeniden düzenlenmeli ve fıkra "basın, yayın veya internetten paylaşım yoluyla" suçun işlenmesi durumunda ağırlaştırıcı nedenin uygulanacağına ilişkin bir düzenleme konmalıdır.

TCK m. 132'deki suçta uygulanacak diğer bir ağırlaştırıcı neden olarak da suçun faili ve mağduru başlığını incelerken değindiğimiz TCK m. 137'deki failden kaynaklanan ağırlaştırıcı neden gösterilebilir. Buna göre, failin kamu görevlisi olması, görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak veya belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıklardan yararlanarak bu suçu işlemesi durumunda fail hakkında ağırlaştırıcı neden uygulanacaktır.

8. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a. Teşebbüs

TCK m. 132'nin her üç fıkrasında düzenlenen suç da hareket suçu olduğu için ancak icra hareketlerinin bölünebildiği durumlarda teşebbüsün varlığı gündeme gelecektir.⁹⁵

⁹⁵ Tezcan / Erdem / Önok, a. g. e., s. 462.

b. İştirak

Bu suçlar, iştirak bakımından bir özellik taşımaz. Dolayısıyla, suçta iştirak değerlendirilirken TCK m. 37'deki faillik; TCK m. 38'deki azmettirme; TCK m. 39'daki yardım etme ve TCK m. 40'taki bağıllık kuralı dikkate alınacaktır. Başka bir deyişle, iştirake ilişkin genel kurallar uygulanacaktır.

c. İçtima

TCK m. 132'nin ilk üç fıkrasında düzenlenmiş olan suçlar kendi aralarında içtima ilişkisinde olabileceği gibi, bu suçlar diğer suçlarla da içtima ilişkisinde bulunabilir.

Örneğin gizliliği ihlal eden haberleşmenin aynı zamanda kayda da alınması durumunda yalnızca TCK m. 132/1.c.2 uygulanır. Bu durumda, faile ayrıca gizliliği ihlal ettiği gerekçesiyle TCK m. 132/1.c.1'den ceza verilemez.⁹⁶ Ancak bir görüşe göre,⁹⁷ haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kişi aynı zaman da bunu ifşa da etmişse faile hem TCK m. 132/1'den hem de TCK m. 132/2'den ceza verilmesi gerekecektir. Oysa böyle bir durumda, kanaatimizce TCK m. 44 gereği, daha ağır yaptırımını içeren hükmün fail hakkında uygulanması gerekmektedir. Bu durumda TCK m. 132/2'deki hükmün fail bakımından uygulanması gerekecektir.

Haberleşmenin içeriğinin ifşası aynı zamanda hakaret suçunu da oluşturabilir. Bu durumda TCK m. 132/2 (veya duruma göre m. 132/3) ile TCK m. 125 arasında TCK m. 44 gereğince fikri içtimaya gidilmesi gerekecektir.

Haberleşmenin içeriğini öğrenen kişi bunu ifşa etmek tehdidiyle haksız bir çıkar sağlayacak olursa duruma göre TCK m. 148'deki yağma veya TCK m. 107'deki şantaj suçlarının da uygulanması gündeme gelebilecektir.⁹⁸

⁹⁶ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 462.

⁹⁷ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 462.

⁹⁸ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 462.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, her defasında mağdurun aynı kişi olması koşuluyla zincirleme olarak da işlenebilir. Ancak zincirleme suçun uygulanabilmesi için kanunun aynı hükmünün birden çok kez ihlal edilmiş olması gerekir. Bu durumda, TCK m. 132'nin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları bakımından zincirleme suçun oluştuğundan bahsedebilmek için, her fıkranın mağdur bakımından birden çok kez ihlal edilmiş olması şartı aranacaktır.⁹⁹ Yoksa bir seferinde birinci, diğerinde ikinci veya üçüncü fıkranın ihlal edilmesi durumunda, her seferinde farklı bir suç işlenmiş sayılacağından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır.¹⁰⁰

9. Kovuşturma

TCK m. 132'nin her üç fıkrasında tanımlanmış olan suçların kovuşturması TCK m. 137'deki düzenleme gereğince şikayete tabidir.

Sonuç ve Değerlendirme

1. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun daha iyi anlaşılabilmesi için CMK m. 135'teki iletişimin denetlenmesi tedbirinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bu maddede sayılan koşullara uyulmaması TCK m. 132'deki suçun oluşmasına sebebiyet verebilir.

CMK m. 135 düzenlemesi genel anlamda AİHM içtihatlarına uygundur. Ancak kanaatimizce, iletişimin tespitinin katalog suçlar kapsamında değerlendirilmemesi AİHM içtihatlarına aykırılık oluşturmaktadır. Tespitte her ne kadar haberleşmenin içeriğine girilmiyorsa da şüphelinin hangi iletişim aracından kimlerle ne zaman görüştüğü belirlenmekte ve bu şekilde özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi gündeme gelebilmektedir. Olası bir başvuruda, bu bakımdan AİHM'nin 8. maddesinin ihlali gerekçesi ile Türkiye'nin mahkumiyeti gündeme gelebilir. Dolayısıyla, tespit tedbirinin de katalog suçlar arasında sayılması ve CMK'da bu yönde bir düzenlemeye gidilmesi yararlı olacaktır.

⁹⁹ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 462.

¹⁰⁰ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 462.

CMK m. 135/7 gereğince maddede belirtilen esas ve usuller dışında hiç kimsenin bir başkasının iletişimini dinleyemeyeceğine veya kayda alamayacağına ilişkin düzenleme doğru olmakla birlikte CMK m. 141'deki "*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*" düzenlemesinin iletişimin denetlenmesini içermemesi nedeniyle eksik kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle, çözümün Anayasa'nın m. 19/son gereğince kişi hürriyeti ve güvenliği ile ilgili yapılan ihlallerde devletin, bireyin zararını tazminat hukukunun genel ilkelerine göre karşılayacağına ilişkin düzenlemenin CMK m. 135 kapsamındaki ihlallerde kıyasen uygulanmasından geçtiği düşüncesindeyiz. Aksi halde, hukuka aykırı olarak iletişimi denetlenen bir kişinin tazminat hakkından yoksun kalması gündeme gelebilecektir ki bir hukuk devletinde böyle bir sonuç arzu edilen bir sonuç değildir.

2. TCK m. 132. maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda korunan hukuki yarar haberleşme özgürlüğüdür. Ancak kanaatimizce, suçla, kişiler arasındaki haberleşmenin mahremiyetinin korunması da amaçlanmıştır. Maddede korunan diğer bir hukuki yarar olarak, haberleşmenin aile üyeleri arasında gerçekleşmesi durumunda, "*aile yaşamı*" da gösterilebilir.

Kanaatimizce, haberleşmenin mahremiyetinin korunması, haberleşme özgürlüğüne veya aile yaşamının gizliliğine göre öncelikle korunması gereken bir hukuki yarardır.

Diğer yandan, TCK m. 132/1 ve 2'deki suçun oluşması için zarar doğması aranmaz. Bu yönüyle suç tehlike suçudur. Oysa 765 sayılı TCK döneminde suçun oluşması için mağdurun zarar görmesi aranmaktaydı. Kanun koyucunun, zarar şartını kaldırmakla yerinde bir düzenleme yaptığını düşünüyoruz.

3. TCK 132/1'de düzenlenen suçun maddi unsuru kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlali. Maddenin gerekçesine göre, suç belli kişiler arasındaki haberleşme içeriğinin öğrenilmesiyle işlenmektedir. Gerekçedeki bu tespitten yola çıkılarak, "*haberleşmenin içeriği*" kavramıyla, suçun maddi unsurunun tüm haberleşme araçlarını kapsar şekilde geniş yorumlanması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Şu halde, suçun maddi unsuru, alıcısına ulaşsın veya ulaşmasın haberleşme aracını açmak, ortadan kaldırmak, geciktirmek, hileli şekilde ele geçirmek ve içeriğini hileli şekilde öğrenmektir.

Bir görüşe göre, haberleşme içeriğine dinleme ve ses alma cihazı ile yapılan müdahale TCK m. 133'teki "*kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması*" suçunu oluşturur. Oysa diğer bir görüş, TCK m. 132/1.c.2'deki ifadeden yola çıkarak gizlilik ihlalinin "*haberleşme içeriklerinin kaydı*" suretiyle gerçekleşmesinin bünyesinde ses kaydedici bir cihazın kullanılmasını zorunlu olarak gerektirdiğinden ve öte yandan TCK m. 133'teki suçun oluşması için kişiler arasındaki konuşmaların "*haberleşme*" niteliği taşımasının gerekmediğinden yola çıkmakta ve ilk görüşü eleştirmektedir. Kanaatimizce de TCK m. 132/1c.2'de gizliliğin ihlalinin haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşmesi ayrıca düzenlendiği için ikinci görüş daha kabule şayandır.

4. Bir görüşe göre, haberleşme içeriğinin kayda alınması ile zorunlu olarak onun gizliliği de ihlal edileceğinden; faile ayrıca TCK m. 132/1.c.son'dan ceza verilmemesi gerekir. Ancak kanaatimizce, bu şekildeki bir yorum TCK m. 132/1.c.son'un yasaya konmasındaki amaçla bağdaşır nitelikte değildir. Zira bu düzenlemede, gizliliğin ihlalinin haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşmesinin ayrıca yaptırıma bağlanması gerektiği belirtilmektedir.

5. Haberleşme, zorunlu olarak en az iki kişinin, araya bir iletişim aracı sokarak gerçekleştirdiği bir iletişim biçimi olarak tanımlanabilir. Bu durumda, kişiler arasında haberleşme niteliği taşımayan konuşmaların çıplak kulakla dinlenmesi TCK m. 132'deki suçu oluşturmaz. Bu nitelikteki bir konuşma kayda alınmışsa TCK m. 133'teki suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir.

TCK m. 132/2'deki suçun oluşması içinse, haberleşme içeriğini öğrenen kişinin bunu ayrıca başkalarına da yaymış olması gerekir. Haberleşme içeriğinin hukuka uygun mu aykırı mı öğrenildiği suçun oluşumu bakımından önem taşımaz.

Tezcan/Erdem/Önok, böyle bir durumda haberleşme içeriğini açıklayan kişinin ayrıca haberleşmenin gizliliğini de ihlal etmiş olması durumunda hem TCK m. 132/1'den hem de TCK m. 132/2'den ceza-

landırılması gerektiğini savunmaktadır. Oysa kanaatimizce, böyle bir durumda aynı hareketle birden fazla suçun oluşmasına neden olduğu için TCK m. 44 gereğince failin daha ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılması gerekir.

6. TCK m. 132/3'ün 132/2'den bazı noktalarda farklılığı bulunmaktadır. Bunlardan ilki TCK m. 132/2'deki suçun oluşması için haberleşme içeriğinin alenen ifşa edilmesi gerekmezken, m. 132/3'teki suçun oluşması için aleniyetin varlığının aranmasıdır. Haberleşme içeriğine aleniyet kazandırılmış sayılması için, haberleşme içeriğinin belirsiz sayıdaki kişilere ulaştırılmasına olanak sağlanmış olması gerekir. Sözgelimi, haberleşme içeriğinin televizyondan, radyodan veya internetten yayınlanması durumunda TCK m. 132/3'teki suç oluşacaktır.

Maddenin ikinci fıkrası ile üçüncü fıkrası arasındaki farka suçun failini ve mağdurunu incelerken de değinmiştik. Yinelerseniz, TCK m. 132/1 ve 2. fıkralarındaki suçun faili, haberleşmenin tarafı dışındaki üçüncü kişiyken, TCK m. 132/3'teki suçun faili ise haberleşmenin tarafı olan kişidir. Ancak, suçun oluşması için, haberleşmenin diğer tarafının haberleşme içeriğinin açıklanmasına rıza göstermemiş olması gerekir.

Bir görüşe göre, buradaki "*rıza dışılık*"tan hukuka aykırılık değil, tipiklik anlaşılmalıdır. Ancak, kanaatimizce, buradaki rıza dışılık hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak yorumlanmalıdır.

7. TCK m. 132/4'te suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunda temel cezanın ağırlaştırılması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla, TCK m. 132'nin her üç fıkrasındaki suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunda dördüncü fıkradaki ağırlaştırıcı neden uygulanacaktır. Bu kapsama basılı, süreli ve süresiz yayınlar girdiği gibi, internet de girer. Ancak, "*facebook*" veya "*twitter*" gibi paylaşım sitelerinden haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi durumunda dördüncü fıkradaki ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü bu türdeki siteler "*yayın*" sınıfına giren internet siteleri değildir. Bu tür sitelerin amacı sadece kitlelere yayın yapmak değildir. Asıl amaçları kişisel bilgilerin ve etkinliklerin üçüncü kişilerle paylaşılması olan bu siteler aracılığıyla haberleşmenin gizliliği ihlal edilirse, TCK m. 132/4'te sadece "*basın ve yayın*" yoluyla haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesinin suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak dü-

zenlenmiş olduğu gözetilerek failer hakkında suçun temel şekliinden soruşturma yürütülmelidir. Çünkü bu konuda yasada bir boşluk vardır. TCK m. 132/4'teki internet yayınından anlaşılması gereken internetteki haber siteleri veya gazetelerin internet siteleridir. Konuyu bu doğrultuda yorumlamak gerekir. Kanunilik ilkesi de bunu gerektirir.

Kanun'daki boşluğun giderilmesi için TCK m. 132/4 hükmü yeniden düzenlenmeli ve fıkra "basın, yayın veya internetten paylaşım yoluyla" suçun işlenmesi durumunda ağırlaştırıcı nedenin uygulanacağına ilişkin bir düzenleme konmalıdır.

8. TCK m. 132'nin ilk üç fıkrasında düzenlenmiş olan suçlar kendi aralarında içtima ilişkisinde olabileceği gibi, bu suçlar diğer suçlarla da içtima ilişkisinde bulunabilir.

Örneğin gizliliği ihlal eden haberleşmenin aynı zamanda kayda da alınması durumunda yalnızca TCK m. 132/1.c.2 uygulanır. Bu durumda, faile ayrıca gizliliği ihlal ettiği gerekçesiyle TCK m. 132/1.c.1'den ceza verilemez. Ancak bir görüşe göre, haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kişi aynı zaman da bunu ifşa da etmişse faile hem TCK m. 132/1'den hem de TCK m. 132/2'den ceza verilmesi gerekecektir. Oysa böyle bir durumda, kanaatimizce TCK m. 44 gereği, daha ağır yaptırımı içeren hükmün fail hakkında uygulanması gerekmektedir. Bu durumda TCK m. 132/2'deki hükmün fail bakımından uygulanması gerekecektir.

KAYNAKLAR

- Altıparmak, Kerem, "Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu"; *TBB Dergisi*, Sayı: 63, Mart-Nisan 2006, s. 35 vd.
- Atak, Songül, "Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Özel Yaşam Hakkı", *YÜHFD*, Cilt: IV, Sayı: 2, Yıl: 2007, s. 189 vd.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Avrupa Konseyi, Şen Matbaacılık, Ankara, Kasım 2003.
- Cooper, Jonathan, "Düşünce, Vicdan, Din ve İfade Özgürlüğü", *Tebliğ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu*, Ankara 24-25 Ekim 2003, s. 118 vd.

- Doğru, Osman, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları*, Cilt: 2, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004.
- Erol, Haydar, *Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Yayın Matbaacılık, Ankara 2005.
- Eryılmaz, M. Bedri, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Gölcüklü, A. Feyyaz/ Gözübüyük, A. Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku*, TBB Yayınları, Sorularla Hukuk Dizisi:1, Şen Matbaacılık, Birinci Baskı, Ankara, Eylül 2005.
- İlkiz, Fikret; "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar", *Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları : 10, İstanbul, Nisan 2008, s. 399-446.
- Kaboğlu, Ö. İbrahim, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2005.
- Kaboğlu, İbrahim, *Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, Afa Yayıncılık, Dördüncü Baskı, İstanbul, Nisan 1998.
- Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası.*
- Majno, *Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları*, Cilt: 2, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.
- Özbek, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Şen, Ersan, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel Hayata Karşı Suçlar"; *İBD*, Cilt : 79, Sayı : 3, Yıl : 2005, s. 709 vd.
- Taşkın, Şaban Cankat, *Bilişim Suçları*, 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, Kasım 2008.
- Taşkın, Şaban Cankat, "İletişimin Denetlenmesi ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin AİHM İçtihatları Işığında İncelenmesi", *TBB*, Sayı:84, Eylül 2008, s. 35 vd.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat, "Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku", Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2007.
- Türkiye Barolar Birliği, Özel Hayatın Gizliliği Paneli*, Fatih Selami Mahmutoğlu'nun konuşması, Ankara, 18 Ekim 2008, TBB Yayınları, Şen Matbaacılık, s. 103 vd.

Yargıtay Kararları Dergisi, Haziran 2006, s. 992 vd.

Yarsuvat, Duygun, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Göre Kişi Hürriyeti ve Güvenliği, Özel hayatın Gizliliği, Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Hürriyeti Üzerine Düşünceler", *Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu*, 22-24 Nisan 2003, Türkiye Büyük Millet Meclisi Yayınları No:1, Ankara 2003, s.21-36.

Yavuz, A. Hakan; "Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak 'Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi'", *TBB Dergisi*, Sayı: 60, Yıl 2005 (Eylül-Ekim 2005), s. 235-261.

Yazıcıoğlu, Yılmaz, "Özel Hayatın Korunması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu", *Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 10, İstanbul, Nisan 2008, s. 382-398.

Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara 1992.

İnternet Kaynakları

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1974/K1974-013.htm> (Erişim tarihi : 26.12.2009)

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1976/K1976-51.HTM> (Erişim tarihi : 26.12.2009)

<http://www.tdksozluk.com/sozara.php?qu=%F6zel+hayat&ne=a> (Erişim tarihi : 21.12.2009)

(<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Costello-Roberts&sessionid=40944912&skin=hudoc-en> Erişim tarihi : 23.12.2009)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=12&portal=hbkm&action=html&highlight=%20%20Y&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Gaskin&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Rotaru&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Dudgeon&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Lopez%20%20Ostra&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Golder&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> ((Erişim tarihi : 23.12.2009)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Klass&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009) (Klass-Almanya Kararı)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Boughanemi&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Niemietz&sessionid=40945022&skin=hudoc-en> (Erişim tarihi : 23.12.2009)

KASTEN ÖLDÜRMENİN İHMALİ DAVRANIŞLA İŞLENMESİ “Türk Ceza Kanunu 83. Madde”

INTENTIONALLY HOMICIDE BY NEGLIGENCE

Özlem KOÇAK SÜREN*

Özet: Makale Türk Ceza Kanunu'nun 83. maddesinde yer alan kasten adam öldürmenin ihmal suretiyle işlenmesi suçu hakkında ayrıntılı bilgi içermektedir. Makalede suçun tüm unsurları tek tek incelenmekte ve ayrıca günlük hayattan suç ile ilgili örneklere de yer verilmektedir. Özellikle hekimler ve aile bireylerinin ihmalinin hangi durumlarda kasten yapılmış olarak sayılacağı konusuna da konuya açıklık getirilmektedir.

Anahtar Sözcükler: Adam öldürme, kast, ihmal, taksir, garantörlük, Türk Ceza Kanunu m. 83, hekim.

Abstract: In the article, there is very important information and examples about intentionally homicide by negligence which is written in 83. article of Turkish Criminal Code. Especially, doctors' and parents' liability is examined and it is answered when it is supposed if they have intention to murder by negligence or not.

Keywords: Homicide, intention, negligence, remissness, Turkish Criminal Code article 83, doctors, parents.

GİRİŞ

5237 sayılı yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) ikinci kitabının, ikinci kısmının, birinci bölümü, 81 ve 85. maddeler arasında “Hayata Karşı Suçlar”ı düzenlemiştir. Bu bölümde m. 81 ile kasten öldürme, m. 82 ile nitelikli haller, m. 83 ile kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi, m. 84 ile intihara yönlendirme ve nihayet m. 85

* Av., İstanbul Barosu, Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku yüksek lisans öğrencisi.

ile taksirle öldürme suçları düzenlenmiştir. Çalışmada bu suçlardan “*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*” incelenmektedir.

Suçun ihmali bir hareketle işlenen bir suç olması nedeniyle çalışmanın başında ihmâl kavramı hakkında bilgi verilmekte, daha sonra suçun özellikleri konu ile ilgili tüm mevzuat örneklerle anlatılmaktadır.

I. GENEL BİLGİLER

1. Kavramlar ve İhmalin Tanımları

Fiil, bir iradeye dayanan, dış âlemde veya kişinin hukuki sahasında değişiklikler meydana getiren insan hareketleridir/ davranışlarıdır.¹ Hareket, icrai veya ihmali olabilir.² İcrai hareketler, yapılması yasak olan hukuk kurallarına (yasak normlar) aykırı olarak yapılan aktif davranışlardır³ (tekme vurmak, bıçak çekmek gibi). İhmali hareketler ise bir fiilin yapılması emredilen hukuk kurallarına (emir normları) aykırı olarak yapılmayan yani belli bir davranışta bulunma yükümlülüğüne aykırı olan pasif davranışlardır (annenin bebeğini beslememesi, hekimin hastayı tedavi etmemesi gibi).

İhmalin sözlük anlamı *Türkçe Sözlük*'te “*gereken ilgiyi göstermeme, boşlama, savsaklama, savsama, önem vermeme*”dir.⁴ *Türk Hukuk Lûgati*'nda ihmâl, kusur kavramının bir çeşidi olarak “*haksız bir neticeyi istihdaf etmemekle beraber kanunun emirlerini yerine getirmemek*” olarak açıklanmıştır.⁵ Hukuk sözlüğünde ise ihmâl, “*haksız sonuca yönelmekle birlikte, durumun ve koşulların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermeme hali; dikkatsizlikten ve veya özensizlikten kaynaklanan kusur; savsama; gerekli özeni göstermeme; hafif kusur hali*” olarak, ihmali suçlar da “*olumsuz bir hareket sonucunda işlenen suçlar*” olarak tanımlanmıştır.⁶

¹ *Türk Hukuk Lûgati*, Ankara 1998, 4. Bası, s. 96.

² Doktrinde icrai suçlar için “icabi”, ihmali suçlar için “selbi” hareketli suç terimleri de kullanılmıştır, bkz. Faruk Erem / Ahmet Danişman / Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997, s. 257.

³ Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Legal Yayınevi, 2.Bası, Ankara 2004, s. 425.

⁴ <http://tdkterim.gov.tr>

⁵ *Türk Hukuk Lûgati*, s. 208.

⁶ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Beta Yayıncılık, 5.Baskı, Ankara 1996, s. 363.

Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesini düzenleyen TCK'nın 83. maddesinin gerekçesinde ihmalin tanımı, "kişiye belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yüklendiği hallerde, bu yükümlülüğe uygun davranılmaması" olarak yapılmıştır.⁷

İhmali suçlarda hareket hakkında doktrinde çeşitli görüşler yer almıştır. Bunlar; hareketin doğal niteliğini savunan "doğacı görüş", ihmali hareketi somut bir gerçek olarak kabul eden "somutluluk kuramı", hareketi bir kuralın ihlali olarak kabul eden "harekette kuralcı anlayış", icrai hareketle ihmali hareketin daha geniş bir kavram olan insan davranışlarının çeşitleri olarak kabul eden "geniş kavram", bir insan davranışında icrai hareketle ihmali hareketin aynı anda var olduğunu kabul eden "icrai, ihmali hareketi doğacı görüşte birleştirenler", insan davranışlarının amaçlarına göre incelenmesi gerektiğine inanan "harekette amaçsal anlayış ve ümanist doktrindir".⁸

2. İhmali Suçların Kısaca Tarihsel Gelişimi

Avrupa hukuk tarihinde ihmali suçlar ilk olarak, Platon ve Saint Augustin gibi önemli düşünürlerin suçların işlenmesine engel olunmamasının veya ihbar edilmemesinin suç olması gerektiğini iddia etmesiyle karşımıza çıkmaktadır.⁹ Günümüzde Avrupa'da birçok ülkede (Almanya, İtalya, Fransa gibi) kasten adam öldürmenin ihmali hareketle işlenmesi cezalandırılmaktadır.¹⁰

Roma hukukunda ihmal bazı durumlarda cezalandırılmıştır, örneğin; memurun görevlerini ihmali ve suiistimali, hekimlerin ihmal ile ölüme sebebiyet vermesi, evli bir erkeğin karısının fuhşuna katlanması, kölenin işlenmekte olan bir suçu önlememesi gibi durumlarda bu kişilerin ihmallerinden cezalandırılacağı kabul edilmiştir.¹¹

⁷ Maddenin gerekçesi için bkz. Artuk / Gökçen / Yenidünya, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, Legal Yayınevi, 1. Bası, İstanbul 2005, s. 181.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erem / Danışman / Artuk, s. 259 vd.

⁹ Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 36.

¹⁰ Bkz. Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul 1998, s. 15 vd.

¹¹ Hakeri, ...İhmal Kavramı..., s. 36.

Türk hukukunda ihmali suçların tarihsel gelişimine bakacak olursak; Türkler, İslamiyet'i kabul ettikten sonra İslam Hukukundan etkilenmiştir ve İslam Hukukunda yer alan bazı ihmal suçları, Osmanlı İmparatorluğu'nda da değişik düzenlemelerle yer almıştır (Örneğin; Kanuni Kanunnamesi'nde hırsızlık suçunu bildirmeme, 1840 Ceza Kanunu'nda vergi vermeme, 1858 Ceza Kanunu'nun 101. maddesiyle memurların görevi ihmali cezalandırılmıştır.).¹²

3. İhmali Suçların Çeşitli Ayrımları ve Garantörlük Kavramı

İhmali suçlar klasik ikili ayrımla "*basit ve nitelikli*" ihmali suçlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitelikli ihmali suçlar doktrinde, "*ihmal suretiyle icra suçları*",¹³ "*garantörsel ihmali suçlar*",¹⁴ "*olumsuz hareketli icabi suçlar*",¹⁵ "*görünüşte ihmali suçlar*",¹⁶ "*gerçek olmayan ihmali suçlar*"¹⁷ olarak da anılmaktadır. Ancak doktrinde bir görüş ihmali suçları üçe ayırmış, bu iki suç tipine bir de "*sonucu önlememek*" ihmali suçunu eklemiştir.¹⁸ Buna göre örneğin yaralı birini gören ve yardım etmeyen kişinin ihmali, diğer ihmal türlerinden farklıdır, nitekim fail daha ağır bir neticeyi önlemekte ihmal göstermiştir.

Basit ya da diğer adıyla saf ihmali suçlar, kanunun yapılmasını istediği bir hareketin yapılmaması ile oluşur, örneğin; görevin ihmali (TCK m. 257/2); kamu görevlisinin öğrendiği suçü merciiine bildirmemesi (TCK m. 279); terk edileni resmi makamlara haber vermemek, hasta veya yaralıya yardım etmemek (TCK m. 98).¹⁹

¹² Hakeri, ...*İhmal Kavramı...*, s. 42 vd.

¹³ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 427.

¹⁴ Hakan Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları (TCK 81-82-83)*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 76 vd.

¹⁵ Erem / Danışman / Artuk, s. 257.

¹⁶ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 236.

¹⁷ Hans Jescheck, ihmali suçları "gerçek ve gerçek olmayan" olarak ikiye ayırmaktadır, bkz. Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 70.

¹⁸ Erem / Danışman / Artuk, s. 258.

¹⁹ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yay.*, Ankara 2005, s. 233, Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / A. Caner Yenidünya, *5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Legal Yay., Ankara 2006, s. 16.

İcrai suçlar, sırf hareket suçları veya neticeli suçlar olabileceği gibi ihmali suçlar sadece sırf hareket suçları olabilir, yani ihmalin varlığıyla suç tamamlanır, zarar neticesi aranmaz.²⁰ Ancak neticeli suçlarda netice bazen ihmali bir davranışla da işlenebilir. Bu durumda icrai davranışla işlenebilen bir suç ihmali bir davranışla işlendiğinden “*ihmal suretiyle icra suçu*” söz konusu olur ve belli bir neticeyi önleme yükümlülüğüne sahip kişi, bu neticenin gerçekleşmesine neden olmasa da suçun oluşumunu engellemediği için ihmali davranışla suç işlemiş sayılır (örneğin TCK m. 83).²¹

Bu ihmali suç tipinde saf ihmali suçlardan farklı olarak, ihmali suçun oluşması için failin nasıl bir ihmali hareket göstermesi gerektiği açıklanmamıştır; kişiye, belli bir şekilde davranma değil, öngörülen şekilde davranarak neticeye engel olma yükümlülüğü getirilmiştir.²² Öngörülen sonucun oluşmasına engel olmama ile kişi kendisine yüklenen garantörsel bir yükümlülüğe uymayarak neticeye katkıda bulunduğu için hareketsizlik suç olarak kabul edilmektedir.²³

Garantörlük, pasif davranan kişiyi bir neticeden dolayı hukuken sorumlu tutmayı gerektiren yakın ilişkiye verilen isimdir ve normalde basit ihmal suçundan dolayı cezalandırılacak bir kişinin icrai fail gibi cezalandırılmasını sağlar.²⁴ Neticeyi önlemek hususunda hukuken yükümlü kişiye “*garantör*” adını verilmektedir. Bu nedenledir ki garantörlük yükümlülüklerinin belirlenmesi çok önemlidir.

Garantörlüğün kategorileri konusuna doktrinde ayrımlar mevcuttur. Şekli kıstası esas alan klasik görüş, yükümlülüğün kaynağını yani meydana çıkış nedenini esas almaktadır ve buna göre; kanun, sözleşme ve öngelen tehlikeli eylem garantörlüğün kaynaklarıdır.²⁵ Bu konuda modern görüş, yükümlülüğü, garantörlük kategorilerinin içeriğine göre belirleyen maddi kıstası esas almış ve garantörlük yüküm-

²⁰ Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...*Genel Hükümler*, s. 427.

²¹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...*Özel Hükümler*, s. 17.

²² Necati Mercan, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara 2005, s. 60.

²³ Hakeri, ... *İhmal Kavramı ...*, s. 109.

²⁴ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 78.

²⁵ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 80., Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 17.

lülüklerini “koruma garantörlüğü” ve “gözetim garantörlüğü” olarak ikiye ayırmıştır.²⁶

TCK’ya göre garantörlük; kanundan, sözleşmeden veya öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanabilir.²⁷ Nitekim TCK’da kasten öldürmenin ihmali hareketle işlenmesi suçunu düzenleyen 83. maddeye göre kişinin ihmalinin icrai davranışa eşdeğer kabul edilebilmesi için kanundan, sözleşmeden veya öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan bir yükümlülüğünün olması gerekir.²⁸

Öngörülen sonucu engellemekle yükümlü sayılan kişinin yani garantörün, sonuca engel olmadığından bahsedebilmek için, somut olayda başka türlü davranma olanağından yoksun bulunması gerekir, yani eğer fiziki olanaksızlık, zorunluluk hali, cebir veya tehdit altında bulunma ve teknik bilgi gerektiren bir durumda bu bilginin olmaması durumları mevcutsa artık kişi sorumlu tutulamaz.²⁹

Ayrıca hukuken korunması gereken kişinin, kendi kendine karar verebilecek bir durumdayken garantörün yardımını reddetmesi halinde, garantörün neticeyi önleme yükümlülüğü de ortadan kalkmalıdır.³⁰

4. İhmali Suçların Cezalandırılması

Ceza hukukundaki genel hareket kavramının yüklendiği görev, soyut düşüncüyü, fiil olarak nitelendirilen insan davranışından ayırt etmeyi sağlayacak ölçütleri belirlemektir.³¹ Nitekim bir kişinin hareketsiz kalması nedeniyle cezalandırılması ceza hukuku bakımından önemli bir sorundur.

Tarihsel süreçte doğacı ve normcu teoriler bu konuyu nedensellik sorunu ile bağlantılı olarak ele almış, ihmali hareketin cezalandırılma-

²⁶ Hakeri, ...İhmali Kavramı..., s. 118 vd., Özgenç, s. 237.

²⁷ Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...Genel Hükümler, s. 429.

²⁸ Kastan yaralamanın ihmali davranışla işlenmesini düzenleyen TCK m. 88’de bu koşullara atıf yapılmıştır.

²⁹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...Özel Hükümler, s. 19, Erem / Danışman / Artuk, s. 258, Özgenç, s. 240.

³⁰ Hakeri, Kastan Öldürme Suçları..., s. 83.

³¹ Özgenç, s. 231 vd.

sını onun suçla olan nedensellik bağına indirgemiş, ancak daha sonraları nedensellik düşüncesi aşılmış ve bu teoriler son bulmuştur.³²

Hareketin icrai veya ihmali hareketle işlenmiş olması cezanın belirlenmesi bakımından önemlidir. TCK'da bazı suç tanımlarında hareketin ihmali veya icrai hareketle işlenmesi arasında yaptırım farkı öngörülmemişken (örneğin; İşkence (TCK m. 94/5) bazı suçların ihmali hareketle işlenmesi, icrai hareketle işlenmiş olmasına nazaran daha az bir yaptırıma tabi tutulmuştur (örneğin; görevi kötüye kullanma suçu (TCK m. 257/1, 2)).³³ Ayrıca kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi (örneğin kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi ve kasten yaralama suçunun ihmali davranışla işlenmesi (TCK m. 83 ve m. 88/2) gibi bazı suçların ihmali davranışla işlenmesi halinde cezada indirim yapılması konusunda hakime takdir yetkisi verilmiştir.³⁴

Doktrinde bir görüş, ihmali hareketin cezalandırılması ile ilgili olarak ihmali hareketleri üç kategoride toplamakta; genel sosyal dayanışma içerisinde nitelendirilebilecek ihmalin (örneğin; tehlikesiz bir soğuk algınlığına müdahale etmeme) cezalandırılmayacağını, acil yardım gerekliliğine dayanan dayanışma içerisinde nitelendirilebilecek ihmalin (örneğin; TCK m. 98) ise az bir ceza ile cezalandırılacağını, ancak özel bir dayanışma ilişkisi içerisinde nitelendirilebilecek yükümlülüğe aykırı ihmalin, icrai harekete denk sayılarak aynı ceza ile cezalandırılacağını söylemektedir.³⁵ Ancak başka bir görüş bu kategorilerden acil yardım gerekliliğine dayanan dayanışma içerisinde nitelendirilebilecek ihmalin cezalandırılmaması gerektiğini savunmaktadır, keza *"kaçınan kimsenin müdahalesi, kendisi tarafından katlanılacak hiçbir özveri-yi getirmemektedir"*.³⁶

II. TCK M. 83 "KASTEN ÖLDÜRMEİN İHMALİ DAVRANIŞLA İŞLENMESİ"

Genel olarak kasten adam öldürme, bir kişinin kasıtlı bir davranış-

³² Hakeri, ... İhmal Kavramı..., s. 61 vd.,

³³ Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...Özel Hüükümler, s. 19.

³⁴ Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...Özel Hüükümler, s. 19.

³⁵ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 75, Dönmezer, s. 16 vd.

³⁶ Dönmezer, 2001, s. 17.

la ve hukuka aykırı olarak başka bir kişinin hayatına son vermesidir.³⁷ TCK m. 81 kasten adam öldürmenin icrai davranışla işlenmesini düzenlemiş, m. 83 ise farklı olarak; adam öldürmenin ihmali davranışla ve ihmali kastla işlenmesini düzenlemiştir.

5237 sayılı TCK'nın "*Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi*" başlıklı 83. maddesi şöyledir;³⁸

"(1) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.

(2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;

a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanunî düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,

b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması,

Gerekir.

(3) Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hâllerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir."

Eski 765 sayılı TCK'da yer almayan bu düzenleme, kasten adam öldürme suçunun ihmali hareketle işlenmesini düzenlemiştir. Bu düzenleme olmadan da ihmali hareketle adam öldürme bir suç olarak kabul edilmekte ve cezalandırılmaktaydı.³⁹

Bu maddede düzenlenen suç, nitelikli ihmali suç veya doktrindeki diğer adlarıyla "*garantörsel ihmali suç*", "*ihmal suretiyle icra*" suçudur. Çünkü maddenin birinci fıkrasında ihmalin icrai davranışa eşdeğer olması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca kişinin ihmalinin icrai davranışa

³⁷ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Vedat Kitapçılık, Ankara 2005, s. 20.

³⁸ Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...*Ceza Kanunları*, s. 180.

³⁹ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yay., Ankara 2005, s. 111.

eşdeğer kabul edilebilmesi için kanundan, sözleşmeden veya öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan bir yükümlülüğünün olması gerekir.

Bu suçta örnek olarak; yüzmesi için ailesini deniz kenarına götüren bir babanın, boğulmakta olan çocuğunu gördüğü halde onu kurtarmak için hiçbir çaba göstermemesi veya bir babanın, çocuğunun elinde silah olduğunu gördüğü halde çocuğuna müdahale etmemesi gösterilebilir. Her iki örnekte de baba, tehlikeyi görmekte ancak engellemek için hareket etmemektedir ki babanın kanundan doğan koruma yükümlülüğü vardır.⁴⁰

İhmali davranışla kasten adam öldürme, icrai davranışla kasten adam öldürme suçunun nitelikli hallerinden hemen sonra düzenlenmiş olması ve daha hafif bir yaptırım hakkına sahip olması nedeniyle suça tesir eden sebep olduğu akla gelebilir.⁴¹ Nitekim doktrinde bir görüş bu maddeyi kasten adam öldürme suçunun özel hafifletici nedeni olarak nitelendirmiştir.⁴² Ancak bu maddede adam öldürme suçu bakımından maddi ve manevi unsurları farklı olarak düzenlendiği için adam öldürmenin özel bir çeşididir.⁴³

Kasten öldürme serbest hareketli bir suçtur, gerek eski TCK'da gerek yürürlükteki TCK'da bir başkasının yaşamını yok etmeye yönelik herhangi bir hareket bu suçu oluşturabilir.⁴⁴ Örneğin ölmek üzere olan bir hastaya kasten müdahale etmeyen yani hastayı kurtarmak için gerekli hareketi yapmakta ihmal eden bir hekim ile, hastasını kasten zehirleyen bir hekim aynı suçu işlemiş olur, eğer hasta ölmüşse her ikisi de kasten adam öldürmüş sayılır.⁴⁵

Doktrinde, kasten adam öldürmek isteyen bir failin bu suçu ihmali davranışla işlemesi icrai davranışla işlemesine nazaran kamu düzenini daha az bozmayacağından cezasının da daha az olmaması gerek-

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 9.

⁴¹ Soyaslan, ...*Özel Hükümler*, s. 111

⁴² Toroslu, s. 35.

⁴³ Soyaslan, ...*Özel Hükümler*,s. 111.

⁴⁴ Bahri Öztürk / Mustafa Erdem / Veli Ö Özbek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 175.

⁴⁵ Öztürk / Erdem / Özbek, s. 175.

tiği nedeniyle maddenin gereksiz olduğunu düşünenler mevcuttur.⁴⁶

III. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Adam öldürme suçlarının hukuki konusu yani korunan hukuki değer "*hayat/yaşama hakkıdır*".⁴⁷

Doktrinde bir görüş, burada korunanın, kişinin hayat hakkı değil, fiziki yönden dikkate alınan insan kişiliğinin, yani insan hayatının kendisinin olduğunu savunmaktadır.⁴⁸ Hayatın bireysel varlıklar hiyerarşisi içinde en üst yerde olması ve insan kişiliğinin ortaya çıkıp gelişmesinin ilk şartı olması gerekçesine dayanan bu görüşe göre kasten adam öldürme suçlarında korunan hukuki yarar "*hayat varlığı*"dır. Ancak burada insan ve onun yaşamının esas alınması gerekir, hayat denen kavramın insandan bağımsız düşünülmesi mümkün değildir. Nitekim uluslar arası bir sözleşme olan ve Türkiye' nin de taraf olduğu "*İnsan Haklarını ve Temel Özgürlüklerini Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi*"nin 2. maddesi de bireylerin yaşam hakkını korumaktadır.⁴⁹

IV. SUÇUN UNSURLARI

5237 sayılı TCK incelendiğinde bir suçun unsurlarının "*tipiklik, maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık unsuru*" olduğu söylenebilir.⁵⁰

1. Tipiklik

TCK'nın suçta ve cezada kanunilik ilkesini benimsemiş olduğunu 2. maddesinin 3. fıkrasında açıkça görmekteyiz. Bu maddeye göre kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinde kıyas yapılamaz. Bu kural

⁴⁶ Mustafa Özen, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 63, Mart/Nisan 2006, s. 97.

⁴⁷ Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...*Özel Hükümler*, s. 25, Dönmezer, 1998, s. 9, Öztürk / Erdem / Özbek, s. 173.

⁴⁸ Toroslu, s. 20 vd.

⁴⁹ Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa İçtihatları*, İstanbul 1996, s. 322.

⁵⁰ Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...*Özel Hükümler*, s. 11.

suçlardaki tipiklik unsurunun temelidir. Tipiklik, bir fiilin ceza normundaki tanıma aynen uymasıdır.⁵¹

İhmali bir suçtan söz edebilmek için tipik bir ihmal durumunun varlığı yani failin hareketsiz kalması durumunun cezalandırılmış olması gerekir. Yasanın hareket saymadığı davranışlar, ya da hareketsiz kaldığı için cezalandırmadığı kişiler açısından ihmali suçun tipikliliği oluşmamıştır.

Kasten adam öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunda, failin neticenin önlenmesi için somut olayda ne yapması gerektiği ispatlanmalıdır.⁵² Ayrıca bu suçta tipikliliğine garantörlük de dahildir.⁵³ Bu suçun faili ancak yasada sayılan garantörler olabilir ki bu garantörlük kanundan, sözleşmeden veya öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanabilir.

2. Maddi Unsurlar

Suçun maddi unsurları⁵⁴ “*fiil, netice, fail, mağdur, konu ve nedensellik bağı*”dır.⁵⁵ TCK m. 21’ e göre kastın varlığı için suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

A. Fiil

Fiilin, ihmali ya da icrai davranışla gerçekleştirilebileceği yukarıda belirtilmişti.⁵⁶ 83. maddenin maddi unsuru olan fiil, ihmali davranıştır. Ancak ihmalin, icrai davranışa eşdeğer olması gerekliliği ve sadece belirtilen garantörlerin fail olabileceği nedenleriyle bu suçta söz konusu olan ihmal “*nitelikli ihmal*”dir.

⁵¹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...*Özel Hükümler*, s. 13.

⁵² Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 82.

⁵³ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 83.

⁵⁴ Doktrinde “maddi unsurlar” yerine “objektif unsurlar” kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 81, Erem / Danışman / Artuk, s. 253.

⁵⁵ Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...*Özel Hükümler*, s. 15.

⁵⁶ Bkz. s. 1.

Maddede yer alan ihmal, belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğü olan bir garantörün, bu yükümlülüğe uygun davranmaması sonucu garantörlüğü altındaki kişinin ölümüne sebebiyet vermesidir.⁵⁷ Fail hareketsiz kalacağına aktif davranarak mağdurun ölmesini engelleyebilirdi. TCK bu madde ile garantör konumunda olan kişinin ihmali davranmamasını, aktif davranarak ölüm neticesini engellemesini istemiştir.

Sonucu engellemenin nasıl olacağı her olayın özelliğine göre belirlenebileceğinden ve yasada sadece ölüm neticesi arandığından⁵⁸ bu suç seçimlik hareketli bir suçtur.

B. Netice

Suçlar, suç tipinde neticenin aranıp aranmamasına göre sırf hareket suçları ve neticeli suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır.⁵⁹ Adam öldürme suçu neticeli suçtur, çünkü hareketten bağımsız bir neticenin, ölüm neticesinin gerçekleşmesi aranmaktadır.

Ölüm neticesinin ne zaman gerçekleştiği de önemli bir konudur. Bu konuda iki görüş mevcuttur; kalp ve solunumun durmasıyla gerçekleşen "*biyolojik yani klasik ölüm*" ve beyin fonksiyonunun geriye dönemeyecek şekilde son bulmasıyla gerçekleşen "*beyinsel yani tıbbi ölüm*".⁶⁰ Türk hukukundaki bu konuda açık bir düzenleme yoktur, ancak eski uygulama klasik görüş doğrultusunda günümüzde beyinsel yani tıbbi ölüm de kabul görmektedir.⁶¹ Özellikle organ nakli uygulamasının yaygınlaşmasıyla Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri genel Müdürlüğü, Organ Nakli Danışma Kurulu'nun onaylamış olduğu "*Beyin Ölümü Kriterleri*" 06.08.1990 tarih ve 13350 sayılı genelgenin hastanelere bildirilmesiyle⁶² ve daha sonra 2238 sayılı Kanunla sadece

⁵⁷ Mustafa Ekinci / Şerafettin Özcan, *Açıklamalı-İçtihatlı Kasten Adam Öldürme Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2004, s. 207.

⁵⁸ Erem / Danışman / Artuk, s. 256.

⁵⁹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...*Özel Hükümler*, s. 20 vd.

⁶⁰ Toroslu, s. 24, Dönmezer, 2001, s. 19.

⁶¹ Dönmezer, 2001, s. 19, Toroslu, s. 24, Öztürk / Erdem / Özbek, s. 174.

⁶² Dönmezer, 2001, s. 19.

ölülerden organ ve doku alınması yönünden, tıbbi veya diğer adıyla beyinsel ölüm kabul edilmiştir.⁶³

C. Fail

Kural olarak adam öldürme suçlarının faili herkes olabilir.⁶⁴ Ancak kasten adam öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunda fail, maddenin 1. fıkrası gereği sadece yükümlü kişiler yani garantörler olabilir.⁶⁵

Garantörlüğün kaynağı 83.maddenin 2. fıkrasındaki (a) ve (b) bentleriyle “*kanuni düzenleme, sözleşme veya öngelen tehlikeli eylem*” olarak belirtilmiştir.

a. Kanuni Düzenlemelerden Kaynaklanan Garantörlükler

Kanuni düzenlemelerden kaynaklanan garantörlükler; aile hukukundan, tehlike kaynakları üzerindeki egemenlikten ve diğer çeşitli kanunlardan kaynaklan garantörlükler olarak alt başlıklar halinde incelenecektir.⁶⁶

a.a. Aile Hukukundan Kaynaklanan Garantörlük

TCK m. 83’ün gerekçesinin dördüncü paragrafında, kanundan kaynaklanan koruma ve gözetim yükümlülüğüne örnek olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) aile hukukuna ilişkin düzenlemeleri⁶⁷ gösterilmiştir. Aile hukuku, TMK’nın ikinci kitabında düzenlemiştir.

TMK’nın aile hukukuyla ilgili hükümleri gereği kural olarak aile üyelerinin, birbirlerinin vücut bütünlüğüne yönelmiş olan tehditleri önleme ve bunlara müdahale etme yükümlülüğü bulunmaktadır.

⁶³ Toroslu, s. 24.

⁶⁴ Öztürk / Erdem / Özbek, s. 173.

⁶⁵ Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...*Genel Hükümler*, s. 429.

⁶⁶ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 83 vd.

⁶⁷ Cevdet Yavuz, *Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu*, İstanbul 2002, s. 54 vd.

Aile hukukundan kaynaklanan garantörlük ilişkileri “ebeveyn-çocuk ilişkisi bakımından garantörlük, kardeşlik ilişkisi bakımından garantörlük, eşler arasında garantörlük ve diğer aile hukuku kapsamındaki kanuni garantörlükler” olarak, dört alt başlıkta incelenecektir.

a.a.a. Ebeveyn-Çocuk İlişkisi Bakımından Garantörlük

Ebeveyn ile çocuk arasında genetik bir bağ olduğu için doktrin-⁶⁸ de bu yükümlülük türüne “doğal bağlılık”tan kaynaklanan garantörlük de denmektedir.

Toplumda ahlaken sorumluluk gerektiren ebeveynlik, TMK’da da düzenlenmiş ve hukuki bir denetime tabi tutulmuştur. Kanun, çeşitli maddelerindeki düzenlemeleriyle, ebeveyn olarak çocuğa hayat veren kimselerin sorumluluğunu, üçüncü kişilerin sorumluluğuna göre daha üstün tutmaktadır.⁶⁹ Nitekim 335. maddede; “Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır.” demek suretiyle çocukların yasal yükümlülükleri ana ve babaya verilmiştir.

Ebeveyn ile çocuk arasındaki karşılıklı yükümlülükleri düzenleyen TMK m. 322 şöyledir; “Ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler.”

Çocuk ile kişisel ilişkinin sınırlarını düzenleyen TMK m. 324 ise şöyledir;

“(1)Ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür.

(2)Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkrada öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddî olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir.”

TMK m. 185’ in 2. fıkrasına göre de; “eşler çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler”. Ayrıca ka-

⁶⁸ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 84.

⁶⁹ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 86.

nun "Çocukların Bakım Ve Eğitim Giderlerini Karşılama" başlıklı 327. maddesi ve "Velayetin Kapsamı" başlıklı 339. maddesinin 1. fıkrası ile de ebeveynin bu yükümlülükleri tekrarlamıştır.

Ev düzeni hakkındaki, "Sorumluluk" başlıklı 369. madde şöyledir;

"(1)Ev başkanı, ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur.

(2) Ev başkanı, ev halkından akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunanların kendilerini ya da başkalarını tehlikeye veya zarara düşürmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

(3) Zorunluluk hâlinde gerekli önlemlerin alınmasını yetkili makamdan ister."

Günümüzde anne ve babanın garantörlükleri eşittir; TMK m. 185 ve m. 188 uyarınca gerek çocuğun bakımı konusunda gerekse evlilik birliğinin temsili konusunda birlikte yükümlülükleri vardır ve m. 336 uyarınca evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. Ancak eski TMK'da evin reisi baba olarak kabul edilmekteydi. Türk toplumun babaerliliği yapısı da göz önüne alındığında anne ile babanın her olayda çocuk üzerinde eşit yükümlülüklerinin olduğu düşünülemezdi. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında;⁷⁰ 15 yaşından küçük kızlarını gayri resmi şekilde evlendiren anne ve baba bakımından, anneyi ırza geçme suçundan sorumlu tutmamıştır.

Babanın evlilik dışı çocuğuna karşı veya boşandıktan sonra velayeti annesine verilmiş çocuğuna karşı yükümlülüğünün ne olacağı konusu da önemlidir. Evlilik dışı çocukların velayeti TMK m. 337 gereğince anaya aittir. Ama her iki durumda da babanın yükümlülüğü vardır. Çünkü m. 350'de velayet olmasa dahi ebeveynin bakım yükümlülüğünün devam edeceği belirtilmiştir. (Doğal bağıllık ilkesi de bunu gerektirir.)

Ebeveyn, kural olarak aynı evde yaşayan çocuklarının hayatını tehlikelerden korumakla yükümlüdürler. Ancak garantörlüğün mev-

⁷⁰ YCGK, 9.5.1998, 5-103 //207; Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 87

cudiyeti için fiili bir ilişkinin veya bir evlilik birliğinin bulunması şart değildir, bir arada yaşamasalar da ebeveyn-çocuk ilişkisinde karşılıklı yardım yükümlülüğü mevcuttur.⁷¹ Örneğin ayrı yaşayan bir çiftin çocukları bir yurttan veya bir akrabanın evinde yaşıyor olsa bile, eğer anne veya baba çocuklarını bir tehlike altında görürlerse müdahale edip onları kurtarmakla yükümlüdür.

Ebeveynin çocuklarına karşı yükümlülüklerinin süre açısından bir sınırının olması gerekir. Her ne kadar Türk kültüründe, ebeveynin garantörlük yükümlülüğü çocuk ergin olduktan sonra da devam etmekte ise de kanunen bu yükümlülük çocuğun ergin olmasıyla kalkar. Nitekim TMK'nın 328.maddesi gereğince, ebeveynlerin çocuğa karşı bakım yükümlülükleri çocuğun ergin olmasıyla sona erer, ancak çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba, durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler. Ayrıca m. 335 ile de ebeveynin velayetinin ergin olmayan çocuk üzerinde olduğu belirtilmiştir.

Ebeveynin sorumluluğunun sınırlarının neler olabileceği de üzerinde durulması gereken bir husustur. Çocuğun tehlike altında olduğunu bilmeseler bile sorumlu olabilecekler mi? Bu soruya çeşitli örnekler üzerinden cevap aranmaya çalışılacaktır. Örneğin eğer çocuk okuldayken tehlikeli bir durumla karşılaşmış ve bunun sonucunda ölmüş veya yaralanmışsa ebeveynin bundan doğacak zararlardan hiçbir şekilde sorumluluğu olmamalıdır. Çünkü çocuk bulunması gereken yerdedir ve hayatın normal akışında kişinin aklına okulda ölümcül bir tehlikenin olabileceği gelmez ve ebeveyn her an çocuğunu okulda kontrol edemez. Ancak çocuk okul çıkışı yolda bir trafik kazası geçirirse ne olacak? Büyük şehirde yaşan bir aile için sorumluluk daha fazladır. Nitekim çocukların okuldan eve yürüyerek gidip gelmesi çok tehlikelidir, okul servisini kullanmaları gereklidir. Burada çoğun yaşı da önemlidir. Henüz sekiz yaşındaki çocuklarını trafiğin yoğun olduğu bir yolda yürümek zorunda bırakan ebeveyn, kaza olabileceğini öngördüğü için sorumludurlar. Küçük kasaba ve köy tarzı bir yerde ise eğer çocukların normalde yolda karşılaşabilecekleri bir engel (hayvan saldırı tehlikesi, kırık bir köprü veya bataklık gibi) yoksa ancak

⁷¹ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 89.

olağan üstü bir doğa olayı sonucu çocuk ölmüşse artık ebeveynin sorumluluğundan bahsedilmemelidir.

Başka bir örnekle; on iki yaşındaki bir çocuğun okula gidiyorum diyerek ailesini kandırması ve arkadaşlarıyla top oynamak için oyun sahasına giderken trafik kazası geçirmesi durumunda ebeveyn sorumlu olacak mı? Doktrinde bu soruya bir cevap verilmemiştir. Kanımca zaten mağdur olmuş, acı çeken bir ebeveyni bir de adam öldürmeden sorumlu tutmak hakkaniyete uygun düşmez. Zaten maddenin de amacı bu değildir, çocuğunun tehlike altında olduğunu bilen ama müdahale etmeyen yani çocuğunun ölmesini isteyen ebeveyni sorumlu tutmak amaçlanmıştır.

Çocukların da ebeveynlere karşı garantör olup olamayacağı konusunda TMK m. 322 ile m. 364 yol göstericidir. Madde 322'deki⁷² *"birbirlerine"* kelimesi çocuğunda ebeveynine karşı bir yükümlülüğü olduğunu gösterir. Ayrıca m. 364'e göre *"herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür"*. Bu maddede kast edilen her ne kadar mali yardım olsa da, vücut ve yaşama yönelik garantörlük bulunduğu anlamı da çıkarılabilir.⁷³

b.b.b. Kardeşlik İlişkisi Bakımından Garantörlük

Kardeşler arasında genetik bir bağ vardır ve işte bu bağ kardeşlerin birbirlerine karşı yükümlülüğünü gerektirir. Nitekim "kan hısımlarının aile yurduna alınması" başlıklı TMK m. 392 gereğince aile yurduna alınmaya muhtaç kardeşin yurda kabul edilmesine mahkemece karar verilebilir. Ayrıca TMK m. 364 de her ne kadar mali konularda kardeşlerin yardımını düzenlemiş de olsa kardeşler arasında garantörlük kaynağı olarak kabul edilmelidir.⁷⁴

Doktrinde bir görüşe göre; özellikle kardeşler arasında yakın ve sıkı bir ilişki varsa, dargın da olsa aynı evde yaşıyorlarsa veya aynı

⁷² Bkz. s. 9.

⁷³ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 91.

⁷⁴ Mercan, s. 63.

evde yaşamasalar da birbirleriyle sürekli iletişim kuruyorlarsa garantörlükleri kabul edilmelidir.⁷⁵

c.c.c. Eşler Arasında Garantörlük

Türk kültüründe çok kutsal ve önemli bir müessese olan evlilik ile ilgili TMK'da da oldukça geniş bir düzenleme mevcuttur. Evliliğin genel hükümlerini de düzenlemiş olan TMK'nın 185. maddesiyle eşlerin birbirlerine karşı olan hak ve yükümlülüklerini belirtmiştir. Maddeye göre;

“(1) Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur.

(2) Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler.

(3) Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.”

Eşler kendi kararlarını özgürce verme hakkına sahiptir, ancak vücut bütünlüklerine yönelik tehlikeler bakımından da birbirlerine karşı yükümlülükleri vardır.⁷⁶ Bu yükümlülüklerin bir sınırı olmalıdır; karar vermede özgür olan bir eşin kendi iradesiyle düştüğü tehlikeli durumda, yardım kabul etmemesi örneğin intihar etmesi durumunda diğer eşin yükümlülüğü kalkmalıdır (meğerki intihara diğer eş sebep olmamış olsun).

Eşler birbirlerinden ayrı yaşıyorlarsa garantörlüklerinin devam edip etmeyeceği hususunda doktrinde, sorumluluğun devam ettiğini savunan, somut olaya göre karar verilmesi gerektiğini savunan ve bu durumdaki garantörlüğü reddeden üç görüş vardır.⁷⁷ Kanımca evlilik birliği yasal olarak devam ettiği için eşlerin birbirlerine karşı kanundan doğan yükümlülükleri de devam etmektedir.

⁷⁵ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 92.

⁷⁶ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 93.

⁷⁷ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 94.

d.d.d. Diğer Aile Hukuku Kapsamındaki Kanuni Garantörlükler

Üvey anne ve üvey baba yönünden, TMK, 338. maddesiyle, bunların da üvey çocuklarına karşı garantörlülüklerini “*eşler, ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler*” demek suretiyle kabul etmiştir.

Evlad edinenin garantörlüğü bakımından da TMK m. 314 bir düzenleme getirmiştir. Bu maddeyle “*ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler, evlat edinene geçer*” denmekle yukarıda ebeveyn için belirtilmiş olan tüm yükümlülüklerin evlat edinen açısından da geçerli olduğu vurgulanmıştır.

Teyze, hala, amca, dayının yeğenlerine ve yeğenlerinin bunlara karşı ve yeğenler arasında veya sıhri hısımlığın varlığında sıhri hısımlar arasındaki yükümlülük konusunda doktrinde, garantörlüğün, sıkı bir akrabalık ilişkisinin olması durumunda mevcut olduğunu savunan görüşler mevcuttur.⁷⁸ Ancak ceza hukukunda kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı vardır.⁷⁹ Kimseye, kanunda açıkça yazılı olmayan bir yükümlülük yüklenemez. Bu nedenle bu akrabalık ilişkileri arasında TCK m. 83 bağlamında bir garantörlük olduğu söylenemez. Zira garantörlüğün kaynağı kanundan, sözleşmeden veya öngelen tehlikeli bir eylemden kaynaklanmamıştır.

Nişanlılık da TMK’da düzenlenmiş bir ilişki olduğu için nişanlılar arasında da yükümlülük olup olmayacağı konusu tartışılmalıdır. TMK m. 119/1’e göre; “*Nişanlılık, evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez.*” Ancak m. 121’de; “*Nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir.*” denmekle nişanlılara birbirlerinin kişilik haklarını koruma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu hüküm geniş yorumlanıp koruma yükümlülüğünün var olduğu söylenebilir mi? Nişanlılık her ne kadar kanunla düzenlenmiş bir kurum da olsa ahlaken bir sorumluluk da getirirse kanunda açıkça koruma yükümlülüğü düzenlenmediği için nişanlılar TCK m. 83 kapsamında garantör sayılmamalıdır. Ancak belki nişanlılar arasında güven ilişkisinin olması

⁷⁸ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 96.

⁷⁹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...*Özel Hükümler*, s. 13.

gerekliliği nedeniyle, sözleşmeden kaynaklanan garantörlüğe dayandırılabilir ki bence bu kanunu zorlamak olur ve doğru olmaz.

b.b. Tehlike Kaynakları Üzerindeki Egemenlikten Doğan Garantörlük

Bazı kanunlarda, özel olarak belli kişilere kendi egemenlik alanları içindeki tehlike kaynaklarına nezaretine yönelik garantörlük yükümlülükleri verilmiştir.⁸⁰ Kanun koyucu bu düzenlemelerle üçüncü kişilere açık olan yerlerde bir şeyin egemenliğine sahip kişinin o şeyden kaynaklanabilecek tehlikelere karşı önlem alma konusunda da egemen kılmaktır.⁸¹ Bunlar özet olarak; işverenin garantörlüğü, taşınmaz sahibinin garantörlüğü, inşaat sahibinin garantörlüğü, hayvan sahibinin garantörlüğü, işletme sahibinin garantörlüğü ve araç sahibinin ve sürücüsünün garantörlüğüdür.

a.a.a. İşverenin Garantörlüğü

4857 Sayılı İş Kanunu'nun⁸² (İK) 77. maddesi şöyledir;

“(1) İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler.

(2) İşverenler işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar. Yapılacak eğitimin usul ve esasları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

(3) İşverenler işyerlerinde meydana gelen iş kazasını ve tespit edilecek meslek hastalığını en geç iki iş günü içinde yazı ile ilgili bölge müdürlüğüne bildirmek zorundadırlar.

⁸⁰ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 96.

⁸¹ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 97.

⁸² Mercan, s. 66, Seçkin Yayınları, *İş Kanunları*, İstanbul 2007.

(4) *Bu bölümde ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tüzük ve yönetmeliklerde yer alan hükümler işyerindeki çıraklara ve stajyerlere de uygulanır.*"

Ayrıca 09.12.2003 tarihli ve 25311 sayılı *Resmi Gazete'*de yayımlanmış olan İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin⁸³ 5. maddesi "*işveren, işle ilgili her konuda işçilerin sağlık ve güvenliğini korumakla yükümlüdür*" ve 6. maddesi "*İşveren, işçilerin sağlığını ve güvenliğini korumak için mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dahil gerekli her türlü önlem almak, organizasyonu yapmak, araç ve gereçleri sağlamakla ve bunların değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun sürekli iyileştirilmesiyle yükümlüdür.*" demekle İK'yı tamamlayan bir düzenleme getirmiştir.

Bu hükümlere uygun davranmayan işveren, işçiye karşı sorumludur ve TCK m. 83 kapsamında yükümlülüğü kanundan kaynaklanan garantördür.

b.b.b. Taşınmaz Sahibinin Garantörlüğü

Borçlar Kanunu'nun (BK) 58. maddesine⁸⁴ göre bina veya benzeri bir eserin sahibi, eserin hatalı yapımından veya gerekli bakımın eksikliğinden dolayı kusurundan sorumludur. Buna göre örneğin aşırı buzlanmış olan bina girişinde insanların yürüyeceğini ve kayıp düşebileceklerini öngören ancak umursamayan bir bina sahibi, bu tehlikeye karşı bir önlem almadığı için bu ihmali davranışından sorumludur.⁸⁵ Aynı şekilde evin çatısındaki kiremitlerin söküldüğünü ve rüzgarlı bir havada çok kolay aşağı düşebileceğini bilen ve bunun oradan geçen birinin kafasına düşüp ölümüne sebep olabileceğini öngören ancak bir önlem almayan ya da düşmesi durumunda bunu gören ancak yardım etmeyen bina sahibi de sorumludur.⁸⁶ Ancak sonradan ortaya çıkan bir tehlike söz konusuysa ve bina kiraya verilmişse BK m. 256, 3. fıkraya göre kiracı bu durumu kiraya verene bildirmediği takdirde bir zarar doğarsa kendisi sorumlu olur.

⁸³ <http://www.calisma.gov.tr/mevzuat>

⁸⁴ Yavuz, s. 563.

⁸⁵ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 99.

⁸⁶ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2000, s. 599.

Yargıtay bir kararında,⁸⁷ *“apartman ve ortak kullanım alanlarının, sağlıklı, düzenli ve güvenli yaşamaya uygun şekilde düzenlenmesi, onarımı ve bakımı konusunda kat maliklerinin oluşturduğu yönetimin sorumlu olduğuna”* karar vermiştir.

Taşınmaz değil de taşınmazın içindeki üçüncü kişiler tehlike arz ediyorsa taşınmazın sahibi bunu engellemezse üçüncü kişinin taşınmaz içindeki ölüm neticesinden sorumlu tutulabilir mi? Bu konuda doktrinde görüş birliği yoktur.⁸⁸ Ancak yine kanunilik ilkesi gereği bu durumda sorumluluğun olduğunu söylemek doğru olmaz. Kanunlarda taşınmaz sahibine bu konuda yükümlülük getiren açık bir hüküm yoktur. Bu durumda taşınmaz sahibi, tehlike arz eden kişiyi bilerek çağırmadığı sürece, ancak TCK m. 98’ de düzenlenmiş olan *“yardımın ihmal suçunu”* işlemiş sayılabilir.⁸⁹

c.c.c. İnşaat Sahibinin Garantörlüğü

“İnşaat ve yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama” başlıklı TCK m. 176’ya göre *“İnşaat veya yıkım faaliyeti sırasında, insan hayatı veya beden bütünlüğü açısından gerekli olan tedbirleri almayan kişi cezalandırılır”*.

Bu maddede tehlike suçu düzenlenmiştir. İnşaat sahibi ve sorumluları zarar meydana gelmese de sırf önlem almadıkları için bu madde uyarınca cezalandırılırlar. Yani bu madde inşaat sahibine ve sorumlularına bir yükümlülük getirmektedir. İşte bu nedenle bir inşaatın sahibi ve sorumlusu, inşaat alanındaki tehlikelerden dolayı yardıma muhtaç kimselere karşı garantör kabul edilmelidir. Eğer neticede bir kişi ölürse bu ölüm neticesinden kasten adam öldürmenin ihmal suretiyle işlenmesi suçunu işlemiş sayılmalıdır.

d.d.d. Hayvan Sahibinin Garantörlüğü

“Hayvanlar tarafından yapılan zarardan mesuliyet” başlıklı BK m. 56 şöyledir;

⁸⁷ Y. 2. CD, 18.12.1992, 10198 / 11171; Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 99.

⁸⁸ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 99 vd.

⁸⁹ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 102.

“Bir hayvan tarafından yapılan zararı o hayvan kimin idaresinde ise o kimse hal ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itina yapıldığını yahut bu dikkat ve itina bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat etmedikçe tazmine mecburdur.”

“Hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması” başlıklı TCK 177. maddede de denetimi altında bulunan hayvanı tehlikeli olabilecek bir şekilde serbest bırakma suç olarak kabul edilmiştir.

Bu maddeler uyarınca hayvan sahibin hayvanın verdiği zararlara karşı bir yükümlülüğü doğduğundan, hayvan sahibinin, hayvanının zarar verdiği bir kişiye yardım etmemesi, ölüm neticesini önlememesi durumunda TCK m. 83 kapsamında garantör kabul edilmesi ve cezalandırılması gerekir.

e.e.e. İşletme Sahibinin Garantörlüğü

Halka açık bir işletmenin sahibi veya müdürü açısından da işletmeyle ilgili uyması gereken kurallara uymadığı için zarar gören kişilere karşı garantörlük mümkün olmalıdır. Bu konuda işletme sahibine garantörlük yükleyen açık bir kanun hükmü yoktur. Ancak 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca hazırlanan 10.05.2005 tarihli *“Turizm Tesislerinin Belgelendirilmesine ve Niteliklerine İlişkin Yönetmelik”*⁹⁰ mevcuttur. Bu yönetmelikle her türlü sosyal tesis, lokanta, otel, spor alanı işletenlerine, müşterilerinin sağlık ve güvenlik önlemlerini almaları için çeşitli yükümlülükler getirilmiştir. Örneğin kayak alanları ve hokey pistleri olağan dışı tehlikelere karşı önlem altına alınmalıdır. Eğer gerekli önlemler alınmamışsa, bundan dolayı ölen kişinin ölümünden tesis işleteni de sorumlu olmalıdır.⁹¹

Kanundan kaynaklanan garantörlük olmasa dahi burada en azından sözleşmeden kaynaklanan garantörlüğün olduğu söylenebilir. Nitekim hizmet görmek için yada para karşılığı işletmeye ait bir tesisi kullanmak için işletmede bulunan kişi ile işletmeci arasında sözleşme kurulmuştur. İşletme sahibi sözleşmede müşteriye o işin gereklerini sağlayacak ortam ve imkanları, sağlığa ve güvenliğe uygun bir biçim-

⁹⁰ <http://www.abchukuk.com>

⁹¹ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 103.

de sağlamayı üstlenmiştir. Örneğin bir kayak merkezine kaymak için giden biri, yasal şartlara uygun bir kayak alanı bekler ve başına tehlikeli bir durum geldiğinde işletmenin yardım edeceğini düşünür.

f.f.f. Araç Sahibinin ve Sürücüsünün Garantörlüğü

Araç sahipleri 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK)⁹² uyarınca çeşitli yükümlülüklerle sahiptir. Araç sahibi, aracı trafiğe elverişli bir halde bulundurmalıdır. Ayrıca araç sahibinin, KTK m. 85' den ve m. 87' den kaynaklanan kusursuz sorumluluğu vardır.⁹³

Yargıtay bir kararında kamyonun gerekli kontrollerini yaptırmayan araç sahibini, frenlerin tutmaması nedeniyle başka bir araca çarpması sonucu oluşan kazadaki ölüm neticelerinden ihmalden dolayı sorumlu tutmuştur.⁹⁴

Sürücü belgesi olmayan veya araç kullanamayacak durumda olan birine aracı veren araç sahibi veya sürücüsü de bu kişilerin araç kullanırken kaza geçirmeleri ve ölmeleri veya başkalarının ölümüne sebep olmaları durumunda sorumlu tutulmalıdır. Bu konuda Yargıtay bir kararında bir gözü görmeyen sarhoş olduğu anlaşılan ehliyetsiz şahsa direksiyonu teslim eden kişinin sorumlu olduğuna karar vermiştir.⁹⁵

Ancak Yargıtay sonraki kararlarında bu yöndeki içtihadından dönmüş ve pek çok kararında ehliyetsiz araç kullanmanın KTK gereğince ayrı yaptırımını olduğunu ve ehliyetsiz olan kişinin araç kullanmasına izin veren veya direksiyonu bu kişiye teslim eden kişinin, doğan ölüm sonucundan sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir.⁹⁶

⁹² Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993, s. 525 vd.

⁹³ Erhan Adal, *Fundamentals of Turkish Private Law*, İstanbul 2002, s. 278 vd.

⁹⁴ Y. 2. CD, 6.6.1990, 5952 / 6314 ; Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 103.

⁹⁵ Y. 4. CD, 25.12.1968, 7202 / 7536 ; Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 103.

⁹⁶ İlgili kararlar; Y. 2. CD, 4.10.1990, 9338/ 9860; Y. 9. CD, 10.3.1983, 519/ 621; Y. 9. CD, 17.2.1982, 3636/ 772; YCGK, 28.9.1981, 9-271/ 317; Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 104.

c.c. Kanuni Düzenlemelerden Kaynaklanan Diğer Garantörlük Halleri

Kanunen, bazı kişiler, nezaret yükümlülüğü kendisine verilmiş kişilerin tehlikeli eyleminden dolayı üçüncü kişinin zararından sorumludur. Örneğin; BK m. 55 gereği adam çalıştıran, yanında çalıştırdığı kişinin hizmetini ifa ettiği sırada üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumludur. Eğer bu kişilerin birine zarar verdiğini görür ancak yardım etmezse ve ölüm neticesi meydana gelirse sorumlu olmaları gerekecektir. Ayrıca TMK m. 369,⁹⁷ 2. fıkra gereğince; ev başkanı, ev halından akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunanların tehlikeli hareketlerinden dolayı üçüncü kişilere karşı yükümlüdür.

Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu'nun (SHÇK) kanuni sorumluluğuna da burada kısaca değinmek gerekir. 2828 sayılı SHÇK Kanunu'nun⁹⁸ "kurumun görevleri" başlıklı 9. maddesinin (b) bendi şöyledir;

"Öncelikle çocuğun aile içinde yetiştirilmesi ve desteklenmesi için aileyi eğitim, Danışmanlık ve sosyal yardımlarla güçlendirmek, korunmaya, bakıma ve yardıma muhtaç çocuk, özürlü ve yaşlıların tespiti, bunların korunması, bakımı, yetiştirilmesi ve rehabilitasyonlarını sağlamak üzere gerekli hizmetleri yürütmek, bu hizmetler için 3 üncü maddede sayılan sosyal hizmet kuruluşlarını 4 üncü maddede belirtilen esaslar çerçevesinde kurmak ve işletmek."

Bu düzenlemeden SHÇK'de görev yapan kişilerin maddede yazılı; korumak, yardım etmek ve bakmakla yükümlü buldukları kişilere karşı garantör oldukları anlaşılmaktadır.⁹⁹

Kolluk kuvvetlerinin ve özel güvenlik güçlerinin de kanundan kaynaklanan garantörlükleri vardır. Polis, 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) m. 1; jandarma, Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği m. 3; özel güvenlik görevlileri, 5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'unun 1. ve 6. maddesi gereğince; kamunun güvenliğini sağlamakla yükümlüdürler.¹⁰⁰ Bu düzenlemeler kolluk kuvvetlerine ve özel güvenlik güçlerine, TCK m. 83 bağla-

⁹⁷ Bkz. s. 10.

⁹⁸ <http://www.shcek.gov.tr>

⁹⁹ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 95; Soyaslan, *...Özel Hükümler*, s. 113.

¹⁰⁰ Mercan, s. 63.

mında kanuni bir garantörlük yüklemiştir. Bu görevlilerden biri, ölüm tehlikesi altında olan birini görüp de neticeyi engellemeye çalışmazsa (örneğin; silahlı saldırıya uğrayan bir kişiyi gördüğü halde yardım etmez ve bu kişinin saldırı sonucu bıçaklanıp ölürse) ölüm neticesinden sorumlu olacaktır.

Ancak Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, kolluğun garantörlüğünü kabul etmemiş, kolluk kuvvetlerinin ölümle neticelenen ihmali, görevin gereklerini yerine getirmemek (görevin ihmali) suçunu düzenleyen TCK m. 257/2 (eski TCK m. 230) kapsamında cezalandırmıştır. Örneğin bir kararında; Pişmanlık Yasası'ndan yararlanmak için kolluk kuvvetlerine teslim olan eski bir PKK örgütü mensubunun evine eski örgütü tarafından baskın düzenleneceği ihbarını alan güvenlik timini, görevlendirildiği halde bu kişinin evine gitmemesi ve örgütün baskın yapıp evdekileri öldürmesi sonucunda sadece görevi ihmalden dolayı sorumlu tutmuştur.¹⁰¹

a.a.a. Hekimlerin Garantörlüğü

Hekimlerin, hastalarına karşı hem kanundan hem sözleşmeden kaynaklanan garantörlükleri mevcut olabilir.¹⁰² Yani bir hekim görevinden dolayı müdahale zorunluluğu altında bulunacağı gibi tedaviyi gönüllü olarak da üstlenmiş olabilir.

6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, hekimler, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi hükümlerine tabidirler. Nizamname'nin 2. maddesine göre hekimlerin en önemli görevleri insan sağlığına önem vermek ve hastanın kimliği ne olursa olsun tedavisini dikkatle yapmaktır.¹⁰³ Nizamname'nin, 3. maddesine göre de; hekim, acil durumlarda mücbir sebep olmadıkça hastaya ilk yardımda bulunmak zorundadır.

Yine Nizamname'nin 19. maddesi ise şöyledir;

“(1) Tabip ve dış tabibi meslekî veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir.

¹⁰¹ YCGK, 30.09.1991, 213 / 251; Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 108.

¹⁰² Turgay Şahin, *Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Afyon 2006, s. 273.

¹⁰³ Mercan, s. 64 vd., <http://www.hukuki.net>

(2) Ancak, bu gibi hallerde, diğer bir meslektaşın tedavi veya müdahalesine imkân verecek zamanı evvelden hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmesi şarttır. Hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması muhtemel ise, diğer bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terk edemez.

(3) Hastayı bu suretle terk eden tabip veya dış tabibi, lüzum gördüğü veya hasta tarafından talep edildiği takdirde, tedavi zamanına ait müşahede notlarını verir.”

Ayrıca 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca;

“Hususi hastaneler ihtisas daireleri içinde bulunan ve resmi makamlar tarafından para ile tedavi edilmek üzere gönderilen hastaları alır ve tedavi ederler. Ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir. Bunlardan fakir olanların yatırılarak tedavileri lazımsa hastanenin parasız kısmına alınır. Parasız yatakları olmayan hastaneler bu fakir hastaları nakilleri kabil hale gelinceye kadar yatırarak tedavi ederler. Bu suretle yatırılan fakir hastalara ait gündelik tedavi ve ilaç paraları o yerin belediyesince ödenir.”

Tüm bu düzenlemelere göre; hastanın hastaneye gelmesiyle veya olay yerine ambulansın çağrılmasıyla ve hekimin bunu öğrenmesiyle o hasta üzerinde garantörlüğü başlamış olur. Hekim, hastanın öleceğini öngördüğü halde, keyfi olarak müdahale etmezse ölüm neticesinden sorumlu olur. Örneğin; öldürücü nitelikte bulaşıcı hastalığa yakalanmış bir hastayı kaderine terk eden ve diğer hastaların içinde tutmaya devam eden hekim, tüm bu hastalar için olası kastından dolayı sorumlu olur.¹⁰⁴

1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi ve “Hasta Hakları Yönetmeliği”nin 24/2. maddesi uyarınca; hekim, ameliyat öncesinde hastanın rızasını almak zorundadır, eğer kişinin o anda temyiz kudreti yoksa ve yaşamı tehlikedeyse, rızası aranmaksızın tedavi edilir.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Özlem Çakmut (Yenerer) , *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 243.

¹⁰⁵ Çakmut (Yenerer), s. 208.

Hekimden kısmen yararlanması durumu da mümkün olabilir. Bu durumda da garantörlüğün kısmen oluştuğunu söylemek gerekecektir (örneğin kan naklini kabul etmeyen hasta için hekimin bu bakımından yükümlülüğü yoktur).¹⁰⁶ Hasta bir çocuksa ve hayatı tehlikeye altındaysa, çocuğun ebeveyni müdahaleyi reddetse dahi hekim tedavi etmek zorundadır.¹⁰⁷ Hasta kişinin menfaati her şeyden önemlidir. Açlık grevi, intihar teşebbüsü ve pasif ötenazi gibi durumlarda hekimin müdahale yükümlülüğü de bu anlamda tartışılmalıdır. Açlık grevi yapan birine ancak yaşamsal tehlike anından itibaren müdahale mümkün olabilir.¹⁰⁸ Çünkü kişi bu andan itibaren bilincini kaybedecek ve hekiminde kanun maddesi uyarınca müdahale etme yükümlülüğü ancak bu andan sonra başlayacaktır. Ayrıca Dünya Tabipler Birliği'nin "1991 tarihli Malta Bildirgesi"nin 1. maddesinin 2. fıkrasında; "hekimin hastanın kararına saygı duyması gerektiği ancak hastayı durumu hakkında bilgilendirilmesi yani gıda almayı reddetmesinin sonuçlarının bildirilmesi" gerektiği belirtilmiştir.¹⁰⁹

Pasif ötenazi, öleceği muhtemel olan ve çok ıstırap çeken bir hastanın isteği üzerine yaşamını devam ettirebilmesi için gerekli tedavinin bırakılarak, yani ihmali davranılarak, ölüme terk edilmesidir.¹¹⁰ Türk kanunlarında ötenaziye düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konudaki en açık düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesidir ve burada ötenazi yasaklanmıştır.¹¹¹ Eski TCK'da değişiklik öngören 1997 Tasarısı'nın 137. maddesi ötenaziye düzenlemiş ve ötenazi için bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörmüştü, ancak bu hüküm yürürlükteki TCK'ya alınmamıştır.¹¹² TCK'da ötenaziyle ilgili bir düzenleme olmadığı için pasif ötenazi yapan bir hekim, kasten adam öldürme suçunu ihmali davranışla işlemiş sayılacaktır.

¹⁰⁶ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 116.

¹⁰⁷ Çakmut (Yenerer), s. 208.

¹⁰⁸ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 118.

¹⁰⁹ Çakmut (Yenerer), s. 189.

¹¹⁰ Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Makaleleri*, İstanbul 2002, s. 1 vd.

¹¹¹ Çakmut (Yenerer), s. 151.

¹¹² Dönmezer, 1998, s. 33.

İntihar teşebbüsünde bulunmuş olan ancak hayatta kalan, zihni kapalı bir hastanın sırf intihar teşebbüsünde bulunmuş olması nedeniyle tedaviye rıza göstermediğini gerekçe göstermek doğru olmaz; çünkü hastanın intihar teşebbüsünden sonra fikri değişmiş olabileceğinden ve zihni yerinde olmadığı için kanun gereği artık rızası aranmaz.¹¹³

Burada belirtmek isterim ki; eski TCK döneminde, m. 83 benzeri bir düzenleme olmadığı için hekimler, kastlarının olup olmamasına bakılmaksızın ihmali davranışlarından kaynaklanan tüm ölüm neticelerinden dolayı taksirle adam öldürme suçundan dolayı (eski TCK m. 455, yürürlükteki TCK m. 85) veya görevi ihmal suçundan dolayı cezalandırılmaktaydı.¹¹⁴ Örneğin Yargıtay bir kararında; hekimin doğum yapmak üzere olan bir kadını hastaneye kabul etmemesi nedeniyle kadının ölü doğum yapması olayında, hekimin görevini ihmal ettiğine karar vermiştir.¹¹⁵

Acil bir hasta için çağrılan bir hekimin, tıbbi yardımı reddetmesi ve gitmemesi durumundaki kusuru konusunda doktrinde bir görüş hekimin bu durumda taksirinden dolayı sorumlu tutulmasını savunmuştur.¹¹⁶ Hekimler, kural olarak hastaya bakıp bakmama konusunda serbest olmakla beraber, “*Tıbbi Deontoloji Tüzüğü*”nün 18.maddesine göre bu serbestlik acil yardım ve insani vazifenin gereği hallerinde kalkacaktır.¹¹⁷ Bu nedenle hekim acilen çağırıldığı durumlarda hastanın durumunun önemini sorması, eğer gerçekten acil bir durum varsa göreve gitmesi gerekir.

Sonuç olarak, doğrudan kastın (yani ölüm neticesinin istenmesi) veya olası kastın varlığında, hekimin icrai harekete eşdeğer olan bir ihmali hareketi sonucu hasta ölürse; hekim, kasten adam öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan sorumlu tutulmalıdır.

¹¹³ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 119.

¹¹⁴ Mercan, s. 65.

¹¹⁵ Y.4. CD, 28.02.1945, 1394; Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 120.

¹¹⁶ Erem / Danışman / Artuk, s. 484.

¹¹⁷ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 119.

b. Sözleşmeden Kaynaklanan Garantörlük

Koruma ve gözetim yükümlülüğünün, iradi olarak üstlenilmesi, neticeyi önleme yükümlülüğünün, yani garantörlüğün ikinci kaynağıdır.¹¹⁸ Sözleşme, "hukukî sonuç doğurmak amacıyla iki veya daha çok kişinin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla gerçekleşen işlem"dir.¹¹⁹

BK'nın 1. maddesine göre sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarıyla oluşur. Kural olarak taraflardan biri sözleşmenin konusunu ve edimleri bildiren bir icapta (teklifte) bulunur ve diğer taraf kabul ederse, sözleşme kurulmuş olur.¹²⁰ Yani borçlar hukukunda sözleşme, kabul beyanıyla kurulur. Kabul, açık bir beyan olabileceği gibi zımni yani susmayla da gerçekleşmiş olabilir.¹²¹

Ancak doktrinde sözleşmeden kaynaklanan garantörlük için BK anlamında bir sözleşmeden ziyade, "gönüllü bir üstlenme" veya bir söz verme, yardıma muhtaç olanda kendisine yardım edileceği hissini uyanması, yeterli görülmüştür.¹²² Bunun için ise; garantörlüğün doğması için üstlenmenin yazılı olup olmaması veya ücret talep edilip edilmemesi önemli değildir, sözle veya davranışla üstlenen yükümlülük de yeterlidir.¹²³ Yani burada esas alınan "güven ilişkisinin" kurulup kurulmadığıdır.

Gönüllü olarak yardım etmeyi üstlenen kişi sonradan vazgeçerse garantörlüğü sona ermez.¹²⁴ Çünkü kişinin yardıma teşebbüs etmesi, mağduru başka bir önlem almaktan alı koymaktadır, mağdura güven vermiştir. Aslında burada; başlangıçta hiç yardıma teşebbüs etmeseydi TCK m. 98'den yani yardımın ihmali suçundan dolayı yargılanacak bir kişinin, yardıma teşebbüs edip ölüm neticesini engellemekten vazgeçmesi nedeniyle m. 83'ten yani kasten adam öldürmenin ihmali hareketle işlenmesi suçundan yargılanması söz konudur.

¹¹⁸ TCK m. 83 gerekçesi.

¹¹⁹ Yılmaz, s. 44.

¹²⁰ Oğuzman / Öz, s. 43.

¹²¹ Oğuzman / Öz, s. 61 vd.

¹²² Şahin, s. 273, Mercan, s. 67, Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 110.

¹²³ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 110.

¹²⁴ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 112.

Örneğin; karşıdan karşıya geçmek üzere olan görme engelli bir kişiyi görüp yardım etmek için koluna giren biri artık garantördür ve caddenin ortasında bu görme engelli kişiyi tek başına bırakıp geri dönerse ve arabaların yoğunlaştığını gördüğü halde gidip yardım etmezse oluşacak ölüm neticesinden sorumlu olmalıdır.¹²⁵ Ancak eğer görme engelli kişinin daha hiç karşıya geçme düşüncesi yokken, gidip “ben sizi karşıya geçirebilirim” derse ve yarı yolda bırakırsa; artık hem sözleşmenin ihlalden dolayı hem de önceden gerçekleştirmiş olduğu tehlikeli eylemle (yaptığı teklifle) o kişiyi tehlikeli duruma kendisi düşürdüğü için sorumlu olmalıdır.

Başka bir örnekte; kişi ağır yaralı durumda gördüğü birine, hekim çağıracağını söyleyip giden ancak yolda vazgeçip “bana ne” diyen ve hekim çağırmayan kişi, ölüm neticesinden sorumlu olmalıdır. Çünkü hekim çağırma yükümlülüğünü gönüllü olarak üstlenmiştir ve yaralı kişi ona güvendiği için başkasından yardım istemeyecektir.

Yardıma muhtaç kişiye, yardım edebilecek sadece bir kişinin bulunması durumunda sorumluluk ne olacaktır? Mağduru gören ancak yardım etmeyen kişi, kendisinin durumu bilen tek kişi olduğunu bilse bile, bu konuda kanunda özel bir yükümlülük hali olmadığı için sadece yardımın ihmali suçunu işlemiş olur. Ancak eğer yardıma teşebbüs etmiş ve sonradan vazgeçmişse ne olacak? Örneğin kişi, deniz kenarında yürürken boğulmakta olan birini görmesi üzerine yardım etmek için suya atlamış ancak suyun çok soğuk olması nedeniyle vazgeçip geri dönmüş olabilir. Bu olayda, artık mağdurun güvenini boşa çıkarma söz konusu olmayacaktır, çünkü mağdurun başka çaresi yoktur. Doktrinde bu konuda bir görüş bildirilmemiştir. Burada bir yorumla “*culpa in contrahendo*” yani sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranış kavramına dayanarak ve TMK m. 2’deki dürüstlük kuralına dayanmak mümkün olduğu düşünülebilir.¹²⁶ Ancak bence ortada sözleşme vardır ne de güven ilişkisini gerektirecek bir gönüllü üstlenme vardır. Kişi, mağduru henüz kendi hakimiyetine sokmamıştır. Eğer bu kişiyi kasten adam öldürmeden sorumlu tutarsak sözleşmeden kaynaklanan garantörlükleri çok geniş yorumlamış oluruz ve esasen hiçbir özel koruma yükümü olmayan sıradan bir insanı bile sırf

¹²⁵ Şahin, s. 273.

¹²⁶ Oğuzman / Öz, s. 39.

suya atladığı, yani kurtarmaya teşebbüs ettiği için bir nevi cezalandırılmış oluruz.

Borçlar hukukunda bir sözleşmenin geçerli olması için taraflarının ehil olması, yani temyiz kudretine sahip olması gerekir, aksi takdirde sözleşme geçersizdir.¹²⁷ Bu kural gönüllü üstlenmede de geçerli olmalı mıdır, yani mağdurun da ehil olması gerekir mi? Örneğin; üç yaşında bir çocuğu terk edilmiş veya tehlike altında bulan ve ona yardım etmek isteyen kişi açısından bakalım. Bu kişi, çocuğa yardım etmeyi üstlenirse ve çocuk onun garantörlüğü altındayken ölüm tehlikesiyle karşı karşıya kalırsa, ihmali hareketinden ve ölüm neticesinden sorumlu tutulabilecek mi? Nitekim çocuk üç yaşındadır, henüz temyiz kudreti yoktur ve borçlar hukuku anlamında geçerli bir sözleşme yoktur. Ancak daha önce de belirtilmeye çalışıldığı gibi burada sözleşmeye dayanan bir bağlantı şart değildir ve gönüllü üstlenme söz konusudur, bir başka kişi ona güvenip çocuğa yardım etmemiş de olabilirdi.¹²⁸ Bu nedenle de bu kişinin garantörlüğünü kabul etmek gerekecektir.

Sözleşmeden doğan yükümlülük, çalışma konusu suçla ilgili olarak, genellikle belli bir hizmetin görülmesine ilişkin olarak doğar.¹²⁹ BK m. 314 gereği hizmet sözleşmeleri, aksine bir hüküm olmadıkça özel bir şekil şartına bağlı değildir.¹³⁰ Koruma ve gözetim yükümlülüğünü iradi olarak, bir hizmet akdiyle yüklenen kişilere örnek olarak; dağcılık rehberi, yüzme öğretmeni, cankurtaran, sürücü kursu öğretmeni, çocuk bakıcısı, özel hemşire, koruma, antrenör gösterilebilir.¹³¹

İtfaiye eri, hekim ve hemşire gibi görevliler de mesleklerinin getirdiği yükümlülüğü, mesleği seçerken kabul etmekte ve gönüllü üstlenmeye dayanan garantörlük yüklenmektedirler.¹³² Bu görevliler ayrıca kanuni düzenlemeden kaynaklanan bir yükümlülüğe de sahip olabilir. Örneğin; 3152 sayılı Kanun gereğince hazırlanmış olan “İtfaiye Teşkilatının Kuruluş, Görev, Eğitim ve Denetim Esaslarına Dair Yönetmelik”in¹³³

¹²⁷ Oğuzman / Öz, s. 72.

¹²⁸ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 110.

¹²⁹ Mercan, s. 67.

¹³⁰ Yavuz, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, İstanbul 2001, s. 230 vd.

¹³¹ Şahin, s. 273, Mercan, s. 67.

¹³² Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 110.

¹³³ <http://www.ankara-bel.gov.tr/mahalli/7.htm>

20. maddesi uyarınca; itfaiye erleri, bizzat yangın yerinde bulunmak ve yangına müdahale etmekle görevlidirler.

Taraflar arasında yapılan sözleşmenin süresi dolduğu vakit, hizmeti gören kişi, buna dayanarak mağduru tek başına bırakıp gidemez. BK m. 329, hizmeti görene hakkaniyet gerektirdiği durumlarda fazla çalışma yükümlülüğü getirmiştir.¹³⁴ Buna göre örneğin; her gün akşam saat beşe kadar dört yaşındaki çocuğa bakmayı yüklenen çocuk bakıcısı, saatin beş olmasına rağmen anne veya babanın eve gelmemesi durumunda, saatim doldu deyip, çocuğu yalnız bırakıp gidemez (hakkaniyet gereği dört yaşındaki çocuk evde yalnız kalmamalıdır), sadece fazla çalışmadan dolayı ek ücret isteyebilir. Ancak saati dolan bakıcının, çok önemli bir işi varsa, en az kendi vasıflarında birinden rica edip yerine birini bırakabilir. Sorumluluğun başka bir garantör tarafından üstlenilmesi halinde de ilk garantörün (yani ilk bakıcının) garantörlüğü sona ermelidir.

Hizmet sözleşmesi, BK m. 346'ya göre; iş sahibinin ücreti ödemekten aciz olduğu durumlarda, hizmeti yüklenen tarafından, ücret alacağı için uygun bir süre içinde teminat verilmezse, sona erdirilebilir.

Buna dayanarak örneğin; bir dağa çıkmak isteyen ve bu konuda kendisine rehberlik ve yardım hizmeti sunması için uzman bir dağcıyla anlaşılan biri, dağın tehlikeli bir noktasında, dağcıya verecek parası olmadığını söylese ve ödemek için de hiçbir teminat göstermezse, yani hiçbir zaman ödeyemeyeceğini bildirirse, dağcı hizmet sözleşmesini feshedebilir. Doktrinde bu durumda dağcının sorumluluğunun kalkmış olacağını ve artık dağcının tehlikenin sonucundan ancak m. 98' göre sorumlu olabileceğini savunan bir görüş mevcuttur.¹³⁵ Ancak kanımca, kişiyi orda yardıma muhtaç tek başına bırakıp geri dönmemelidir. Borçlar hukukundaki bir doktrindeki "sözleşme ard etkisi" teorisine göre,¹³⁶ sözleşme sona erse dahi sözleşmeden dolayı kurulan yakınlığa güven vardır, bu yakınlık tehlikeli bir zemin oluşturmuş ve kişi dağın tehlikeli noktasına ulaşmıştır. Bu nedenle olayda, dağcının, mağdura, geri döneceğini ve kendisiyle dönerse dönüşte ona yar-

¹³⁴ Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri...*, s. 243.

¹³⁵ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 112.

¹³⁶ Oğuzman / Öz, s. 39.

dım edebileceğini bildirmesi gerekir. Ancak kişi dönmek istemediğini kalmak istediğini beyan ettikten sonra, kişiyi yalnız bırakıp dönebilir.

Yukarıdaki örnekte, kişi dağın tehlikeli bir noktasında dağcının geri dönmesini istediğini, yardıma ihtiyacı olmadığını söylerse artık sözleşmeyi kendisi sona erdirme iradesinde olduğundan, dağcının da garantörlüğü kalkmış olur. Nitekim artık dağcının yardıma devam etme yükümlülüğü yoktur, sulh yapılarak sözleşme sona ermiş olur.¹³⁷

c. Öngelen Tehlikeli Eylemden Kaynaklanan Garantörlük

Failin icrai davranışa eşdeğer kabul edilen ihmali davranışının cezalandırılmasını gerektiren üçüncü hal ise; failin öngelen tehlikeli eylemidir. Burada fail, yani garantör, hareketinden kaynaklanan neticenin daha ağır olmasını engellememekte ve mağdur bunun sonucunda ölmektedir.¹³⁸

Bu garantörlük kaynağının en yaygın örneği; taksirle trafik kazasına sebep olan birinin, kazada ağır yaralanan kişiye karşı olan garantörlüğüdür.¹³⁹ Kazaya sebep olan kişi, yaralının derhal tedavi edilmesini sağlamakla yükümlüdür.

Ancak Yargıtay bir kararında,¹⁴⁰ aniden yola fırlayarak kazaya sebep olan birinin taksirinden dolayı sorumlu olacağına karar vermiş, YCGK ise daha yeni tarihli bir kararında¹⁴¹ daha da geri giderek böyle bir kişinin kusurlu olmasının onun taksirinden dolayı ölüm neticesinden sorumlu tutulmasını gerektirmediğine karar vermiştir.

Tehlikeli bir hareket yapan kişi bu hareketinin sebep olduğu neticeleri önlemekle yükümlüdür. Örneğin; eve giren hırsızın üzerine yürümesi neticesi korkudan kendisini camdan atan kişinin yaşamını kurtarma konusunda artık hırsızın garantörlüğü; bir kişiye saldırarak onun kendisini kalorifer dairesine saklamasına sebep olanın, o kişinin havasızlıktan ölmesi tehlikesinde garantörlüğü; sarhoş birine

¹³⁷ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 306.

¹³⁸ Soyaslan, ...*Özel Hükümler*, s. 113, Mercan, s. 68.

¹³⁹ TCK m. 83 gerekçesi.

¹⁴⁰ Y. 9. CD, 05.12.1977, 2429 E./ 3973 K.; Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 123.

¹⁴¹ YCGK, 13.12.1993, 2-221/317; Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 123.

silah veya bıçak veren birinin sarhoşun üçüncü bir kişiyi yaraladığını görmesi durumunda üçüncü kişi yaralıya karşı garantörlüğü söz konusudur.¹⁴²

Kısaca, öngelen eylemin özen yükümlülüğüne aykırı sayılması ve TCK m. 83 kapsamında cezalandırılabilmesi için; öncelikle, önceden gerçekleştirilen tehlikeli hareket, zararın meydana gelmesi açısından yakın bir tehlike unsuru olmalıdır. İkinci olarak, bu hareket ile önlenemez netice arasında yükümlülüğe aykırılık ilişkisi olmalıdır. Son olarak, bu yükümlülüğe aykırılık ile hukuki yararın korunmasına hizmet eden normun bizzat ihlali olmalıdır.¹⁴³

D. Mağdur ve Konu

Kural olarak adam öldürme suçunun mağduru bir “insandır”.¹⁴⁴ İnsan olma niteliği ise, sağ ve tam bir doğum neticesinde kazanılabilecektir.

Anne karnındaki cenin, bu suçun konusunu oluşturmaz, çünkü mağdurun bağımsız bir varlığa sahip olması gerekir.¹⁴⁵ Anne karnındaki bir ceninin ölümüne sebep olmak, “çocuk düşürtme”yi düzenleyen TCK m. 99 ve “çocuk düşürmeyi” düzenleyen m. 100 kapsamına girmektedir.

Çalışma konusu suçta fail; kanundan, sözleşmeden veya öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan bir koruma yükümlülüğü olan garantör olduğu için, mağdur da bu garantörün korumakla yükümlü olduğu kişidir. Örneğin; garantörün baba olduğu bir olayda mağdur, ölüm tehlikesi altındaki çocuktur.

Adam öldürme suçlarında “suçun konusu” ise “ölen kişinin hayatı”dır.¹⁴⁶

¹⁴² Hakeri, ... İhmal Kavramı ..., s. 166 vd.

¹⁴³ Hakeri, Kasten Öldürme Suçları..., s. 130 vd.

¹⁴⁴ Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...Özel Hükümler, s. 22; Toroslu, s. 21.

¹⁴⁵ Toroslu, s. 22; Dönmezer, 1998, s. 10; Öztürk / Erdem / Özbek, s. 174.

¹⁴⁶ Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...Özel Hükümler, s. 25.

E. Nedensellik Bağı

Adam öldürme suçlarında, hareket ile ölüm neticesi arasında nedensellik bağının, yani sebep-sonuç ilişkisinin bulunması gerekir.¹⁴⁷ Eğer ölüm neticesi failin fiilinden kaynaklanmamışsa araya başka sebepler girmişse fail, ölüm neticesinden sorumlu tutulamaz. Örneğin; bir annenin çocuğunu aç bırakması çocuk hastalanır ve anne pişman olup çocuğu hastaneye götürürse, hastanede çocuğa yanlış bir ilaç verilmesi sonucu çocuk ölürse, ölüm neticesinden dolayı anneyi sorumlu tutmamak gerekecektir.

Burada öncelikle belirtmek isterim ki; failin yani garantörün ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için hareket olanağının bulunması gerekmektedir. Örneğin İstanbul'da yaşayan bir babanın Kars'ta yaşayan oğlunu televizyonda canlı yayında görüp müdahale etmesi, hareket yeteneğine sahip olmadığı için kendisinden beklenemez.¹⁴⁸

İhmali suçlarda nedensellik bağı, icrai suçlarda olduğu gibi kolay tespit edilememektedir.¹⁴⁹ İhmali suçlarda ihmalinden sorumlu kişi, neticeye sebep verdiği için değil, neticeyi önlemediği için sorumlu tutulmaktadır.¹⁵⁰ Yani burada, nedensellik bağı somut bir olgu olarak değil "*düşünce aleminde kurulan bir bağ*" olarak düşünülmektedir.¹⁵¹ Ancak icrai suçlarda, ölüm neticesine somut olarak failin hareketi sebep olmaktadır.

Çalışma konusu suçta da olduğu gibi nitelikli ihmali suçlarda; nedensellik bağı, başlamış bulunan nedensel sürece müdahale etmemek suretiyle kendini gösterir.

Burada netice, garantörün doğrudan eseri olmasa da, bir nevi tabii olmayan sunii olan ikinci nedensellik dolayısıyla, oluşmaktadır.¹⁵²

Kısaca bir olayda, eğer fail hukuken garantörlük sıfatına sahipse ve ihmali davranıp pasif kalmasaydı yani müdahale etseydi netice ger-

¹⁴⁷ Dönmezer, 1998, s. 10; Öztürk / Erdem / Özbek, s. 175; Toroslu, s. 25, Erem / Danışman / Artuk, s. 275; Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...*Özel Hükümler*, s. 21.

¹⁴⁸ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 139.

¹⁴⁹ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 154.

¹⁵⁰ Soyaslan, ...*Özel Hükümler*, s. 111.

¹⁵¹ Özgenç, S. 239.

¹⁵² Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 157.

çekleşmezdi diyebiliyorsa, ölüm neticesiyle ihmali hareket arasında nedensellik bağı vardır.¹⁵³

Yüksek Sağlık Şurası'nın da benzer yönde kararları mevcuttur: Ters bir doğum olayında hekimin çağırılmasına rağmen hastaneye gelmemesi, doğumu ebenin gerçekleştirmesi ve çocuğun ölü doğması olayında, Şura; hekimin riskli bir doğumu bizzat gerçekleştirmemesi konusunda ihmalinin kabul etmiş, ancak olayda doğum bizzat hekim tarafından yapılmış olsaydı dahi çocuğun kurtarılmasının yüzde yüz olmayacağı nedeniyle hekimin, sadece yüzde yirmi beş oranında ihmalinin olduğuna karar vermiştir.¹⁵⁴

3. Manevi Unsurlar

Manevi unsur,¹⁵⁵ işlenen fiil ile fail arasındaki psikolojik bağı ifade eder.¹⁵⁶ TCK m. 83'te düzenlenen ihmali davranışın manevi unsuru "kast"tır. Bu kast, zararlı neticeyi öngörmek ancak önlememek kastıdır.¹⁵⁷ Fail, tehlike durumundan haberdardır ve bireysel hareket yeteneği mevcut olmasına rağmen neticeyi önlememe kararı almıştır.

Failin kastının olması için kusur yeteneğinin yani temyiz kudretinin varlığı gerekmektedir. Ancak eğer, fail, irade yeteneğini bilerek kaybederse, örneğin alkol alır ve sarhoş olursa, bu nedenle de yükümlülüğünü yerine getirmez ve bundan dolayı oluşan zararları önleyemezse, sorumluluğu sarhoş olmasına rağmen devam etmektedir.¹⁵⁸ Çünkü iradesini kendi kusuruyla kaldırmıştır ve iradesinin kalkması halinde yükümlülüğünü yerine getiremeyip tehlikeli bir duruma neden olabileceğini öngörmektedir.

¹⁵³ Nitekim İtalyan Ceza Kanunu'nun 40. maddesi de aralarında kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan garantörlük tarzında bir hukuki nedensellik bağının varlığı halinde faili cezalandırmayı kabul etmiştir. Dönmezer, 1998, s. 15.

¹⁵⁴ YSS, 25.02.1970, K.6324: Hakeri,, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 156.

¹⁵⁵ Doktrinde "manevi unsurlar" yerine "sübjektif unsurlar" (Hakeri, *İhmal Kavramı*, s. 236) veya "suçun sübjektif yapısı" (Erem / Danışman / Artuk, s. 429) kavramları da kullanılmaktadır.

¹⁵⁶ TCK m. 83 gerekçesi.

¹⁵⁷ Soyaslan, ...*Özel Hükümler*, s. 114.

¹⁵⁸ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 173.

İhmali suçlarda kastın varlığını kanıtlamak, icrai suçlardaki kadar kolay değildir.¹⁵⁹ Hekimin hastayı muayene etmeme kararı alması örneğinde olduğu gibi failin hareket etmeme kararının tespit edilmesi her zaman mümkün olmayabilir; sevgilisinin kocasını öldüreceğini fark eden ancak cinayeti önlemeyen evli kadın örneğinde irade kararını tespit etmek çok güçtür.¹⁶⁰

Fiili yanlıgının, söz konusu olduğu durumlarda da failin kastı yoktur.¹⁶¹ Örneğin; bir baba, suda çırpınan birini fark eder, ancak oğlu olduğunu anlamaz ve müdahale etmezse, sorumluluğu m. 83 kapsamında düşünülemez, yani kastından dolayı cezalandırılmaz.¹⁶² Şartları oluşmuşsa taksirinden veya TCK m. 98'den dolayı sorumlu tutulabilir.

İhmali davranışla öldürme suçu kasten işlenebileceği gibi taksirle de işlenebilir. Taksirle işlendiği vakit, fiil TCK m. 85 kapsamında cezalandırılacaktır.

Kasten öldürme suçunda genel kastın varlığı yeterlidir ve bu kast doğrudan olabileceği gibi olası kast da olabilir.¹⁶³ Olası kast, TCK m. 21 /2' de düzenlenmiştir. Olası kastta fail, özel olarak adam öldürme kastıyla hareket etmemesine rağmen neticeyi öngörmekte ve kabul etmektedir.¹⁶⁴

Fail tarafından netice öngörülse dahi, somut olayda bir kimse-den kendi kişilik haklarını geri plana atması beklenemez.¹⁶⁵ Örneğin; böbrek hastası olan oğluna kendi böbreğini vermeyen baba sorumlu tutulamaz.¹⁶⁶ Veya yüzme bilmeyen babanın boğulmakta olan oğlunu kurtarmak için suya atılması beklenemez.

Dikkat ve özen yükümlülüğünün neler olduğu ve neticeyi görebilme belirlenirken, o konuda objektif kurallar varsa (trafik düzeniy-

¹⁵⁹ Hakeri, ... İhmal Kavramı ..., s. 236.

¹⁶⁰ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 160.

¹⁶¹ Hakeri, ... İhmal Kavramı ..., s. 241.

¹⁶² Hakeri, ... İhmal Kavramı ..., s. 241.

¹⁶³ Öztürk / Erdem / Özbek, s. 174.

¹⁶⁴ TCK m. 83 gerekçesi.

¹⁶⁵ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 164.

¹⁶⁶ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 164.

le ilgili kurallar gibi), objektif esastan hareket edilir ve garantörün kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaz.¹⁶⁷ Ancak dikkat ve özen yükümlülüğüne ilişkin objektif kurallar mevcut değilse, garantörün içinde bulunduğu sosyal sınıfın yaşam tarzı ve düşünce yapısı esas alınmalıdır.¹⁶⁸ Nitekim Yargıtay bir kararında,¹⁶⁹ sanığın, odanın ortasında kaynar su dolu leğeni bırakıp banyoya gittiği sırada henüz on veya onbir aylık çocuğunun bu leğene düşmesi ve yanık nedeniyle ölmesi olayında, sanığın sosyo-ekonomik yapısına bakıldığında olayın yaşantılarına aykırı bir eylem olmaması nedeniyle ölüm neticesini öngörmemiş olduğuna ve sanığa kusur izafe edilmemesi gerektiğine karar vermiştir.

4. Hukuka Uygunluk Sebepleri

Hukuka uygunluk sebepleri, TCK'nın birinci kitabının, ikinci kısmının, "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler" başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmiştir. Bunlar; kanun hükmünü yerine getirme (görevin ifası), meşru savunma, hakkın icrası ve ilgilinin rızası olabilir.¹⁷⁰ Bu hallerin varlığı durumunda, ölçülülük ilkesine de bağlı kalınarak, faile yani garantöre ceza verilmeyecektir.

Kasten ihmali hareketle öldürmede, "meşru savunmaya" örnek olarak; bir hekimin hasta yakınlarının saldırısından kaçması sonucu tedaviyi ihmal etmesi gösterilebilir.

"Kanun hükmünü yerine getirme yani görevin ifası" hukuka uygunluk sebebinin mevcut olmasına örnek olarak; iki çocuğu da boğulan babanın sadece birini kurtarabileceği bir durumda bir seçim yapması halinde diğer çocuk açısından sorumluluğu kalkmalıdır.¹⁷¹ Burada yükümlülüklerin çatışması vardır.

¹⁶⁷ Mercan, s. 70.

¹⁶⁸ Mercan, s. 70.

¹⁶⁹ Y. 2. CD, 27.05.1999, 4054/7441; Mercan, s. 71.

¹⁷⁰ Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...Özel Hükümler, s. 55 vd.

¹⁷¹ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 174.

İlgilinin rızası konusunu hekimler açısından yukarıda incelemeye çalışmıştık.¹⁷² Kural olarak ilgilinin yani mağdurun, tehlikenin önlenmesini istememesi halindeki ihmali davranış hukuka uygundur. Ancak tıbbi olaylardaki kuralı tüm garantörlük hallerine uygulamak doğru olacaktır. Buna göre bilinci açık olmayan ve yaşamsal tehlike içinde bulunan kişiye müdahale zorunludur.

İntihar eden birine yardım etmeme konusunda garantörün sorumluluğu var mıdır? Bu konuda daha özel bir hüküm olan “*intihara yönlendirme*” suçu TCK m. 84’te düzenlenmiştir. Buna göre garantör, ihmaliyle intihara müdahale etmeyerek yardım etmiş sayılacaktır ve m. 83’ten değil m. 84’ten sorumlu tutulacaktır.¹⁷³

Kusurluluğu etkileyen ve ceza verilmemesini sağlayan “*zaruret hali*” veya “*cebiri ve tehdit*” gibi hallerin varlığında da garantör, ölüm neticesini önlemediği için sorumlu tutulmamalıdır.

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

Adam öldürme suçları neticeli suçlar oldukları için, kural olarak bu suçlara teşebbüs mümkündür.¹⁷⁴ TCK m. 35’te teşebbüsün tanımı “*elverişli hareketle icraya başlanıp tamamlanamaması*” olarak yapılmıştır. İhmali suçlarda somut icrai bir hareket olmadığı için bu suçlara kural olarak teşebbüs mümkün değildir.¹⁷⁵

Nitelikli ihmal suçlarında (doktrindeki yaygın adlarıyla; garantörsel ihmal suçları veya ihmal suretiyle icra suçları) ise; failin hareketi icrai harekete eş değer olduğu için bu suçlara teşebbüs mümkündür.¹⁷⁶ Örneğin; yeni doğmuş bebeğinin ölmesini isteyen ve beslemeyen anenin niyeti, komşunun ya da babanın müdahalesiyle gerçekleşmemişse anne açısından teşebbüs hükümleri uygulanacaktır.¹⁷⁷

¹⁷² s. 17 vd.

¹⁷³ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 205.

¹⁷⁴ Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...*Özel Hükümler*, s. 79.

¹⁷⁵ Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...*Özel Hükümler*, s. 82.

¹⁷⁶ Soyaslan, ...*Özel Hükümler*, s. 114.

¹⁷⁷ Soyaslan, ...*Özel Hükümler*, s. 115.

Doktrinde bu suçlarda teşebbüsün başlangıç anı konusunda birlik sağlanamamıştır; bir görüş “ilk anı” yani neticenin öngörülüp hareketsiz kalınmaya başlanılan anı, bir görüş kurtarma hareketinin yapılması gereken “en son anı”, bir görüş ise “tehlikenin doğduğu anı” kabul etmektedir.¹⁷⁸

Nitelikli ihmali suçlarda elverişsiz teşebbüs durumunda (örneğin bir babanın havuzda boğulmakta olan kişiyi oğlu sanarak kurtarmama kararı alması), doktrindeki hakim görüşe göre ceza verilmelidir, çünkü failin, tehlikenin var olduğunu sanması haksızlık için yeterlidir.¹⁷⁹ Ancak kanımca, bu durum kişinin gerçekte dış dünyaya yansımamış salt iradesini cezalandırmak olacağından faille ceza verilmemelidir.

TCK m. 36’da düzenlenmiş olan gönüllü vazgeçme, bu suç tipinde de mümkündür. Örneğin; çocuğunu öldürme kastıyla bir müddet aç bırakan annenin gönüllü olarak ihmali hareketinden vazgeçip çocuğu beslemesi veya hastaneye götürmesi durumunda anne gönüllü olarak vazgeçmiştir.¹⁸⁰

2. İştirak

İhmali suçlar, müştereken birkaç faille birlikte işlenebilir ve bu suçlara iştirakin her çeşidi mümkündür.¹⁸¹

TCK’nın 39. vd. maddelerinde suça iştirak halleri; müşterek faillik, dolaylı faillik, azmettirme ve yardım etme olarak düzenlenmiştir.¹⁸²

İhmali suçlarda müşterek faillik, ihmali failler arasında olabileceği gibi icrai ve ihmali failler arasında da söz konusu olabilir.¹⁸³ Örnek olarak; birden fazla hastabakıcının bakmakla yükümlü oldukları hastanın ilacını vermeme konusunda anlaşması¹⁸⁴ veya birinin yüzme bil-

¹⁷⁸ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 179 vd.

¹⁷⁹ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 184 vd.

¹⁸⁰ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 186.

¹⁸¹ Soyaslan, ...*Özel Hükümler*, s. 114.

¹⁸² Artuk / Gökçen / Yenidünya, ...*Özel Hükümler*, s. 83 vd.

¹⁸³ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 189.

¹⁸⁴ Soyaslan, ...*Özel Hükümler*, s. 114.

meyen bir düşmanını boğulması için havuza atması ve cankurtaranın da aynı iradeyle kurtarmak için girişimde bulunmaması gösterilebilir.

Dolaylı failliğin ihmali davranışla işlenmesinde, arka plandaki şahıs garantördür ve alet olarak kullandığı kişinin, kendi etkisi altında hareketsiz kalması sonucu netice gerçekleşmiştir; örneğin, yolda giderken birine çarpan failin, mağdura yardım etmek isteyen arabadaki arkadaşını, olay yerinden bir an önce kaçmak istemesi nedeniyle, yardım etmemesi konusunda silahla tehdit etmesi örneğinde olduğu gibi.¹⁸⁵

İhmali suçlarda azmettirme; garantörün, garantör olmayan biri tarafından neticeyi önlememesi hususunda ikna edilmesiyle söz konusu olur. Yani azmettiren garantör değildir, ancak azmettirdiği için sorumluluğu doğmuştur.

İhmali davranışla yardımın olanaklı olup olmadığı da öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlar ihmali davranışla yardımın mümkün olmadığını savunurken, bazı yazarlar garantörlüğün söz konusu olduğu hallerde failliğin mutlaka bulunacağı görüşündedir.¹⁸⁶

3. İçtima

TCK 'da içtima halleri; bileşik suç (m. 42), zincirleme suç (m. 43/1 ve 3), aynı nev'iden fikri içtima (m. 43/2 ve 3) ve farklı nev'iden fikri içtima (m. 44) olarak düzenlenmiştir.

İhmali suçlarda birden fazla ihmali suçun içtimaı söz konusu olabileceği gibi, bir kısım icrai suçla bir kısım ihmali suçun içtimaı da söz konusu olabilir. Örneğin; failin tehlike kaynağı olabilecek bir çukur kazması, ancak sonra bu çukuru kapatmayı ihmal etmesi gibi.¹⁸⁷

Bileşik suç konusunda; hemen tüm nitelikli ihmal suçlarında aynı zamanda yardımın ihmali suçu da işlenmiş olur. Ancak tek hareket oluşu için fail sadece özel düzenleme olan m. 83'ten cezalandırılır.

¹⁸⁵ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 192.

¹⁸⁶ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 196.

¹⁸⁷ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 209.

İhmalî zincirleme suçu da mümkündür. Nitekim Yargıtay da ihmalî hareketlerle zincirleme suçun işlenebileceğini ifade eden bir kararında; “*Sanığın Yargıtay’dan gelen dosyaların esasını kapatmama bir kısım belgeleri dosyalarına yerleştirmeme ve temyiz dilekçeleriyle ilgili işlem yapmama şeklinde aynı nitelikteki 1991-1992 yılları içinde süregelen ve bir suç işleme kararının icrası cümlesinden olarak yasanın aynı hükmünün ihlali niteliğinde bulunduğu kabul edilen eylemleri için TCK 230 ve 80. maddelerinin (Yeni TCK 257/43) uygulanması uygun görülmüştür.*” şeklinde bir karar vermiştir.¹⁸⁸

Mağdur sayısı birden fazlaysa, örneğin bir baba yanmakta ya da boğulmakta olan iki çocuğuna da yardım etmiyorsa, neticenin sayısı kadar eylem olduğu için aynı neviden fikri içtima değil gerçek içtima uygulanmalıdır.¹⁸⁹

VI. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI

TCK m. 82’de kasten adam öldürme suçunun nitelikli halleri sayılmıştır. Bu hallerden birinin varlığı halinde temel ceza daha ağır bir yaptırıma tabi tutulmuştur. Ancak kanunda hafifletici neden olarak nitelikli haller gösterilmemiştir.

82. madde sayılan nitelikli haller şunlardır;

- a. Tasarlayarak,
- b. Canavarca hisle veya eziyet çektirerek,
- c. Yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silâh kullanmak suretiyle,
- d. Üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı,
- e. Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,
- f. Gebe olduğu bilinen kadına karşı,
- g. Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

¹⁸⁸ Y. 4. CD, 3.5.1994, 942/ 3887: Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 208.

¹⁸⁹ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 207.

h. Bir suç u gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla,

i. Bir suç u işleyememekten dolayı duyduğ u infialle,

j. Kan gütme saikiyle,

k. Töre saikiyle.

Nitelikli haller, kasten icrai davranış la öldürme suç undan hemen sonra düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme tarzı bu hallerin, kasten ihmali davranış la öldürme suç una da uygulanmayacağı anlamına gelmez.¹⁹⁰ Doktrinde nitelikli hallerin 83.maddeye uygulanmayacağını savunan bir görüş de mevcuttur.¹⁹¹

Kanımca bu haller, kasten öldürme suç unun nitelikli halleri olarak düzenlendiğ i için ve 83. madde de kasten öldürme suç u olduğu için m. 83'e de uygulanabilecektir. Ayrıca 83. maddede suç un yaptırımına yapılabilecek indirimlerin neler olduğu sayılmaya başlanırken "ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine" ifadesi kullanılmış tır. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ise basit adam öldürme suç unun cezasıyla değ il ancak nitelikli hallerin uygulanmasıyla mümkün olabilecektir.

VII. SUÇ UN YAPTIRIMI

Suç un yaptırımını m. 83'ün 3. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre 81 ve 82. maddelere göre öngörölmüş ceza esas alınarak; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine on beş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hâllerde ise on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceğ i gibi, cezada indirim de yapılmayabilir.

81. maddeye göre; "bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır". 82. maddeye de; "nitelikli hallerin gerçekleşmesi halinde faile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yaptırımın uygulanması gerekmektedir".

¹⁹⁰ Hakeri, *Kasten Öldürme Suç ları...*, s. 217.

¹⁹¹ Soyaslan, ...*Özel Hükümler*, s. 116.

83. maddedeki, “*diğer haller*” kavramı maddede ve maddenin gerekçesinde açıklanmamıştır. Ancak benim de katıldığım doktrindeki bir görüşe¹⁹² göre bundan anlaşılması gereken; iştirak, olası kast gibi kanunun diğer maddelerinde daha az cezayı gerektiren hallerdir.

Bu maddede kasten adam öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi, icrai davranışla işlenmesi haline oranla daha az indirim tabi tutulmuştur, ancak indirim yapma hakimın takdirine bırakılmıştır, yani indirim yapılmaya da bilir.

Hakim olayın özelliğine göre indirim yapıp yapılmayacağına karar vermelidir. Olaydaki ihmali davranışın, icrai davranışla işlenen bir suçun maddi ve manevi unsurlarıyla aynı ağırlıkta olup olmamasına bakılmalıdır.¹⁹³

VIII. SONUÇ

İhmali hareket, icrai hareket gibi somut bir hareket olmadığı için bu suçlarda kastın varlığının kanıtlanması oldukça zordur. Nitekim bu konudaki Türk içtihatları incelendiğinde açıkça görülmektedir ki Yarğıklar çoğu zaman ihmali hareketli suçlarda sanıkları, kastın varlığı kanıtlanamadığı için, taksirlerinden dolayı cezalandırmıştır.

Belli bir yönde icrai davranışta bulunma yükümlülüğü olan kişi, bu yükümlülüğün gereği olan icrai davranışta bulunmaması sonucu bir insanın ölebileceğini öngörmüş ise olası kastla işlenmiş olan öldürme suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Buna karşılık belli bir yönde icrai davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğe aykırı davrandığının bilincinde olduğu halde, bunun sonucunda bir insanın ölebileceğini özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmemiş ise, taksirle öldürmeden dolayı sorumlu tutulacaktır.

Eski 765 sayılı TCK’da, TCK m. 83 benzeri bir düzenleme bulunmamaktaydı. Kasten adam öldürmeyi düzenleyen m. 448 vd. hükümlerinde, kasten ihmali hareketle adam öldürmenin de cezalandırılacağı ayrıca belirtilmemiştir. Bu nedenle ihmali hareketle işlenen adam öldürme suçlarının hemen hepsi “*taksirle adam öldürme*”yi düzenleyen

¹⁹² Mercan, s. 72.

¹⁹³ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları...*, s. 215; Soyaslan, ...*Özel Hükümler*, s. 115.

m. 455'e göre cezalandırılmaktaydı. Ancak m. 448'de "her kim bir kimseyi kasten öldürürse" ifadesi yer almaktaydı ve hareketin ihmali ya da icrai olup olmaması yönünden bir ayırım esasen zaten yoktu. Bu nedenle aslında kasten ihmali hareketle öldürme suçu yeni bir suç değildir.

Kasten adam öldürmek isteyen bir failin bu suçu ihmali davranışla işlemesi, icrai davranışla işlemesine nazaran kamu düzenini daha az bozmayacağından cezasının da daha az olmaması gerekir. Kasten işlenmiş bir suçun, hakimın takdirine bırakılmış dahi olsa, normal cezadan daha az cezaya hükmedilebilecek olması doğru değildir. Çocuğunu kasten bıçaklayarak öldüren bir anne ile çocuğunu kasten aç bırakarak öldüren bir anne arasında bir fark gözetilmemelidir.

Kanımca, bu nedenlerden dolayı, bu maddenin kaldırılması ve kasten öldürmeyi düzenleyen 81. maddenin içeriğinin "bir insanı kasten, ihmali veya icrai bir hareketle öldüren kimse..." olarak değiştirilmesi, ayrı bir fıkra ile de ihmali harekete eşdeğer sayılan garantörlük kaynaklarının m. 83/2'deki gibi bir hükümlerle düzenlenmesi gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Bahri Öztürk / Mustafa Erdem / Veli Ö. Özbek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler*, Ankara 2004.
- Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, İstanbul 2001.
- Cevdet Yavuz, *Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu*, İstanbul 2002.
- Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005.
- Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2005.
- Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 5. Baskı, Ankara 1996.
- Erhan Adal, *Fundamentals Of Turkish Private Law*, İstanbul 2002.
- Faruk Erem / Ahmet Danışman / Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997.
- Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Ankara 2003.
- Hakan Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları (TCK 81-82-83)*, Ankara 2006.
- İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005.
- Kemal Oğuzman / Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2000.

- Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Makaleleri*, İstanbul 2002.
- Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2004.
- Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / A. Caner Yenidünya, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, İstanbul 2005.
- Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / A. Caner Yenidünya, *5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2006.
- Mustafa Ekinci / Şerafettin Özcan, *Açıklamalı-İçtihatlı Kasten Adam Öldürme Suçları*, Ankara 2004.
- Mustafa Özen, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 63, Mart/Nisan 2006.
- Necati Mercan, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara 2005.
- Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2005.
- Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa İçtihatları*, İstanbul 1996.
- Özlem Çakmut (Yenerer), *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2003.
- Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993.
- Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul 1998.
- Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul 2001.
- Turgay Şahin, *Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Afyon 2006.

Yararlanılan İnternet Siteleri

- <http://tdkterim.gov.tr>
- <http://www.calisma.gov.tr/mevzuat>
- <http://www.abchukuk.com>
- <http://www.shcek.gov.tr>
- <http://www.hukuki.net>
- <http://www.ankara-bel.gov.tr/mahalli/7.htm>

ÖZELLEŞTİRME UYGULAMALARINDA YOLSUZLUK VE ALINMASI GEREKEN ÖNLEMLER

CORRUPTION ON THE PRIVATIZATION
AND MEASURES HAS TO BE TAKEN AGAINST TO IT

Hasan DURSUN*

Özet: Özelleştirmenin gerekçelerinden birisi kamu işletmelerinin özel sektöre devredilerek yolsuzluğun ortadan kaldırılmasıdır. Ancak bu gerekçe, yolsuz bir şekilde özelleştirmenin kılıfı olamaz. Özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğa karşı etkin savaşım verilebilmesi amacıyla hukuk, ekonomik ve kamu yönetimi alanında köklü önlemlerin alınması gerekmektedir. Ayrıca, özelleştirmeyi iptal eden yargı kararlarına da zamanaşımı olmaksızın uyulması gerekir.

Anahtar Sözcükler: Özelleştirme, yolsuzluk, yargı kararlarına uyum, ihale, etik kurallar.

Abstract: One reasoning for privatization is to eradicate of corruption. However, that reasoning cannot be mask for corrupt privatization. To combat effectively against corrupt privatization, scope of legal, economy and public administration measures have to be taken. Besides, without time limitation, court decisions that annulled the privatization have to be enforceable.

Keywords: Privatization, corruption, conformity with court decisions, auction, ethical rules.

Özelleştirme için sunulan gerekçelerden birisi, kamunun sahip olduğu mal varlığının özel kesime geçirilerek yolsuzluğun önlenmesidir. Gerekçe bu şekilde ortaya konulduğunda özelleştirme yapılmasına kimse itiraz etmemektedir. Ancak dünyada yapılan özelleştirme uygulamaları, yolsuzluğun azalmasına yol açmamış, daha açık bir de-

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) doktora öğrencisi.

yişle, yolsuzluğun kabuk değiştirerek başka bir şekle bürünmesine yol açmıştır.

Bu çalışmada, özelleştirme ve yolsuzluk konusunda genel bir bilgi verilecek, daha sonra ise özelleştirme ile yolsuzluk arasındaki ilişki üzerinde durulacak, sonunda ise Türkiye'deki özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğu önleyebilmek için alınması gereken önlemler üzerinde durulacaktır.

I. GENEL BİLGİ

Özelleştirme; değişik bilim alanlarına göre farklı şekillerde tanımlanabilmektedir. Ekonomi bilimi açısından özelleştirmeyi dar ve geniş olmak üzere iki boyuttan tanımlamak olanaklıdır. Gerçekten de, Geriş'in belirttiği üzere, bunlardan dar anlamda özelleştirme, kamu iktisadi kuruluşlarının mülkiyetinin kısmen veya tamamen özel şahıs ve kuruluşlara devredilmesidir. Geniş anlamda özelleştirme ise; kamu ekonomik kuruluşlarının mülkiyetinin özel kişi ve kuruluşlara devredilmesi yanında, kamu kesimi tarafından üretilen mal ve hizmetlerin finansmanının özel kesimce sağlanması, yönetimin özel kesime devri, mal ve hizmetlerin üretimindeki kamu tekellerinin kaldırılması ile piyasaya kamunun müdahalede bulunmamasıdır.¹ Geniş anlamda özelleştirmeyi, kısaca, devletin mal ve hizmet üretimi biçimindeki iktisadi faaliyetinin azaltılmasını; ekonomide piyasa düzeneğini en iyi şekilde yerleştirilmesini; serbest girişimin faaliyette bulunmasını sağlamak için yasal ve yapısal çerçeveyi sağlanması şeklinde ifade etmek olanaklıdır.²

Özelleştirmeyi hukuk bilimi açısından da tanımlamak olanaklıdır. Hukuk bilimi açısından özelleştirme; kamu iktisadi teşebbüslerinin yönetiminin özel kesime devredilmesidir.³ Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, özelleştirme bağlamında, hukuk bilimi açısından önem taşıyan husus, kamu ekonomik kuruluşlarının *yönetiminin özelleştirilmesi* olmaktadır.⁴

¹ Geriş, *Türkiye'de Özelleştirme ve Türk Telekom Örneği*, s. 15.

² *Sorunlar ve Görüşler*, TİSK, s. 145.

³ Bkz. Baytan, *Özelleştirme*, s. 5.

⁴ A. g. e.

Özelleştirmenin olduğu yolsuzluğun da değişik bilim alanlarında farklı tanımları yapılmaktadır. Bu bağlamda, yolsuzluğun, hukuki, felsefi, ekonomik ve kültürel tanımlarını yapabilmek olanaklıdır. Bununla birlikte, günlük yaşamda kullanılan “*yolsuzluk*” sözcüğünün sınırlarını tam olarak belirlemek olanaklı olamamaktadır. Çünkü çoğu durumlarda, kullanılan yolsuzluk kavramının içeriğinde birbirine geçişler (overlapping) görülmektedir.⁵

Değişik bilim alanlarının farklı yolsuzluk tanımlarının ortak noktalarını alarak öğretilen, en kapsamlı ve bütüncül yolsuzluk tanımı; van Duyne tarafından yapılmaktadır. Daha somut bir deyişle, van Duyne, yolsuzluk kavramının değişik bilim alanlarındaki ortak unsurlarından hareketle şöyle bir tanım yapmaktadır: *Yolsuzluk, karar alma sürecinde karşılaşılan bir uygunsuzluk veya bozulma olup, karar vericinin (özel sektörde veya kamuda), karar verme sürecinde, karar için aranan ölçütlerden, kararı haklı göstermeyecek bir takım çıkar ya da çıkar beklentileri veya çıkar sözü karşılığında ayrılmaya rıza göstermesidir.*⁶

Kanımca, van Duyne'nin yapmış olduğu bu yolsuzluk tanımından uygulamada oldukça yaygın bir şekilde yanlış anlaşılan iki hususun doğrusu açıklığa kavuşmaktadır. Bunlardan birincisi, zimmet ve ihtilas suçlarının karar vermeye bir ilgisi bulunmadığından, yolsuzluk olarak değil hırsızlık olarak adlandırılmasının daha doğru olacağıdır. İkincisi ise, vermiş olduğu kararlardan ötürü kimseye hesap verme yükümlülüğü altında bulunmayan kral, diktatör gibi kimselerin yapmış olduğu yasa dışı işlerin yolsuzluk olarak değil yine hırsızlık olarak adlandırılmasının daha doğru olacağıdır. Çünkü bu kimselerin vermiş olduğu kararların haklı olup olmadığı tartışılmamakta ve karar için aranan ölçüt veya ölçütsüzlüğü yine bu kimseler oluşturmaktadır.⁷

Bu yolsuzluk tanımıyla, van Duyne, yolsuzluğun evrensel olduğunu vurgulamakta ve ona karşı tepki ve savaşım verilmesinde kişilerin sorumluluğunu açık bir şekilde göstermektedir.⁸

⁵ van Duyne, *Combatting Corruption: Acts and Attitudes*, s. 23.

⁶ A. g. e.

⁷ Van Duyne, a. g. m., s. 24.

⁸ Levay, *Combatting Corruption*, s. 74.

Bununla birlikte, van Duyne'nin yapmış olduğu yolsuzluk tanımının hem olumlu hem de olumsuz yönleri⁹ bulunmaktadır. Gerçekten de, söz konusu tanımın öncelikle, olumlu unsurlarından başlamak gerekirse, van Duyne, yapmış olduğu tanımla, sosyal dizge (system) ve tarihsel süreçten bağımsız olarak yolsuzluğun genel niteliğini (characteristics) açıkça ortaya koymuştur. Bundan da öte, van Duyne'nin tanımı, dizgenin yolsuz olduğunu ve kişilerin sadece ona uyacağı şeklindeki göreceli ve yanlış bir ahlaki yargıya da yer vermemiştir.¹⁰

Ancak, az önce belirtildiği üzere, van Duyne'nin yapmış olduğu yolsuzluk tanımının bazı olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Gerçekten de, Levay'ın belirttiği üzere, van Duyne'nin yapmış olduğu yolsuzluk tanımı her şeyden yolsuzluğun tarihsel yorumu bakımından elverişli değildir. Bundan da öte, söz konusu tanım, yolsuzluk olgusunun yasal ve yasal olmayan boyutları bakımından ortaya çıkan sorunlara bir çözüm getirmekten de uzaktır. Çünkü yolsuzluk konusunda ceza hukuku politikası bakımından kaçınılmaz bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede; "*yolsuzluk*" ve "*yolsuzlukla ilgili suçlar*" ibaresi eş anlamlı kavramlar değildir. Diğer yandan, yolsuzluk olgusunun yasal ve yasa dışı boyutu bakımından sınırlarının saptanması, yolsuzluğa karşı ceza hukuku önlemleriyle verilecek tepkinin sınırlarını saptamak açısından da önemlidir.¹¹

Öte yandan, van Duyne'nin yapmış olduğu yolsuzluk tanımı, yolsuzluk olgusunun yükselmesine yol açan temel sosyo-ekonomik unsurların dizgesel açıklamasını yapmak bakımından da kısmi bir eksiklik taşımaktadır. Gerçekten de, yine Levay'ın belirttiği gibi her toplumda görülen yolsuzluğun genel niteliğinin yanı sıra, yolsuzluğun değişik sosyo-politik dizgelerde farklı nitelik taşıyan özellikleri de bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, yolsuzluk her toplumda özdeş özellikleri göstermemekte, sadece o toplumun dizgesine özgü farklı nitelikleri bünyesinde barındırmaktadır.¹² Bu çerçevede, yolsuzluğun her toplumsal dizgede nasıl özgül niteliklere sahip olduğunu gösterebil-

⁹ Her ne kadar van Duyne'nin yapmış olduğu tanım kapsamlı ve bütüncül bir nitelik taşısa da.

¹⁰ Levay, a. g. m., s. 74.

¹¹ Levay, a. g. m., s. 74-75.

¹² Levay, a. g. m., s. 75.

mek açısından sosyalist bir düzende yolsuzluğun nasıl işlediğini incelemek uygun olacaktır.¹³

Sosyalist politik-ekonomik dizgenin ayırt edici karakteri, malların ve hizmetlerin olduğu kadar gücün de belirli bir merkezde toplanmasıdır. Daha açık bir deyişle, sosyalist rejimlerde, güç, tek partide (komünist partisinde) toplanmıştır. Bu tek parti, parlamento ve yerel seçimleri kontrol etmiş, bu ülkelerde bağımsız yargı ve basın özgürlüğü sağlanamamıştır. Sosyalist ülkelerde tam anlamıyla temsili bir demokrasiden veya siyasi gücün ve özeysel (merkezi) ve yerel uygulamaların saydamlığından söz edilememiştir. Bu dönemde yalnızca partiye¹⁴ bağlılığa dayanan özel bir siyasi patronluk (*clientism*) görülmüştür. Bu özelliği nedeniyle sosyalist sistem bütün totaliter ve dikta dizgelerinde olduğu gibi bizatihi kendi başına bir siyasi yolsuzluk tipini oluşturmuştur.¹⁵

Sosyalist ülkelerde mal ve hizmetin toplanması olgusuna gelince; söz konusu toplanma, devlet varlığının baskın olmasına, devletin mal varlığına kamu otoritesinin hakim olmasına ve onu yönetmesine ve planlı ekonomiye dayanmıştır. Bu dizgenin en önemli sonuçlarından birisi, örneğin, yasal piyasada üretilen mal ve hizmetlerin, piyasada oluşan talebi karşılamaması ve bir ekonomik darboğazın oluşmasıdır. Sosyalist ülkelerde ekonomik kıtlık nedeniyle doğan yolsuzluk, piya-

¹³ Yolsuzluk olgusunun sosyalist düzende nasıl işlediği konusunda verdiğimiz örnekten, serbest piyasa düzenini benimsemiş rejimlerde söz konusu olgunun bulunmadığı sonucuna varılmamalıdır. Bu bağlamda, serbest piyasa düzenini savunanlar; devletin ekonomik düzenden çekilmesiyle yolsuzluğun ortadan kalkacağını savlamaktadırlar. Kanımızca, bu sav, son derece tutarsızdır. Çünkü, hiç bir "ekonomik düzenin" (liberal, karma, sosyalist) yolsuzluğa karşı bağımsızlığı bulunmamaktadır. Hatta liberal ekonomik düzen, insanlarda paraya taparcasına bir sevgi oluşmasına yol açtığı için gizilgüç olarak yolsuzluğu daha da artırıcı bir özelliğe sahiptir. Yolsuzluğa karşı savaşım verilirken gözden uzak tutulmaması gereken husus, yolsuzluğun olduğu gibi yolsuzlukla savaşımın da karmaşık bir olgu olduğu ve çok yönlü önlemlerin (ekonomik, sosyal, kültürel, hukuki) alınmasını kaçınılmaz kıldığıdır. Hukuksal boyutu itibariyle yolsuzluğa karşı etkin bir savaşım verilebilmesi için ise van Duyné'nin belirttiği gibi saydamlık ve herkesin hukuka bağlı olması ilkeleri çerçevesinde söz konusu ilkelere uygun düşmeyen tüm mevzuatın kaldırılması gerekir. Fazla bilgi için bkz. van Duyné, a. g. m., s. 54-57.

¹⁴ Daha açık bir deyişle, Komünist Partisi'ne.

¹⁵ Levay, a. g. m., s. 75-76.

sa yolsuzluğunun sosyalist dizgeye özgü bir türüdür.¹⁶ Bir başka deyişle, sosyalist dizgelerde yer alan yolsuzluk, temel olarak, talebin çıkarına değil arzın çıkarına olarak işlemiş ve, hangi tür statü ve mevkii işgal ederse etsin toplum katmanlarındaki her kişi yolsuzluğa katkı sağlayabilmiştir.¹⁷

Bundan da öte, sosyalist ülkelerde yolsuzluğu besleyen başka öğeler de bulunmuştur. Gerçekten de bu dizgede, özel kişiler tarafından sağlanabilecek hizmetlerin kamu tarafından üstlenilmesi ve bu hizmetlerde çalışan kişilerin maaşlarının veya ücretlerinin yapay bir şekilde düşük tutulması, söz konusu ülkelerdeki yolsuzluğu körüklemiştir. Bu bağlamda, çeşitli meslek mensupları, örneğin, taksi sürücüleri, berberler, kuaförler doktorlar, maaş veya ücretleriyle değil almış oldukları bahşişlerle geçimlerini sağlama yoluna gitmişlerdir.¹⁸

Bununla birlikte, yolsuzluğun önceki bütün sosyalist ülkelerde aynı çizgiyi izlediği düşünülmemelidir. Gerçi, 1960'lı yıllara kadar söz konusu ülkelerde bağımsız bir yargının bulunmaması ve bu olgunun, uyduruk bir çok davaya neden olmasına karşın, örneğin, 1980'li yılların ortasına kadar Macaristan ve Polonya'da gücün ve mal ile hizmetin merkezde toplanması durumu, Çekoslovakya'ya nazaran daha az boyutta kalmıştır. Bu olgu dışında, başka iki öge de söz konusu ülkelerdeki yolsuzluğun boyutunu etkilemiştir. Bunlardan ilki, söz konusu ülkelerdeki geleneklerin farklı olmasıdır. İkincisi ise, o ülkeyi yöneten liderin "cemaatsel yolsuzluk"¹⁹ (parochial corruption) konusundaki tutum ve davranışlarıdır.²⁰

Kısacası, sosyalist düzene sahip ülkelerdeki yolsuzluğu özetlersek; totaliter siyasi sistem ve ekonomik darboğaz anılan ülkelerdeki yolsuzluğu körüklemiştir. Bu ülkelerde, kamu görevlilerine takdir hakkının tanındığı alanlara gelince; söz konusu ülkelerde kamu görevlileri, takdir haklarını nasıl kullanacaklarına dair nesnel (objective) öl-

¹⁶ Levay, a. g. m., s. 76.

¹⁷ A. g. e.

¹⁸ A. g. e.

¹⁹ Bu yolsuzluk, sosyalist koşullarda ortaya çıkan bir kavram olup, koruma dizgesi veya piyasa yolsuzluğu ile sosyalist bağlantı yolsuzluğunu ifade eden bir olgudur. Bkz. a. g. e., s. 76-77.

²⁰ A. g. e.

çütlerden komünist partisi lehine vazgeçmişler ve bu fedakarlık! karşılığında, örneğin, “görevde yükselme” şeklinde siyasi nitelikte çıkar elde etmişlerdir.²¹

Sosyalist ülkelerdeki yolsuzluğun özgül nitelikleri konusunda verdiğimiz örnekten, yolsuzluğun yalnızca o ülkelere özgü bir olgu olduğu sonucu çıkartılmamalıdır.²² Aslında, yukarıda da belirtildiği üzere, hiç bir siyasi-ekonomik rejimin (sosyalist, serbest piyasa ve karma) yolsuzluk ve rüşvete karşı bir bağımsızlığı bulunmamaktadır. Bundan da öte, günümüzde, yolsuzluk ve rüşvetin yükselen bir eğilim taşıdığı da gözlemlenmektedir. Gerçekten de, Kim’in belirttiği üzere, yolsuzluk ve rüşvet, günümüzde herhangi bir ulusal sınır tanımamaktadır. Yazar, uluslararası ticaret ve yatırımın hızlı büyümesi ve çok uluslu şirketlerin küresel anlamda ekonomik bütünleşmeyi derinleştirilmesi sonucunda, rüşvet ve yolsuzluğun uluslararası rekabet ortamını bozduğunu ve ticaret ile yatırımın önüne en büyük engel oluşturduğunu ifade etmektedir. Ayrıca, yazar, geçmiş yıllarda, ülkelerin, kural olarak, yalnızca, yurt içi kamu görevlilerine rüşvet verilmesini yasaklamakla yetindiklerini; bununla birlikte, yolsuzluk ve rüşvetin uluslararası ticaret ve yatırım faaliyetlerine doğru genişlemesi sonucunda, ülkelerin, uluslararası ticaret işlemlerindeki yolsuzluklarla da uğraşmaya başladıklarını belirtmektedir. Kim, bu bağlamda bir örnek vererek, başını, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı’nın (OECD) çektiği çalışmalarla, zengin ticari gizilgücü bulunan ülkelerin, yabancı kamu görevlisine rüşvet verilmesini cezalandırma yoluna gittiklerini belirtmektedir.²³ Yolsuzluk ve özelleştirme hakkında bu genel bilgileri verdikten sonra, ikisi arasındaki ilişkinin incelenmesi uygun olacaktır.

²¹ A. g. e. s. 77.

²² Lucchini, haklı olarak, cemaatsel yolsuzluk (parochial corruption) ile piyasa yolsuzluğu (market corruption) bir ayırım yapmakta ve birincisinin bir yakınlık yolsuzluğu olduğunu belirtmekte ve bunun örneğin, aile, kabile veya etnik grup içerisindeki ileri gelenin kimliğiyle yakın ilgisi olduğunu, ikincisinin ise daha kişilik dışı ve serbest piyasa dizgesinde evrimleştiğini ve bu yolsuzluk türünün herkesin gizilgücü (potential) olarak el altından rekabet yapmaya hazır olması olgusunu simgelediğini ifade etmektedir. Bkz. a. g. e., s. 76 dipnot 76. Kanımızca, piyasa yolsuzluğu türünde, gizilgücü olarak herkes yolsuzlukta rol oynayabileceği için bu tür, cemaatsel yolsuzluk türünden daha tehlikelidir.

²³ Kim, *Korean Implementation of the OECD Bribery Convention: Implications for Global Efforts to Fight Corruption*, s. 33.

II. ÖZELLEŞTİRME İLE YOLSUZLUK ARASINDAKİ İLİŞKİ

Özelleştirme ile yolsuzluk arasında iki boyutu bakımından bir ilişki bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ekonomik olarak az gelişmiş ülkelerin²⁴ serbest piyasa ekonomisine geçişleri aşamasındaki yapısal durumlarıdır. Gerçekten de, Macar yazar György Varga'nın belirttiği üzere, demokrasisi ve piyasa ekonomisi gelişmekte olan ülkelerde yolsuzluğa karşı etkin bir şekilde önlem alınmamıştır. Daha doğru bir deyişle, bu tür ülkelerde, resmi ve hukuksal olarak yolsuzluğa karşı gerekli önlemler alınmış olsa da, toplumun, piyasanın ve rekabetçi siyasi çevre endişe kaynağı olmaktadır. Bu durum "vahşi batı"ya ve kapitalizmin ilk aşamasına benzemektedir. Çünkü geçiş ülkesi konumunda bulunan ülkelerde vahşi batı ve kapitalizmin ilk aşaması gibi güç ve mal ile hizmetlerin yerleştirilmesi olgusuna rastlanılmaktadır. Varga, bu durumun, iyi yerleşmiş demokrasi ve kapitalizme sahip olan ülkelerin dünyasından oldukça farklı olduğunu ve uzun bir süre de farklı kalmaya devam edeceğini ifade etmektedir. Bununla birlikte, yazar, yolsuzluğun, demokrasisi köklü olan ülkelerde de görülebileceğini, bu tip ülkelerde, yolsuzluğun, köklü kapitalizmin kuruluşuna katılan köklü aileler tarafından mevcut statülerini korumak ve diğerlerinin zararına olarak daha fazla zenginleşmek amacıyla sürdürüldüğünü ifade etmektedir.²⁵

Varga, devamla, demokrasisi ve kapitalizmi iyice oturmuş bulunan ülkelerdeki yolsuzluğu işlevsel yolsuzluk (*operational corruption*) olarak adlandırmaktadır. Bununla birlikte, yazar, piyasa ekonomisine geçiş konumunda bulunan ülkelerdeki geçiş süreci ile özelleştirmeyi statü kazanma yolsuzluğu "*position-gaining corruption*" olarak adlandırmaktadır. Ancak, yazar, geçiş konumundaki ülkelerde, piyasa ekonomisine ve gelişen demokratik kurumlara eşlik eden işlevsel yolsuzluğun da bulunabileceğini, bu tip yolsuzluğun, kısmen, sosyalist düzenin bir mirası olduğunu belirtmektedir.²⁶

²⁴ Türkiye dahil.

²⁵ Nak. Levay, a. g. m., s. 78.

²⁶ A. g. e.

Varga'nın da belirttiği üzere devletçi bir ekonomik-siyasi düzenden kapitalist düzene geçiş sürecinde bulunan ülkelerdeki yolsuzluğun temel kaynağı statü kazanma çabasıdır. Statü kazanmanın temel yolu da bu ülkelerdeki özelleştirmedir. Gerçekten de, geçiş konumunda bulunan ülkelerde, kamu malvarlığının özel malvarlığına dönüştürülmesi dönüşüm aşamasında, yolsuzluğu teşvik edici bir rol oynamıştır.²⁷

Ekonomisi ve siyasi dizgesi geçiş konumunda bulunan ülkelerde,²⁸ özelleştirmenin yolsuzluğu teşvik etmesinde altında bir çok neden yatmaktadır. Bunlardan ilk temel nedeni, özelleştirmenin, basit bir şekilde kamu malvarlığının değişimini değil, dizgenin değişimini sağlaması oluşturur. Gerçekten de, bu ülkelerdeki yeni siyasi liderler, kendi adamlarını, özelleştirme yoluyla siyasi ve ekonomik bir güç halinde getirmekte ve böylelikle önceki rejim döneminde güç sahibi olan kişilere karşı bir denge sağlamaya çalışmaktadır. Bunun sonucunda da, siyasi ve ekonomik güç inanılmaz boyutta karmaşık ve girift bir hale gelmektedir.²⁹

Geçiş konumunda bulunan ülkelerdeki özelleştirmenin yolsuzluğu artırmadaki ikinci temel neden ise, bu ülkelerin sermaye yetersizliği çekmeleridir.³⁰ Sermaye yetersizliği sonucunda da, bir taraftan çok-uluslu şirketler özelleştirme sürecinde daha iyi koşullarla yer almışlar, diğer taraftan ise özelleştirilen varlık ve malvarlığının elde edilmesi bağlamında (bakımından) "*sermaye bağlantısının*" (*connection capital*) rolünün artmış olmasıdır.³¹

²⁷ A. g. e.

²⁸ Türkiye dahil.

²⁹ Levay, a. g. m., s. 79. Bu olgu hakkında Macaristan'dan verilen bir örnek için aynı yere bakınız.

³⁰ Bununla birlikte, bu ülkelerdeki sermaye yetersizliği, yalnızca özelleştirmede yapılan yolsuzluğu teşvik etmekle kalmamakta, başka alanlarda da yolsuzluğu teşvik etmektedir. Örneğin, söz konusu ülkelerde, sermaye yetersizliği yüzünden siyasetin finansmanında da yolsuzluk görülmekte, iktidar partisinin kesesini doldurmasını sağlamak ereğiyle yapılan skandallere (örneğin, Macaristan'da) rastlanılmaktadır. Bkz. a. g. e., s. 80.

³¹ A. g. e., s. 80. Bu konu hakkında Macaristan'dan verilen bir örnek için aynı yere bakınız.

Özelleştirme ve yolsuzluk arasındaki bağıntı konusunda yapılacak analizlerde gözden uzak tutulmaması gereken bir nokta da, organize suç gruplarının özelleştirme sürecine müdahil olmalarıdır.³² Aslında, organize suç gruplarının özelleştirme sürecine doğası gereği müdahale edecekleri sonucuna, organize suçun organizasyon yapısı incelenerek de ulaşılabilir. Gerçekten de mafya tipi çoğu organize suç organizasyonlarının teşkilat şemasında “*yolsuzluğa bulaştıran*” ve “*yolsuzluğa bulaşmış*” kadroları bulunmaktadır. Yolsuzluğa bulaştıran kadrosunda bulunan kimse organize suç aile üyelerinin güvenliğini sağlama ve onların tutuklanma, soruşturma ve cezalandırmadan bağımsızlığını temin etmek üzere polis ve kamu görevlilerine rüşvet vermekte, onları satın almakta, yıldırma, müzakerelerde bulunmakta ve kandırmaktadır. Mafya tipi suç organizasyonlarının organizasyon şemalarında açık bir şekilde gösterilmese de “*yolsuzluğa bulaştıran*” görevi, “*yolsuzluğa bulaşmış*” görevi gibi gayri resmi bir pozisyonudur ve bu görev, organize suç ailesindeki eleman, şef, patron yardımcısı, hatta patron tarafından bile yerine getirilebilmektedir.³³

Konu hakkında daha da ayrıntı vermek gerekirse, her bir organize suç grubu için en az bir tane “*yolsuzluğa bulaştıran*” görevini yapan bir kimse bulunmaktadır. Ayrık durumlarında ise, en fazla iki organize suç grubu için bir tane yolsuzluğa bulaştıran kimse bulunabilmektedir. İki organize suç grubu adına ve hesabına çalışan bu kimse, söz konusu organize suç gruplarının belirli bir coğrafi bölgedeki yolsuzluk faaliyetlerini yürütmektedir. Bununla birlikte, yaygın olarak, bir organize suç grubunda birden fazla olarak “*yolsuzluğa bulaştıran*” görevini yapan kişi bulunmaktadır. Örneğin, bu kimselerden bazıları polis veya il genel meclisi gibi devletin bazı kurumlarını yolsuzluğa bulaştırma işiyle uğraşmakta, diğer birisi, Tekel idaresi gibi başka kamu kurumu görevlilerinin ahlaki değerlerini zayıflatarak onları kandırmaya uğraşmakta, başka birisi ise hakim, savcı ve diğer adalet personelinin yolsuzluğa bulaştırarak işlerini kolay yürütebilmelerinde yardımcı olmaktadır. Hangi kamu kurumunda kişinin tanıdığı olmasına göre yolsuzluğa bulaştıranların rolleri değişebilmektedir. Bazı

³² Rus organize suç gruplarının açık veya örtülü olarak özelleştirme sürecine müdahalelerini inceleyen bir yazı için bkz. Shelley, Louise, *I. Privatization and Crime: The Post-Soviet Experience, Trends in Organized Crime*, Summer 1996, s. 71-73.

³³ Fazla bilgi için bkz. Cressey, *Criminal Organizations Its Elementary Forms*, s. 36- 37.

durumlarda ise bir “baş yolsuzluğa bulaştıran” kimse bulunmakta ve bu kimse diğer yolsuzluğa bulaştıran görevini yapan kişilerin faaliyetlerinde eşgüdüm sağlamaktadır. Yolsuzluğa bulaştıran görevine atanan kimselerin görevi kalıcı olmamakla birlikte, oldukça uzun bir süreyi kapsamaktadır.³⁴

Organize suç gruplarında, her bir yolsuzluğa bulaştıran kişinin karşılığında genellikle bir “yolsuzluğa bulaşmış” kadrosunda kişi bulunmaktadır. Genel olarak, bir organize suç ailesi, aileye nasıl şef, muhasebeci, özel şoför seçip alırken belli bir takım ölçüt ve yöntemleri uyguluyorsa “yolsuzluğa bulaşmış” görevine de eleman alırken aynı yöntem ve ölçütleri izlemektedir. Bununla birlikte, organize suç grubunda “yolsuzluğa bulaşmış” görevine atanan kimse, atandığı organize suç grubunun üyesi konumunda bulunmamakta, yalnızca o ailenin iş bölümü açısından rolü bulunmaktadır. Bazı durumlarda ise, organize suç ailesi, kendisine “yolsuzluğa bulaşmış” görevini yapacak eleman almamakta, yolsuzluğa bulaştıran kişi veya kişilerin yardımıyla, bazı kişi veya kişileri kamu kurumuna yerleştirmektedir. Bu tip kişilerin sahibi, kendisini işe yerleştiren organize suç ailesidir.³⁵

Genel olarak sınır aşan nitelikte faaliyet göstermeye başlayan suç organizasyonları konusunda, halkın da, son yıllarda dikkati, yolsuzluk üzerinde toplanmaya başlamıştır. Suç organizasyonları yolsuzluğa bulaşmış, bir başka deyişle, kandırılmış kamu görevlilerinin yardımıyla faaliyetlerini düzgün ve basiretli bir şekilde yürütmektedirler. Bu durum yalnızca demokrasiye artan ortan oranda bir tehdit oluşturmakla kalmamakta, aynı zamanda uluslararası ticari faaliyetlere de artan oranda bir zarar oluşturmaktadır. Ancak, organize suçun demokrasiye ve uluslararası ticarete verdiği zarar genellikle yazarlar tarafından eş anlamlı olarak incelenmemiştir. Bundan da öte, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD), Amerikan Devletleri Organizasyonu (OAS), Avrupa Birliği (EU), Uluslararası Para Fonu (IMF) gibi kuruluşlar sadece kamu görevlileri ile yasal şirketler veya işadamları arasındaki yolsuzluk konusuna eğilmişler, dahası da, yapılan bu çalışmalarda yasal iş dünyasının, yolsuzluk konusundaki rolü ve sorumluluğu konusunda yeterli dikkat ve özen harcanmamıştır. Diğer yandan,

³⁴ A. g. e., s. 37.

³⁵ A. g. e.

paranın yazı ve tura kısmı gibi birbirinden ayrıştırılması imkansız olan yolsuzluk ve organize suç, söz konusu kuruluşlar tarafından gerek önlem temelinde gerekse araştırma temelinde sanki birbirinden ayrı olgular gibi soyutlanarak da incelenmiştir.³⁶

Yolsuzluğa karşı pratik önlemler getirilebilmesi için bir çok ülke ve bölgesel kuruluş, değişen sosyo-ekonomik koşullar çerçevesinde yolsuzluğa neden olan sebep ve sonuçların dizgesel olarak dikkate alınması gerektiği bilincine ulaşmışlardır. daha açık bir deyişle, hiç bir ülke ve rejimin, yolsuzluğa karşı bir bağımsızlığı bulunmadığından, yolsuzluğa karşı alınacak tedbirlerin, kuşkusuz, her şeyden önce yolsuzluğa sebep olan faktör analizine dayanması gerekir. Yolsuzluğa karşı tedbir alma sürecinde, yolsuzluğa katkı sağlayan hiç bir faktörü yadsımamak gerekir. Örneğin, bazı durumlarda yasal şirketler tarafından ödenen rüşvet; tefeciler, beyaz kadın ticareti yapanlar ve hatta büyük suç şebekelerinin ödediği rüşvetten daha fazla zarar doğurabilmektedir. Analitik bir çerçevede, yasal iş dünyası ile suç şebekelerinin yolsuz faaliyetlerinin birbirinden ayrılması mümkün değildir. Bu açıdan kamu görevlilerinin gerek iş alemi gerekse suç şebekeleriyle ilişkilerinde görevlerini nasıl ve hangi boyutta kötüye kullandıklarının ortak bir şekilde incelenmesi kaçınılmazdır.³⁷ Dolayısıyla, organize suç gruplarının özelleştirmeye müdahalelerini göz ardı eden bir incelemenin eksik kalacağı açıktır.

III. ÖZELLEŞTİRME UYGULAMALARINDA YOLSUZLUĞU ÖNLEYEBİLMEK İÇİN ALINMASI GEREKEN ÖNLEMLER

Özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğa karşı savaşım verilirken göz önünde tutulması gereken nokta; söz konusu savaşımın etkin bir şekilde yapılabilmesi için çok boyutlu önlemlerin alınması gerekliliğidir. Aslında, yolsuzluğun kendisi, girift ve karmaşık bir olgu olduğundan ona karşı alınacak önlemlerin de çok boyutlu olması gerektiği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Daha açık bir deyişle, özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğa karşı etkin bir savaşım verilebilme-

³⁶ Passas, *A Structural Analysis of Corruption. The Role of Criminogenic Asymmetries*, s. 42.

³⁷ A. g. e.

si için yalnızca hukuksal önlemlerin alınması yeterli olmamakta, bunun yanında, mali, idari, kültürel ve siyasi bir takım önlemlerin alınması da gerekmektedir.³⁸ Bununla birlikte, çalışmanın oylumunu genişletmemek için bu çalışmada yalnızca özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğa karşı alınması gereken temel hukuki önlemler üzerinde durulacaktır.

1. Yargısal Denetim ve Sonuçlarının Gereğini Yerine Getirme Bağlamında Alınması Gereken Önlemler³⁹

Bu kısımda, yargı organlarının kararlarını getirme yükümlülüğü ile özelleştirme işlemlerinin yargısal denetiminde karşılaşılan hukuksal sorunların çözümü üzerinde durulacaktır.

a. Yargı Organlarının İptal ve Yürütmeyi Durdurma Kararlarına Tam Bir Uyumun Sağlanması

Özelleştirme uygulamaları mevcut idari teşkilat ve süreç içerisinde gerçekleştirilmeye uygun bir işlem olmasa da, hukuka uygun bir şekilde yapılmak zorundadır.⁴⁰ Özelleştirme işlemlerinin hukuka uygun yapılmasının olmazsa olmaz koşulu (*conditio sine quo non*), konu hakkında verilen yargı kararlarına koşulsuz ve zamanaşımına uğramaz bir sürede uyum sağlanmasıdır. Hangi tür önlem alınırsa alınsın konu hakkında verilen yargı kararlarına tam bir şekilde uyum sağlanmaz ise özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğu önleyebilmek ham bir hayalden öteye gitmez. Ancak, özellikle, özelleştirmenin iptali ve yürütmesinin durdurulması kararının gereğinin yerine getirilmemesi yönünde Türkiye’de adeta bir millî birlik ve beraberlik! sağlanmıştır.

Gerçekten de, bir iktisadi devlet teşekkülü olan ÇİTOSAN’a ait beş çimento şirketindeki kamu hisselerinin bir Fransız firmasına satışına dair Yüksek Planlama Kurulu’nun, 6.9.1988 tarih ve 89/74 sayılı kararı ile bir başka kamu iktisadi teşebbüsü olan USAŞ’taki kamu his-

³⁸ Krş. Dursun, *Yargı Organlarının Yolsuzlukla Mücadelesi Sırasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, s. 162.

³⁹ Kuşkusuz, yöntemsel olarak bu konunun en sonda incelenmesi gerekirse de, konunun önemi dolayısıyla bu başlığa öncelik verme gereğini duydum.

⁴⁰ Emek, *Özelleştirme Uygulamalarında Kural Hakimiyeti*, s. 70.

selerinin bir başka yabancı firmaya satışına dair 9.2.1989 tarih ve 89/3, 10.8.1989 tarih ve 89/21 sayılı kararlarının idari yargı tarafından iptal edilmesi üzerine Bakanlar Kurulu 27.4.1992 tarihli şöyle bir prensip kararı almıştır: “...konunun iç hukuku olduğu kadar dış hukuku da ilgilendirecek boyutlara ulaştığı, anılan yargı kararlarının uygulamaya konulması hâlinde Türkiye ile yabancı şirketler ve giderek ülkeler arasında yeni hukuki sorunlar doğmasının kuvvetle muhtemel bulunması sebebiyle; durumun, iç hukukumuzdan ziyade, ülkemizin diğer devletler ve milletlerarası kamuoyu nezdindeki itibarı ve çıkarları ile milletlerarası münasebetlerin gerektirdiği istemler çerçevesinde değerlendirilmesinin daha uygun olacağına şüphe yoktur. Bir başka deyimle, devletlerin imzaladıkları uluslararası sözleşmelere uyma zorunluluğu getiren ve milletlerarası camia tarafından umumi kabul görmüş bulunan “ahde vefa” gibi bir devletlerarası kuralın yukarıda belirtilen iptal kararı sebebiyle gözardı edilmesinin maddi ve ekonomik bakımından Türkiye’nin yararına olamayacağı bir yana, böyle bir uygulamanın milletlerarası hukukun genel prensipleri ile bağdaşmayacağı da izahtan varestedir. Kaldı ki genel olarak uygulama incelendiğinde, milletlerarası içtihatların, devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğünü kabul ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim Fransa ile Meksika arasındaki ... Pinson olayı dolayısıyla milletlerarası hakem tarafından verilen kararlarda devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü sarahaten belirtilmiştir...Danıştay İctihatları Birleştirme Kurulu’nun 9/7/1966 tarihli ve E. 65/21, K. 66/7 sayılı Karar’ında da belirtildiği gibi, iptal hükmü, idari işlem, idarece verildiği tarihten itibaren ortadan kaldırılmış sayılmakta ise de, iç hukukumuz bakımından geçerli olan bu kuralın, milletlerarası boyut kazanmak suretiyle devletler hukuku alanına dahil olmuş bir olay hakkında ne derece uygulanabileceği meselesi de tartışmaya açıktır. Gerek yukarıda açıklanan mülahazalar ve gerekse özelleştirme yöntemlerini yeniden belirleyen 7/3/1990 tarihli ve 90/2 sayılı Yüksek Planlama Kurulu Kararı dolayısıyla, anılan satış işlemleri konusunda geriye veya ileriye dönük şekilde yeniden işlem tesisine hukuken imkan bulunmadığına Bakanlar Kurulu’nca 27/4/1992 tarihinde karar verilmiştir.”⁴¹

Bakanlar Kurulu’nun söz konusu prensip kararıyla yapılan bu onarılmaz hata dışında, Özelleştirme Yüksek Kurulu da konu hakkında 1997 yılında vermiş olduğu bir kararla vahim bir hata yapmıştır. Gerçekten de, Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun 6.12.1997 tarih ve 97/66

⁴¹ Nak., Karahanoğulları, Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi, s. 319-320.

sayılı kararında, özelleştirme uygulaması sonucunda devir-teslim yapıldıktan sonra, özelleştirme işlemleri hakkında iptal veya yürütmenin durdurulması kararı verilmesi halinde, bu kararların uygulanmasının fiilen olanaksız olduğu ifade edilmiş ve şu görüşlere yer verilmiştir:

“Anayasa Mahkemesi tarafından 4046 sayılı yasanın 18. maddesinin (B) ve (C) bentlerinin iptal edilmesinden önce yürürlükteki bu madde gereğince yürütülen özelleştirme uygulamasına ilişkin işlemlerin iptal istemiyle açılan davalar sonucunda, Mahkemelere özelleştirme uygulamalarına ilişkin işlemlerin hukuki dayanaktan yoksun kaldığı gerekçesi ile yürütmenin durdurulması ve iptal kararları verilmektedir.

Bu çerçevede bazı kuruluşların özelleştirilmesine ilişkin işlemler hakkında verilen yürütmeyi durdurma ve iptal kararları bu kuruluşların devir ve teslim işlemleri gerçekleşmeden önce Özelleştirme İdaresi Başkanlığına tebliğ edilmiştir. Bunlardan özelleştirme işlemleri tamamlanarak devrine karar verilen ve fakat nihai devir sözleşmesi imzalanarak devir ve teslim edilmemiş bulunan Deniz Nakliyatı T.A.Ş. konusundaki verilen yürütmeyi durdurma kararı hakkında Özelleştirme Yüksek Kurulunun 12.11.1997 tarihli ve 1997/51 sayılı kararı ile Erdemir Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş.’ndeki kamu hisselerinin satışına ilişkin ihale işlemleri devam etmekte iken verilen iptal kararı ise, Özelleştirme İdaresi Başkanlığının 5.8.1997 tarihli ve 499 sayılı kararı ile mahkeme kararları doğrultusunda işlemler tesis edilmiştir.

Ancak Sümer Holding A.Ş.’ ye ait Eskişehir, Nevşehir ve Şanlıurfa İşletmeleri, ORÜS-Orman Ürünleri Sanayi A.Ş.’ ye ait Vezirköprü, Bafra, Pazarköy, Ayancık İşletmeleri, TDİ- Türkiye Denizcilik İşletmesi A.Ş.’ ye ait Hopa Limanı ile Lalapaşa Çimento San. ve Tic. A.Ş., Elazığ Altınova Çimento San. Tic. A.Ş., Havaş Havaalanı Yer Hizmetleri A.Ş. KÜMAŞ- Kütahya Manyezit İşletmeleri A.Ş. ve Petlas Lastik San. ve Tic. A.Ş. gibi bazı kuruluşların özelleştirilmesine ilişkin olarak açılan davalar sonucunda verilen yürütmenin durdurulması veya iptal kararları ise bu kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanıp devir ve teslim işlemleri tamamlanarak devredilmesinden sonra Özelleştirme İdaresi Başkanlığı’na tebliğ edilmiştir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin bahse konu iptal kararından önce sözleşmeleri imzalanarak devir ve teslim işlemleri tamamlanan bazı kuruluşlar ile ilgili olarak açılan davalar da mevcut olup henüz sonuçlanmamıştır.

Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 4046 sayılı Kanun'un 18. maddesinin (B) ve (C) bentlerinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinden önceki dönemde yürürlükte bulunan mevzuata göre, Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından alınan kararlar gereğince gerçekleştirilen özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra bu kuruluşlarla ilgili olarak Özelleştirme İdaresi Başkanlığına tebliğ edilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararları hakkında; özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçları ile birlikte tamamlanmış bulunması söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, istihdam ve bunlara bağlı her türlü ticari ve mal tasarruflarında bulunulması ve böylece devir tarihi ile yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na tebliğ edildiği tarih arasında önceki duruma göre fiilen geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması nedenleri ile oluşan fiili imkansızlık karşısında bu kuruluşları devir almış 3. şahıs durumundaki gerçek ve tüzel kişilere karşı yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarına ilişkin geriye veya ileriye yönelik işlem tesisine imkan bulunmadığına karar verilmiştir.”⁴²

Yukarıya aktarılan gerek Bakanlar Kurulu'nun, gerekse Yüksek Planlama Kurulu'nun söz konusu kararları, devletin varlık nedenine (*raison d'être*) aykırı düşmektedir. Çünkü bir devletin temel varlık nedeni, tarafsız olan yargının kararını yerine getirmek olduğundan, yabancı şirketlere yapılan özelleştirmelerin iptal edilmesi veya devir ve teslimi yapılan özelleştirilen kuruluşlar hakkında iptal ve yürütme kararlarının uygulanmayacağını savlamak devletin kuruluş kökenine aykırılık oluşturur. Konu oldukça önemli olduğundan üzerinde bir takım açıklamaların yapılması uygun olacaktır.

Rousseau'nun belirttiği gibi bir devlet, sözleşme, bir diğer deyişle, toplum sözleşmesi (*du contrat social*) yoluyla kurulmuştur.⁴³ Rousseau'nun haklı ve isabetli olarak belirttiği üzere toplum sözleşmesiyle kurulan devletin egemenliğinin bir unsuru, Hobbes'in belirttiği üzere, yargılama yetkisidir. Hobbes, yargılama yetkisinin, bir başka deyişle, toplumsal veya doğal hukukla veya olgularla ilgili olarak orta-

⁴² Nak., Evren, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 220-221.

⁴³ Fazla bilgi için bkz. Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, s. 14 vd.

ya çıkabilecek bütün anlaşmazlıkları dinleyip çözüme bağlama yetkisinin, egemenliğin bir parçası olduğunu ifade etmektedir. Çünkü anlaşmazlıklar çözüme bağlanmaz ise çıkarılmış olan bütün yasalar boşunadır ve herkes kendini korumanın doğal ve gerekli isteğinden hareketle, kendini kendi gücüyle koruma hakkına sahip olmaya devam eder.⁴⁴

Rousseau ve Hobbes'in isabetli bir şekilde yapmış olduğu analizlerden anlaşılacağı üzere sosyal sözleşmeyle kurulmuş olan devletin tarafsız bir üçüncü kişi olarak uyuşmazlıkları çözmesi gerekmektedir. Çünkü insanlar, uyuşmazlıklarının tarafsız bir başvuru organı (yargılama makamı) tarafından çözülmesini istedikleri için devleti kurmuşlardır. Uyuşmazlığı çözen yargı kararının yerine getirilmesi devletin varlık nedeni olduğundan hem de zamaşımına bir şekilde, devletin, yargı kararının gereğini yerine getirmesi işin doğası gereğidir. Yabancı şirketlere yapılan özelleştirilmelerin iptal kararlarının uygulanmamasını belirtmek veya özelleştirilen kuruluşların devir ve tesliminin yapılmasından sonra verilecek yargı kararlarının uygulanmayacağını savlamak, devletin kuruluş ereğinin açık bir şekilde inkar edilmesinden başka bir anlam taşımaz.⁴⁵

⁴⁴ Fazla bilgi için bkz. Hobbes, *Leviathan*, s. 136 vd.

⁴⁵ Bakanlar Kurulu'nun prensip kararı (söz konusu prensip kararının *Resmi Gazete*'de yayımlanmaması ve Cumhurbaşkanının imzasını taşınamaması da ayrı bir garabet) ile Yüksek Planlama Kurulu'nun almış olduğu karar, hukuk devleti (rule of law) kavramının kendisine de ters düşmektedir. Gerçekten de, Bakanlar Kurulu, söz konusu prensip kararında, yabancı şirketlere yapılan özelleştirmelerin iptaliyle ilgili yargı kararının uygulanmama gerekçesini "ahde vefa" adlı milletlerarası hukuk kuralına dayandırmaktadır. Yargı kararının gereğinin yerine getirmenin ahde vefa (pacta sunt servante) ilkesine aykırı olacağını savlamak, kavram çarpıtmasından başka bir anlam taşımaz. Öte yandan, uluslararası toplum, bütün ülkelerde hukuk devleti ilkesinin tüm kurum ve kurallarıyla yaşama geçmesi yönünde çaba verirken ve yargı kararını yerine getirmek de hukuk devleti ilkesinin olmazsa olması koşulunu oluştururken asıl böyle bir prensip kararıyla milletlerarası hukuk kuralına ters düşülmüştür. Öte yandan, Yüksek Planlama Kurulunun bahsi geçen kararında özelleştirilen kuruluşların devir ve teslimleri yapıldıktan sonra verilecek yargı kararlarının uygulanmasında fiili imkansızlık olacağı görüşü savunulmaktadır. Bu görüş de kavram çarpıtmasından başka bir şey değildir. Çünkü fiili olanaksızlık nedeniyle özelleştirilen kuruluşlar hakkında verilen iptal ve yürütüme kararlarının gereğinin yerine getirilmemesi için deprem, heyelan, sel gibi doğal afetler veya yangın gibi olaylar sonucunda o kuruluşun ortadan kalkması gerekir. O kuruluş, fizik olarak mevcut olduğu müddetçe, aradan ne kadar zaman geçerse geçsin, yargı kararının gereğinin yerine getirilmesi gerektiği açıktır.

Bundan başka, Bakanlar Kurulu'nun söz konusu prensip kararı⁴⁶ ile Yüksek Planlama Kurulu'nun bahsi geçen kararı özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğa karşı verilecek savaşıma da açık bir zarar vermektedir. Geçekten de, Bakanlar Kurulu'nun bu prensip kararı yüzünden, yabancı şirketlere yapılan özelleştirmelerde, Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun söz konusu kararı yüzünden de devir ve teslimi yapılan özelleştirilen kuruluşların özelleştirme sürecinde yolsuzluk yapılırsa ve salt bu yüzden söz konusu özelleştirmelerin iptaline veya yürürlüğünün durdurulmasına ilişkin verilen yargı kararları uygulanmayacaktır ki, bunun kabul edilemez bir tutum olduğu ortadadır.

b. Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetiminde Görülen Karmaşanın Giderilmesi

Özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğa karşı etkin bir savaşım verilebilmesinin temelini, özelleştirme sürecinin etkin bir şekilde yar-

⁴⁶ Bakanlar Kurulu'nun bu prensip kararı iptal edilmiştir. Gerçekten de, Danıştay 10. Dairesi'nin 28.5.2004 tarih ve E.2002/4061, K. 2004/5219 sayılı kararında; Bakanlar Kurulu'nun söz konusu prensip kararı, açıkça hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiş ve kararda şu gerekçeler ileri sürülmüştür: *"İdarenin yargı kararlarına maksadına uygun biçimde uygulaması zorunluluğu, toplumda korunması gereken hukuk düzenince kişilere sağlanan hukuk güvenliği ve devlet işlemlerindeki istikrarının sonucudur. Her türlü işlem ve eylemi yargı denetimine tabi olan idarenin yargı kararlarına uyması ve bu kararların gereklerine göre işlem ya da eylemde bulunmak zorunda olması aynı zamanda Anayasamızın 2. maddesinde kabul edilmiş bulunan "hukuk devleti" ilkesinin de bir gereğidir. Anayasamızın 2. maddesinde yer alan bu ilke karşısında idarenin Mahkeme kararlarını "aynen ve gecikmeksizin uygulaması" anayasal bir zarurettir. Anayasamızın ve 2577 sayılı Yasanın yukarıda aktarılan hükümleri ile ortaya konulan hukuki durum karşısında, yargı yerlerince verilen kararların, ilgili mercilerce uygulanması asıl olup, bu yoldaki hukuki işlemlerinde yine aynı merciler tarafından hukuk kuralları çerçevesinde yapılması hukuka bağlı devlet ilkesinin bir gereğidir. Hal böyle iken, Bakanlar Kurulunun iptali istenilen 27.4.1992 tarihli kararı ile bu kararda sözü edilen kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmamasını öngörür nitelikte bir prensip kararı alınması açıkça hukuka aykırı bulunmaktadır. Karar hakkında fazla bilgi için bkz. (<http://www.danistay.gov.tr/keriism/EsasNoKararC.jsp?dai=10&eyil=2002&eno=4061...> Erişim Tarihi, 22.1.2009). Aslında, Bakanlar Kurulunun bu prensip kararı öyle hukuka aykırıdır ki, (çünkü, yargı kararlarının gereğinin yerine getirilmesi Anayasamızın 138'inci maddesinin son fıkrasında verilen bir emirdir) Danıştay'ın bu kararı (ve önüne geldiği zaman Yüksek Planlama Kurulu'nun bahsi geçen kararını) "iptal" etmek yerine yalnızca "yok" olduğunu saptamakla yetinmesi gerekirdi. Danıştay'ın kararı iptal etmesi sonucunda, Bakanlar Kurulu'nun söz konusu prensip kararının iptal kararına kadar hukukun geçerli olduğu gibi bir izlenime yol açmaktadır ki, bu izlenimin doğmaması gerektiği açıktır.*

gı denetimine tabi tutulması oluşturur. Ancak, özelleştirme sürecinin yargısal denetiminde tam bir karmaşa hakim bulunmaktadır.

Bu bağlamda, Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun (ÖYK) özelleştirme işlemlerine karşı açılacak davalarda husumetin kimse yöneltileceği (davalı sıfatını kimin taşıyacağı) konusunda mahkeme kararları arasında derin görüş ayrılıkları bulunmaktadır.⁴⁷ Karahanoğulları'nın da isabetli olarak belirttiği üzere, ÖYK kararları, iptal davasına konu olabilecek nitelikte kesin ve yürütülmesi gereken kararlardır. Bir başka deyişle, ÖYK, kesin ve yürütülmesi gereken kararlar alma yetisine sahip ve Bakanlar Kurulu ile Başbakan'dan bağımsız olan bir kurumdur. Söz konusu kurulun tüzel kişiliğinin bulunmaması, onun davalı olarak gösterilmesine engel değildir. Tüzel kişiliği olmayan idari makamların da davalı olarak gösterilebileceği öğretide ve Danıştay içtihatlarında benimsenmiştir. Bu bağlamda, söz konusu kurulun kararlarına karşı açılan davalarda davalının ÖYK olması gerekir.⁴⁸

24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 27. maddesinde, 3.7.2005 tarih ve 5398 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle bir değişiklik yapılarak, özelleştirme uygulamalarına ilişkin idari davaların, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görüleceği ifade edilmektedir. Bu hüküm, özelleştirme uygulamalarında madde itibarıyla yetki ve yer itibarıyla yetki kurallarından "*birden fazla işlem ayrılarak açılma*" sorunlarını⁴⁹ ortadan kaldırmasına rağmen, kanımızca, taşınmazları içeren özelleştirmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda doğan yetki sorununu ortadan kaldırıcı nitelikte olmadığı gibi amaca da uygun değildir. Gerçekten de, 6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 34. maddesinde imar, kamulaştırma, yıkım, işgal, tahsis, ruhsat ve iskan gibi taşınmaz mallarla ilgili mevzuatın uygulanmasında veya bunlara bağlı her türlü haklara veya kamu mallarına ilişkin idari davalarda, yetkili mahkemenin, taşınmaz malla-

⁴⁷ Bu konudaki karmaşa konusunda bilgi için bkz. Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 283-284.

⁴⁸ Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 285. Aynı yerde, haklı olarak, Karahanoğulları, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın (ÖİB) onaya tabi olmayan kararları ile icrai kararlarına karşı husumetin ÖİB'na yöneltilmesi gerektiğini de savlamaktadır.

⁴⁹ Bu sorunlar hakkında bkz. Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 286-290, 293-295.

rın bulunduğu yer mahkemesi olduğu ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere 2577 sayılı Kanun'un 34. maddesinde taşınmaz mallarla ilgili özelleştirmelerde özel bir yetki kuralı konulmuştur. Bu özel yetki, genel yetki kuralını⁵⁰ ortadan kaldırır.⁵¹ Aslında, taşınmazdan kaynaklanan hakları etkileyen yöntemlerle gerçekleştirilen özelleştirmelere karşı açılacak davaların, 2577 sayılı Kanun'un 34. maddesindeki özel yetki kapsamına girmesi ve yalnızca, taşınmaz malın bulunduğu yer mahkemesinde⁵² açılması⁵³ gerekir.⁵⁴ Uygulamada, iptal davasına konu olabilecek özelleştirme işleminin niteliği konusunda da sorunlar çıkmaktadır. Daha somut bir deyişle, bu bağlamda, uygulamada temel olarak iki sorunla karşılaşılmaktadır. Bunlardan birincisi, ÖİB'nin, ÖYK, kararından sonra, söz konusu kuruluşu özelleştirmek için ihaleye çıkarma kararının iptal davasına konu olup olmayacağı, ikincisi ise özelleştirme sürecinde herhangi bir aşamada iptal davası açma olanağının bitip bitmediğidir.⁵⁵ İlk sorun, özelleştirme aşamalarındaki işlemlerin tümünün icrai nitelikte dava edilebilir işlem olarak kabul edilmesiyle aşılır. Çünkü burada zincir işlem esası geçerli olup zincirdeki her halka birbirinden kopartılabilir. İkinci sorun ise, dayanak işlem-uygulama işlemi bağlantısını doğru kurup 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 4. fıkrasının geniş yorumlanmasıyla, daha açık bir deyişle, uygulama işleminin, dayanak işleminden (özelleştirme kararından) ayrı olarak dava edilebileceği esasının benimsenmesiyle aşılır.⁵⁶

Özelleştirmenin iptali davalarında, *locus standi*⁵⁷ (davacı) sıfatının belirlenmesinde de sorunlar çıkmaktadır. Bu bağlamda, yurtta-

⁵⁰ 4046 sayılı Kanun'un 27. maddesi gereği Danıştay'ın.

⁵¹ Fazla bilgi için bkz. Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 292-293.

⁵² Özelleştirilen kuruluşun birden fazla yerde gayrimenkulu varsa taşınmazın bulunduğu her bir yer idare mahkemesinde.

⁵³ Çünkü o gayrimenkulun hukuksal durumunun da değerlendirilmesi gerekir.

⁵⁴ Karahanoğulları, a. g. m., s. 293. Bu bağlamda, 4046 sayılı Kanun'un 27. maddesinde 2005 yılında yapılan değişiklik, kanımızca, 2577 sayılı Kanun'un 34. maddesini ortadan kaldırmamıştır.

⁵⁵ Bu konular hakkındaki farklı mahkeme içtihatları için bkz. Karahanoğulları, a. g. m., s. 296-297.

⁵⁶ Krş. Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 297.

⁵⁷ *Locus standi* konusunda bilgi için bkz. Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 297, dip not 26.

şın, özelleştirilen kuruluştaki çalışan işçilerin, örgütlü sendikaların, elektrik abonesinin,⁵⁸ özelleştirilen hizmetin bulunduğu yer sakininin, ilgili meslek kuruluşunun, milletvekilinin özelleştirme süreci bakımından davacı sıfatına sahip olmayacağı konusunda yargı organlarının kararları arasında çelişkiler bulunmaktadır.⁵⁹

Kanımızca, özelleştirme sürecinde yapılan yolsuzlukları etkin bir şekilde önleyebilmek için sayılan tüm kesimlere,⁶⁰ özelleştirme işleminin iptali konusunda dava açma hakkının tanınması gerekir. Bu savın iki gerekçesi bulunmaktadır. Özelleştirilen kuruluş, bir kamu malı olduğuna göre o kamu malı üzerinde yapılan usulsüzlük ve yolsuzlukları ortaya çıkarıp özelleştirmeyi iptal ettirmek her yurttaşın hak ve ödevidir. Diğer yandan, iptal davası, Roma hukukunda bulunan bir nevi "halk davası" (*actio popularis*)⁶¹ niteliği taşımaktadır. Adeta bir nevi halk davaları olan iptal davalarında halkın her bir ferdine özelleştirmenin iptali davası açma hakkının tanınması kaçınılmaz bir zorunluluktur.⁶²

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, özelleştirme işlemlerinin yargısal denetiminde derin bir karmaşa ve kriz yaşanmaktadır. Özelleştirme işlemlerini sağlıklı bir şekilde yürütebilmek daha açık bir deyişle, yolsuzluğun görüldüğü özelleştirme işlemlerini kolaylıkla iptal ettirebilmek için konu hakkında bir Danıştay içtihadı birleştirme kararının çıkartılması ve yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde hukuksal sorunların giderilmesi uygun olacaktır.

2. Özelleştirme İhalesi Bağlamında Alınması Gereken Önlemler

Özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğa karşı etkin bir savaşım verilebilmesi için yapılan özelleştirme ihaleleri bağlamında da bir takım önlemlerin alınması kaçınılmazdır. Bununla birlikte, söz konusu

⁵⁸ Elektrikle ilgili kamu iktisadi kuruluşlarının özelleştirilmesinde.

⁵⁹ Bu çelişkiler konusunda bilgi için bkz. Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 297-309.

⁶⁰ Sıradan yurttaşa bile.

⁶¹ *Actio popularis* hakkında bilgi için bkz. Dursun, *Vergi Uyuşmazlıklarından Doğan Davalarda Feragat ve Kabul*, s. 148.

⁶² Krş. Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 298-309.

önlemleri incelemeye geçmeden önce uygulamada oldukça yanlış anlaşılan iki hususa temas etmek uygun olacaktır.

Uygulamada, ihalenin bir özelleştirme yöntemi olduğuna dair yaygın bir yanlış kanı bulunsa da, ihale, bir özelleştirme yöntemi değildir. Çünkü ihale bir sözleşme türü değildir. Daha açık bir deyişle, ihale, ister özel hukuka isterse kamu hukukuna (idare hukukuna) tabi olsun, İdarenin sözleşme iradesini oluşturmada izlemesi gereken bir yöntemdir.⁶³

Bu bağlamda, özelleştirme iki hususu kapsar. Bunlar, kamu mallarının özelleştirilmesi ve kamu hizmetlerinin görülmesinin özelleştirilmesidir. Kamu hizmetlerinin gördürülmesinin özelleştirilmesi, genel olarak idari sözleşmeler⁶⁴ yoluyla gerçekleştirilir. Ayrıca, doğrudan kamu hizmeti niteliği bulunmayan ancak sonuç olarak kamu hizmetine katkıda bulunan hizmetlerin, İdarenin yeterli kaynak ve personeli varken özel kesimden karşılanması da ihale olmayıp özelleştirme değildir. Örneğin, gerekli tüm kaynak ve personel varken bir üniversitenin temizlik ve yemek işlerinin sözleşmeyle özel kesime gördürülmesi, ihale olmayıp özelleştirme değildir. Bu hizmetler, özel hukuk sözleşmeleriyle karşılanmaktadır.⁶⁵ Bu açıklamalar çerçevesinde, özelleştirme sürecinde izlenmesi gereken bir yöntem olan ihale temelinde alınması gereken önlemlerin incelenmesi uygun olacaktır.

İkinci olarak, özelleştirme ihaleleri, kamu ihalelerinin bir çeşidi olduğuna göre genel olarak tüm kamusal ihalelerde yolsuzluğu önleyebilmek için etkin cezai ve idari önlemlerin alınması kaçınılmazdır. Bununla birlikte, kamu ihalelerinde yolsuzluğu önleyebilmek için Türk Ceza Kanunu, Devlet İhale Kanunu, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda öngörülen cezai ve idari yaptırımlar son derece yetersizdir.⁶⁶ Kamusal ihalelerde⁶⁷ yolsuzluğu etkin bir şe-

⁶³ Karahanoğulları, *Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale*, s. 4.

⁶⁴ Anayasa'nın 47 ve 125. maddelerinde Ağustos 1999 tarihinde yapılan değişikliklerle bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

⁶⁵ Karahanoğulları, *Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale*, s. 4.

⁶⁶ Bu yetersizlikler konusunda bkz. Dursun, *Kamu İhalelerinde Yolsuzluğa Karşı Öngörülen İdari ve Cezai Yaptırımlara Genel Bir Bakış*, s. 199-221.

⁶⁷ Bu arada özelleştirme ihalelerinde.

kilde önleyebilmek için ihalenin tasarımından uygulanması sürecine kadar köklü önlemlerin alınması ve organize suç gruplarının ihalelere müdahalesinin⁶⁸ önlenmesi gerekmektedir.⁶⁹ Konu üzerinde başka bir çalışmada üzerinde durduğumuz için⁷⁰ burada daha çok özelleştirme ihalelerine özgü önlemler üzerinde durulacaktır.

a. İhalelerde Melez Model Uygulanması

Özelleştirme süreci, yalnızca basit bir ihaleden ibaret olmadığı gibi basit bir satış sözleşmesi de değildir.⁷¹ Özelleştirme sonucunda kamu malının veya kamu hizmetinin gördürülmesi usulünün özel sektöre devri olgusu doğacağına göre yapılacak ihalelerde kamunun en fazla yararına olacak şekilde ihale yönteminin oluşturulması gerekmektedir. Kanımızca, özelleştirme sürecinde kamunun en fazla yararına olacak ihale yöntemi, melez model⁷² yöntemidir. Bununla birlikte, 4046 sayılı Kanun'da öngörülen ihale yöntemi melez modelin tam tersidir.

Gerçekten de 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 18. maddesinin (C) bendinin (c) alt bendinde; özelleştirme ihalelerinin kapalı teklif, pazarlık, açık artırma, belli istekliler arasında kapalı teklif usulüyle yapılacağı ifade edilmiştir. Kapalı teklif usulünde, tekliflerin yazılı olarak alınacağı, bir kaç istekli tarafından aynı fiyat teklif edildiği ve bunların da uygun olduğu anlaşıldığı takdirde, bu oturumda aynı teklifte bulunan isteklilerin hazır olması halinde, bu isteklilerden ikinci bir yazılı teklif alınacağı ve bu işlemin eşitlik bozuluncaya kadar sürdürüleceği, kapalı teklif usulü ile yapılan ihalelerde istekli çıkmadığı veya teklif komisyonca uygun görülmediği takdirde, yeniden aynı usulle ihale açılacağı veya komisyonca yarar görüldüğü takdirde ihalenin pazarlık ya da açık artırma usulü ile sonuçlandırılacağı ifade edilmiştir. Belirli istekliler arasında ihale usulünde, çıkılan

⁶⁸ Türkbank'ın özelleştirilmesine, bir organize suç grubunun müdahalesinden doğan skandal hala hafızalardadır.

⁶⁹ Bu konularda derin bilgi için bkz. Dursun, *Kamu İhalelerinde Yolsuzluğa Karşı Öngörülen İdari ve Cezai Yaptırımlara Genel Bir Bakış*, s. 183-226.

⁷⁰ Bir üstteki dip nota bkz.

⁷¹ Bu konularda geniş bilgi için bkz. Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 301 vd.

⁷² Melez model hakkında az sonra bilgi verilecektir.

ihaleden sonuç alınamaması halinde, Kurulun onayı alınmak kaydıyla belirli istekliler arasında ihale usulü ile ihale yapılacağı, hazırlanacak ihale şartnamesi çerçevesinde istekli veya isteklilerden proje ve taahhütlerini içeren tekliflerinin alınacağı, tekliflerin alınmasından sonra istekli ya da isteklilerce tek tek veya müştereken görüşme yapılmasına ihale komisyonunca karar verileceği, yine bu maddenin (C) bendinin (c) alt bendinde ifade edilmiştir. Bu maddenin (C) bendinin (d) alt bendinde ise varlık satışı suretiyle yapılacak özelleştirme uygulamalarına ilişkin ihalelerde, kapalı teklif, pazarlık ve açık artırma usullerinden birinin uygulanacağı, kapalı teklif usulü ile gerçekleştirilecek ihalelerde, tekliflerin alınmasından sonra değer tespit sonuçları ve alınan teklifler dikkate alınarak pazarlık veya açık artırma usulü ile ihaleye devam edilmesine komisyonca karar verilebileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, 4046 sayılı Kanunda öngörülen bu ihale yöntemleri yolsuz davranışlara uygun bir zemin hazırladığı gibi yüksek gelir getirici, dolayısıyla kamunun yararına en üst seviyeye çıkarmaya da uygun değildir.

İşte, bu sakıncaları önlemek bir başka deyişle, ikinci fiyat ihalelerinin (artan fiyat ve ikinci fiyattan kapalı teklif usulü); bir taraftan yüksek gelir getirmeleri, diğer taraftan da rekabet karşıtı davranışlara açık olması nedeniyle, Klemperer, melez (*hybrid*) bir model öngörmektedir. "*Anglo-Dutch Modeli*" olarak adlandırılan bu modele göre ihale iki aşamadan oluşmaktadır. Tek nesnenin satıldığı bir ihalede iki oyuncu kalana kadar artan fiyat yöntemi uygulanmaktadır. Daha açık bir deyişle, ilk ihalede en yüksek teklifi veren iki veya daha fazla sayıda oyuncunun ilk fiyat kapalı teklif usulüyle sonul olarak en iyi tekliflerini yapmaları istenmektedir. Kapalı teklifin bulunmadığı, sadece artan fiyat ihalelerinde gizilgüç rakipler güçlü oyuncunun her hâlikarda ihaleye alınacağını düşünerek ihaleye katılmayabilmektedir. Anglo-Dutch dizgesinin kapalı teklif usulü aşaması, ihalenin sonuçta kim tarafından kazanılacağı konusunda belirsizlik yaratacağından piyasalara, yeni oyuncuların sonul aşamada ihaleyi kazanabilme şanslarının bulunduğu yönünde bilgi sağlayabilecektir. Ayrıca, kapalı teklif bölümünde şebeke üyelerinin anlaşmayı ihlal etmesi olanaklı olacağından kartelin, ihaleye katılanlar tarafından yapılan anlaşmayı de-

netlemesi de güçleşecektir.⁷³ 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu'nda öngörülen ihale yöntemleri, Klemperer'in öne sürdüğü İngiliz-Hollanda melez ihale usulünün tam tersi olduğundan o yöntemlerin kaldırılarak Klemperer'in ihale yöntemine geçilmesi uygun olacaktır.

b. Hangi Oranda Olursa Olsun Her Türlü Kamu Payının Özelleştirilmesinde Birden Fazla Teklif Alınmasının Şart Koşulması

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 18. maddesinin (C) bendinin (c) alt bendinin ikinci paragrafında garip bir hükme yer verilmektedir. Bu paragrafa göre, pazarlık usulünde; ihalelere birden fazla teklif sahibinden kapalı zarf içerisinde teklif alınmak şartıyla başlanabileceği, sermayesindeki kamu payı yüzde onbeşin altında olan iştirak hisselerinin özelleştirilmesinde birden fazla teklif alınması şartının aranmayacağı şeklinde bir hükme yer verilmiştir.

Bu hüküm bize oldukça garip gelmektedir. Kanımızca, bu hüküm, TÜPRAŞ'ın %14, 76'sının, satış kararının alınmasından itibaren üç gün içinde İsraili Sami Ofer'e satılması⁷⁴ üzerine kamuoyunda oluşan yolsuzluk algısını⁷⁵ örtbas etmek ereğiyle 4046 sayılı Kanuna konulmuştur. Halbuki bu hüküm, son derece tehlikeli ve yolsuzluk için adeta zemin hazırlayan isabetsiz bir hükümdür. Çünkü bu hüküm yüzünden, kamu varlıklarının %15'in altındaki iştirak hisseleri tek bir kişiye pazarlıkla satılabilecektir. Yolsuzluk, az önce de belirtildiği üzere doğa-

⁷³ Emek, *Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Denetlenmesi*, s. 45.

⁷⁴ Bu satış hakkında ayrıntılı bilgi için TÜPRAŞ'tan Özelleştirme Dersleri başlıklı incelemeye bkz. (<http://forum.memurlar.net/topic.aspx?id=602058>, Erişim Tarihi, 13.8.2009).

⁷⁵ Dikkat edilirse "algısını" şeklinde bir ibare kullanmaktayız. Gerçekten de, yolsuzluk, doğası gereği gizli olduğundan ortaya çıkartılması, bir başka deyişle, kanıtlanması oldukça zor bir olgudur. Zaten kanıtlanıyorsa, kişinin, doğrudan Cumhuriyet Savcılığına elindeki kanıtlarla birlikte başvurarak suç duyurusunda bulunması gerekir. Bu açıdan, kural olarak, yolsuzluk kanıtlanmaz, sadece "algısı" olur. Nitekim merkezi Berlin'de bulunan Uluslararası Saydamlık Örgütü (Transparency International) her yıl yayımladığı raporlarda, ülkelerdeki gerçek yolsuzluk durumunu değil, Yolsuzluk Algılama Endeksi'ni (Corruption Perception Index) yayımlamaktadır. Bununla birlikte, yolsuzluk algısının, bir ülkedeki yolsuzluk hakkında önemli bir fikir vereceği de unutulmamalıdır.

sı gereği gizli olduğundan bu durum, onun için uygun bir ortam hazırlayacağı gibi, yapılan pazarlıkta hiç bir yolsuzluk yapılmaya bile kamuoyunda, haklı olarak, o pazarlık sürecinde yolsuzluğun yapıldığına dair bir kanı doğacaktır. Çünkü yolsuzluk algısını oluşturan temel etmen yapılan işlemde gizliliğin bulunması ve rekabetin olmamasıdır. Bu hükmün, bir an önce ortadan kaldırılması yerinde olacaktır.

**c. İhale Komisyonunun Kararlarının Onaylanmasında
Yalnızca Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun
Yetkili Kılınması ve Kurulun Etkin Bir
Yolsuzluk Denetimi Yapması**

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasında; Başbakanın başkanlığında, Başbakanın belirleyeceği dört bakandan oluşan Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun (Kurul) kurulduğu, Kurul'un üyelerin tamamının katılımı ile toplanacağı ve kararlarını oybirliğiyle alacağı ifade edilmekte ve Kurul'un sekreteryaya hizmetlerinin Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na yürütüleceği ifade edilmektedir. Bu maddenin 2. fıkrasında, Kurul'un görevleri sayılmakta ve bu bağlamda söz konusu fıkranın (d) bendinde; özelleştirme programına alınan kuruluşların "*satış, kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflarla gerçek ve/veya özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesi*" yöntemleriyle yapılan ihaleler sonucunda ihale komisyonlarınca verilen nihai⁷⁶ kararları onaylamanın Kurul'un görevleri arasında olduğu ifade edilmektedir. Maddenin 3. (son) fıkrasında ise, bu görevin, Kurul tarafından Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na devredilebileceği ifade edilmektedir.

Bu madde, hukuksal sakatlıklarla dolu olduğu gibi özelleştirme uygulamalarında yolsuzlukla etkin bir savaşım verebilmek bakımından da yetersizdir. Her şeyden önce, uygulamada, neredeyse tüm ÖYK kararlarında, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na yetki devredil-

⁷⁶ 4046 sayılı Kanun'da, "nihai karardan" bahsedilmesi, bu kanunu kaleme alanların, temel idare hukuku kavram ve kurallarından habersiz olduklarının somut kanıtıdır. Çünkü idare hukukunda "nihai karar" olmaz, bunun yerine, duruma göre "icrai karar", "idari işlem" "kesin işlem", hatta "idari tasarruf" gibi kavramların kullanılması gerekir.

diği görülmektedir. Bu devir sonucunda ise, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, kendisi gerçekleştirdiği devir işlemlerini kendisi onaylama yetkisine sahip olmaktadır. Bu uygulama, onay kavramının niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Çünkü onay, bünyesinde denetlemeyi barındıran bir işlem olup, uygun bulmayı ifade eder. Daha açık bir deyişle, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın, kendisinin oluşturduğu ihale komisyonunun kararlarını onaylaması, bir başka deyişle, uygun bulması, onay kurumunun işlevine bütünüyle ters düşmektedir.⁷⁷

Maddede dikkat edileceği üzere, ÖYK, ihale komisyonunun vereceği kararı onaylarken, bu onayın hangi nesnel ölçüte/ölçütlere göre yapılacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Onay işleminde nesnel ölçüt/ölçütlerin bulunmaması yüzünden, uygulamada, ihale komisyonlarınca verilen ihale kararlarının neredeyse tümü, Kurul⁷⁸ tarafından onaylanmaktadır. Halbuki özelleştirme işlemlerinde yolsuzluğa karşı etkin bir savaşım verebilmek için nesnel bir ölçüt çerçevesinde, ÖYK'nun, yapılan özelleştirme işleminde yolsuzluk yapıp yapılmadığını denetlemesi, yolsuzluğun olmadığına kanaat getirdiği durumlarda ise ihale komisyonunun kararını onaylaması gerekir.

3. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Personeli İçin Etik Kuralların Öngörülmesi

Bu kısımda, özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğa karşı etkin bir savaşım verilebilmesi için Özelleştirme İdaresi Başkanlığı personeli bakımından ayrıntılı etik kurallara yer verilmesinin önemi üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda, şu hususu belirtmek gerekir ki, her ne kadar 4046 sayılı Kanun'da Özelleştirme İdaresi Başkanlığı bir sekreteryaya kuruluşu olarak öngörülse bile söz konusu başkanlığın yetkileri incelendiğinde ve yukarıda bahsedildiği üzere Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun kendisine yetki devri birlikte düşünüldüğünde, Başkan-

⁷⁷ Bkz. Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 283. Bu durum, özelleştirme uygulamalarında yolsuzlukla savaşım bakımından da zafiyet doğurucu niteliktedir. Çünkü diyelim ki, ihale komisyonu özelleştirme işleminde bir yolsuzluk yaptığı zaman, bu yolsuzluğun ortaya çıkartılması, bağlı olduğu ÖİB'den beklenecektir ki, bu beklenti, ham bir hayalden ibarettir.

⁷⁸ Kurulun ayrıksı olarak bu yetkisini kullandığı durumlarda. Az önce de belirtildiği üzere, Kurul, "onay kavramının" varlık nedenine aykırı olarak söz konusu yetkisini ÖİB'ne devretmektedir.

lığın özelleştirme işlemlerinde teme yetkili ve görevli kuruluş olduğu anlaşılmaktadır.⁷⁹ Bu bakımdan söz konusu başkanlığın personelinin uyması gereken etik kuralların tam bir şekilde saptanması ve uygulanması, özelleştirme sürecindeki yolsuzlukların önlenmesi bağlamında yaşamsal bir rol oynamaktadır.

Hali hazırdaki, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı personelinin uyması gereken ayrıntılı etik kurallar bulunmamakta, bu konuda, 4046 sayılı Kanun'da dağınık ve bütünlükten kopuk hükümlere yer verilmektedir. Gerçekten de, 4046 sayılı Kanun'un 7. maddesinde; özelleştirme programında bulunan kuruluşlardan Sermaye Piyasası Kanunu'nun kapsamına giren ve hisseleri borsada işlem gören kuruluşların; yönetim kurulu başkan ve üyeleri, denetçileri, diğer personeli, Özelleştirme İdaresi personeli ile Özelleştirme Yüksek Kurulu Başkan ve üyelerinin görevleri dolayısıyla bu kuruluşların hesap ve işlemleri ile işletmelerine ilişkin öğrendikleri, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri açıklamayacakları, bu bilgileri kendilerine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak, sermaye piyasalarında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamalarına yönelik olarak borsa içinde ve dışında bu kuruluşlarla ilgili menkul kıymet alım satımı yapamayacakları, özelleştirme programında bulunan ve sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait kuruluşların yönetim kurulu başkan ve üyelerinin, denetçilerinin, genel müdürlerinin, İdare personeli ile Kurul başkan ve üyelerinin özelleştirme programında bulunan kuruluşların hisselerinin veya varlıklarının satış, kira-lama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi, gelir ortaklığı modeli ve sair hukuki tasarruflar yöntemleriyle yapılacak özelleştirme işlemlerine dolaylı ya da dolaysız yararlanan sıfatıyla taraf olmayacakları, bu yasağın, bu maddede belirtilen kişilerin eş ve çocuklarını da kapsayacağı, Özelleştirme Yüksek Kurulu Başkan ve Üyeleri ile Özelleştirme İdaresi Başkanı, Başkan Yardımcıları, Daire Başkanları, Hukuk Müşavirleri ve Değer Tespit Komisyonu Başkan ve üyelerinin özelleştirilen kuruluşlarda, özelleştirme tarihinden iki yıl süreyle görev alamayacakları ifade edilmiş, 2. fıkrasında ise, bu yasaklara aykırı hareket edenlerin, altı aydan iki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı, ancak, verilecek adli para ce-

⁷⁹ Benzer şekilde, Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 283.

zası miktarının, edinilen haksız kazancın üç katından az olamayacağı belirtilmiştir.

4046 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 3. fıkrasında ise, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ile özelleştirme programına alınan kuruluşlarda çalışan personel ve sözleşmeli olarak çalıştırılan personelin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi sayılacakları ve bu personelin özelleştirilmenin(!)⁸⁰ paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ile ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı haklarında Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitap üçüncü kısım dördüncü bölüm ile dördüncü kısım birinci bölüm altında yer alan suçlara ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

4046 sayılı Kanun'un 7. maddesinde yer alan bu hüküm, yetersiz, eksik ve isabetsizdir. Bu kusurlara temas etmeden önce, bu konuda öne sürülebilecek bir sava temas etmek gerekir. Denilebilir ki, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nda çalışan personel kamu görevlisidir, dolayısıyla, söz konusu personelin uyması gereken etik kurallar, yalnızca 4046 sayılı Kanun'un 7. maddesinde değil, diğer mevzuatta da bulunduğundan bu konuda yetersizlik, eksiklik ve isabetsizliğin bulunmadığı savlanabilir. Bu savın yanlışlığı aşağıda ayrıntılı bir şekilde gösterilmektedir.

Kamu görevlilerinin (Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nda çalışan personel dahil) uymaları gereken etik kurallar, daha önceleri, sadece, 14.7.1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun değişik maddelerinde (örneğin, 8, 10, 29 ve 30. maddeleri gibi) düzenlenmiştir. Daha sonra ise, 25. 5. 2004 tarih ve 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'la; Başbakanlık bünyesinde Kamu Görevlileri Etik Kurulu kurulmuştur. 5176 sayılı Kanun'un 3 ve 7. maddeleri dayanak yapılarak konu hakkında bir de 13 Mayıs 2005 tarihinde Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır.

⁸⁰ Bu ibare bize oldukça tuhaf ve kapalı gelmektedir. Kanımızca, kanun koyucu, böyle bir ibareye yer vermekle, kanun metnini son derece özensiz bir şekilde kaleme almıştır.

Kamu görevlilerinin uymaları gereken etik ilkeler hakkında yapılan bu düzenlemelerin yeterli ve yerinde olduğu savunulamaz. Her şeyden önce kamu görevlilerinin uymaları gereken etik kurallar konusunda 657 sayılı Kanun'da yapılan düzenlemeler dağınık, yetersiz ve eksiktir.

Kamu görevlilerinin etik kuralları konusunda çıkartılmış bulunan 5176 sayılı Kanun ise yetersiz ve eksik olduğu gibi Anayasa'ya ve kamu yönetimi ilkelerine de aykırıdır.⁸¹ Esasen, 5176 sayılı Kanun'da kamu görevlilerinin uymaları gereken herhangi bir etik ilkeye de yer verilmemiştir. Nitekim 5176 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 1. fıkrasında, Kanunun amacının, kamu görevlilerinin uymaları gereken saydamlık, tarafsızlık, dürüstlük, hesap verebilirlik, kamu yararını gözetme gibi etik davranış ilkeleri belirlemek ve uygulamayı gözetmek üzere Kamu Görevlileri Etik Kurulu'nun kuruluş, görev ve çalışma usul ve esaslarının belirlenmesi olduğu ifade edilerek söz konusu kanunun etik ilkeleri düzenlemek yerine kurumsal yapıyı düzenlediği vurgulanmıştır.

5176 sayılı Kanun, kamu yönetimi ilkelerine de uyersizlik taşımaktadır. Gerçekten de, yazılı bir hukuk geleneğine sahip olan Türkiye, sağlam bir etik altyapısı oluşturabilmek için her şeyden önce konu hakkında çerçeve bir yasa çıkartmalıdır. Çıkartılacak bu yasada kamu çalışanlarının uymaları gereken etik kurallar ve ihlali halinde yaptırımlar genel hatları ile belirlenmelidir. 5176 sayılı Kanun'da olduğu gibi etik kurallar konusunda usul ve esaslar gösterilmeyerek etik kuralları belirleme yetkisinin Kamu Görevlileri Etik Kurulu'na bırakılması doğru değildir.

Kamu görevlilerinin uymaları gereken etik kurallar konusunda çıkartılan Yönetmelik de eksik ve yetersiz olduğu gibi Anayasaya da aykırıdır.⁸² Her ne kadar Yönetmeliğin amaç başlıklı 1. maddesinde, Yönetmeliğin amacı; kamuda etik kültürünü yerleştirmek, kamu görevlilerinin görevlerini yürütürken uymaları gereken etik davranış il-

⁸¹ 5176 sayılı Kanun'un neden Anayasa'ya aykırı olduğu konusunda bkz. Dursun, *Kamu Görevlilerinin Uymaları Gereken Etik Kurallar Hakkında Bir Kanun Önerisi*, s. 180-181.

⁸² Yönetmeliğin, Anayasa'ya aykırılığının gerekçesi için bkz. Dursun, *Kamu Görevlilerinin Uymaları Gereken Etik Kurallar hakkında Bir Kanun Önerisi*, s. 182-183.

kelerini belirlemek, bu ilkelere uygun davranış göstermeleri açısından onlara yardımcı olmak ve görevlerin yerine getirilmesinde adalet, dürüstlük, saydamlık ve tarafsızlık ilkelerine zarar veren ve toplumda güvensizlik yaratan durumları ortadan kaldırmak suretiyle kamu yönetimine halkın güvenini artırmak, toplumun kamu görevlilerinden beklemeye hakkı olduğu davranışlar konusunda bilgilendirmek ve Kamu Görevlileri Etik Kurulu'na başvuru usul ve esaslarını düzenlemek olarak ifade edilse de, Yönetmelikte öngörülen etik ilkeler yetersiz ve eksiktir. Örneğin kamu görevlilerinin uymaları gereken etik konusunda düzenleme yapılması gereken temel alan, kamu görevlisinin "çıkar çatışması" (*conflict of interest*) durumlarına girmesini önlemek⁸³ olması gerekirken, Yönetmelikte bu konu üzerinde durulmamıştır.

Görüldüğü üzere, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nda çalışan

⁸³ Çıkar çatışmasını önleme konusuna şu şekilde bir örnek vermek uygun düşecektir. Özelleştirmesi yapılacak bir kuruluş için açılacak ihaleye üç anonim şirketin katıldığını düşünelim. Söz konusu anonim şirketlerin birisinde ihale komisyonu başkan veya üyelerinden veya Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nda çalışan yetkilinin birisinin veya babasının %10 kurucu hisseye sahip olduğunu düşünelim. Böyle bir anonim şirketin bu ihaleye katılması kanunen olanaklıdır. Çünkü 4046 sayılı Kanun'da bunu engelleyen bir husus bulunmadığı gibi diğer kanunlarda da engel bir husus bulunmamaktadır. Zaten 4046 sayılı Kanun'un 12. maddesinde, son derece gereksiz ve isabetsiz (çünkü, genel uygulamadan sapılan her şeyde yolsuzluk kuşkusuna doğar) bir şekilde, özelleştirme işlemlerinin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun vize ve tescile ilişkin hükümlerine tabi olmadığı belirtilmektedir. Bununla birlikte, böyle bir olay etik olmadığı gibi çıkar çatışması durumuna da olanak verir. Çünkü o ihaleye katılacak diğer anonim şirket temsilcileri, bahsedilen anonim şirket ihaleyi almazsa, diğer özelleştirme ihalelerini kazanmalarının veya işlerini kolay bir şekilde yürütmelerinin zor, hatta olanaksız olduğunu bilirler veya en azından diğer anonim şirket temsilcilerinde böyle bir kanı oluşabilir. İşte bu durum, tam bir çıkar çatışması olduğundan özelleştirme idaresinde çalışan bir kamu görevlisinin veya babasının, bir şirketin en küçük bir kurucu hissesine sahip olsa bile, o şirketin, özelleştirme ihalesine girmesinin önüne geçilmesi gerekir. Özelleştirme uygulamalarında çıkar çatışmasını önleyebilme konusunda Rusya'da ilginç bir gelişme yaşanmıştır. Daha açık bir deyişle, Rusya'da yaz 1995 döneminde bir kanun çıkartılarak; özelleştirilen kuruluş devralan özel sektörün o kuruluşu yeniden yapılandığı zaman, yapılandırılan şirketteki özel şahısların paylarını yayımlaması ve şirketin ve hisse senetlerinin tipini, hisse senetlerinin bölünmesi ve birleştirilmesini kayıt altına alması zorunluluğu getirilmiştir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Shelley, Louise I., Privatization and Crime: The Post-Soviet Experience, *Trends in Organized Crime*, Summer 1996, s. 70.

personelin, uyması gereken etik kurallar, tam olarak,⁸⁴ ne 4046 sayılı Kanun'un 7. maddesinde, ne de diğer mevzuatta düzenlenebilmiştir. Bundan başka, 4046 sayılı Kanun'un 7. maddesine özgü bir takım yanlışlıklar da bulunmaktadır.

Bu bağlamda, 4046 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasında, özelleştirmeye ilgili kamu görevlilerinin "içerden öğrenme ticareti" (*insider trading*) suçu tanımlanmıştır. İçerden öğrenme ticareti suçu, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesinin 1. fıkrasının (A) bendinde de tanımlanmıştır. İki kanun arasında içerden öğrenme ticareti suçunun tanımı arasında bir bağlantının kurulmaması vahim bir hata olmuştur. Çünkü bir içerden öğrenme ticareti suçunun söz konusu olduğu halde, hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı belli olmadığından büyük sorunlarla karşılaşılacaktır.⁸⁵

Yine, 4046 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasında; özelleştirme programında bulunan kamu kuruluşlarında çalışan bir kısım kamu görevlileri ile bunların eş ve çocuklarının özelleştirme işlemlerine dolaylı ya da dolaysız yararlanan sıfatıyla taraf olamayacaklarının belirtilmesi de eksik olmuştur. Özelleştirme uygulamalarında kayırmacılığı önleyebilmek, dolayısıyla, yolsuzluğa karşı etkin bir savaşım verilebilmesi için özelleştirme programında bulunan kamu kuruluşlarında çalışan tüm kamu görevlileri ile onların ana-baba, eş, çocuk ve üçüncü derece dahil (yeğen gibi) tüm hısımlarının özelleştirme işlemlerine taraf olamayacaklarının belirtilmesi uygun olacaktır.

Yine, bu maddenin söz konusu fıkrasında; Özelleştirme İdaresi başkanı, Başkan yardımcıları, daire Başkanları, Hukuk Müşavirleri ve Değer Tespit Komisyonu başkan ve üyelerinin, özelleştirilen kuruluşlarda, özelleştirme tarihinden itibaren iki yıl süreyle görev alamayacakları ifade edilmektedir. Bu hükmün, ne kadar, yanlış, isabet-siz ve eksik olduğu ortadadır. Her şeyden önce, özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğa karşı etkin bir savaşım verilebilmesi için söz konusu yasak özelleştirme tarihinden itibaren değil, hangi statüde olursa

⁸⁴ Çıkar çatışmasını da önleyici.

⁸⁵ Aslında, 2499 sayılı Kanun'da yapılan içerden öğrenme suçunun tanımı da bünyesinde çeşitli sorunları barındırdığından o tanımın da gözden geçirilmesi gerekmektedir. Konu hakkında geniş bilgi için bkz. Dursun, *Ekonomik Suçlar ve Türkiye'deki Sürdürülebilir Kalkınmaya Etkileri*, s. 230 vd.

olsun bütün personelin, Özelleştirme İdare Başkanlığındaki görevinden ayrılmasından sonra başlamalıdır. İkinci olarak, söz konusu yasağın iki yıl olarak saptanması da son derece isabetsizdir. ÖİB personelinin, özelleştirilen kuruluşla tam bir şekilde ilgisini kesebilmek, böylece, özelleştirmede kayırmacılığı önleyebilmek için personelin görevden ayrıldıktan sonra en az beş yıl özelleştirilen kuruluşta görev alamayacağını belirtmesi uygun olacaktır. Ayrıca, ÖİB'de çalışan personelin yalnızca kendisinin özelleştirilen kuruluşta görev almasını önlemek yetmez, bunun yanında, personelin eşi ile personelin usul ve fûru ve üç dereceye kadar tüm hısımlarının özelleştirile kuruluşta personelin görevden ayrılmasından itibaren 5 yıl süreyle görev almasının yasaklanması uygun olacaktır.

Öte yandan, yukarıda belirtildiği üzere, yalnızca, Özelleştirme İdare Başkanlığı personelinin değil, tüm kamu görevlilerinin uyması gereken etik kurallar konusunda Türk hukukunda büyük bir boşluk olduğundan, yeni bir Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Uymaları Gereken Etik Kurallar Hakkında Kanun hazırlanmalı,⁸⁶ bu kanunda, etik kuralların temel ilke, usul ve esasları düzenlenerek, ikincil ve uygulamaya yönelik kurallar ise her bir kurum ve kuruluşun çıkaracağı yönetmeliğe bırakılmalıdır. Bu bağlamda, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı da konu hakkında bir yönetmelik çıkararak, yönetmelikte, çıkar çatışmasını da önleyici tarzda, personelinin uyması gereken etik kurallara tam ve ayrıntılı bir şekilde yer vermesi uygun olacaktır.

SONUÇ

Bu çalışmada da görüldüğü üzere Türk pozitif hukukunda özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğa karşı öngörülen önlemlerin neredeyse tümü eksik, hatalı ve yersizdir. Ayrıca, öngörülen söz konusu önlemler, gerek bizatihi kanunun içerisinde, gerekse kanunların kendi aralarında birbiriyle tutarsız, kopuk ve bütüncüllükten uzak bir kolumda bulunmaktadır.

Türkiye; 1980'li yıllardan itibaren görülen liberalleşme, 1990'lı yıllardan itibaren hız kazanan küreselleşme akımlarının etkisiyle karma

⁸⁶ Böyle bir kanun önerisi için bkz. Dursun, *Kamu Görevlilerinin Uymaları Gereken Etik Kurallar Hakkında Bir Kanun Önerisi*, s. 185-195.

ekonomi modelinden hızla uzaklaşarak serbest piyasa ekonomisine yönelmiş, bu erekle, bir takım özelleştirme uygulamalarına girişmiştir. Söz konusu özelleştirme uygulamalarının temel ereklerinden birisini, kamu işletmelerinde görülen yolsuzluğun önlenmesi oluşturmaya karşın, özelleştirme uygulamasının, bizatihi kendisinin, yolsuzluk olduğu doğrultusunda kamuoyunda bir kanı oluşmuştur.⁸⁷

Türkiye'nin karma veya serbest piyasa ekonomisine göre yönetileceği, bu bağlamda, özelleştirme uygulamalarına gidilip gidilmeyeceği bütünüyle siyasal bir konudur. Konu, siyasal bir konu olduğu için de herkesin kendi dünya görüşüne göre özelleştirmenin lehinde veya aleyhinde farklı tutum takınması olağandır. Ancak, özelleştirme uygulamasının yolsuzluktan uzak bir şekilde yapılması hukuksal bir konudur ve özelleştirmenin bu doğrultuda yapılmasında herkese önemli görevler düşmektedir. Bu bağlamda, özelleştirme uygulamalarında yolsuzluk yapıldığı yönünde, kamuoyunda oluşan kanıyı⁸⁸ ortadan kaldırmak veya en aza indirebilmek için herkesin üzerine düşen çabayı göstermesi gerekir.

Bu çabalardan ilki, yargı kararıyla özelleştirmesi iptal edilen kuruluşların,⁸⁹ devlet tarafından bir an önce geri alınması gerekir. Aslında, özelleştirmesi, yargı kararıyla iptal edilen kuruluşları, kamunun geri alması bir zorunluluktur.⁹⁰ Gerçekten de, Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrası ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, idare, yargı kararlarının kendisine tebliğinden itibaren bu kararları uygulamak zorunda olup, bu zorunluluk belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kalkmaz.⁹¹ Daha açık bir

⁸⁷ Bu kanı öylesine yaygın ve bilinen bir kanıdır ki, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 238. maddesinin 2. fıkrası gereği, kanıtlanmasına bile gerek yoktur.

⁸⁸ Yukarıda belirtildiği gibi yolsuzluk, doğası gereği gizli olduğundan kanıtlanması oldukça zordur, yolsuzluk konusunda genellikle kaniya göre bir varlığa ulaşılabilir.

⁸⁹ Örneğin, bazı ORÜS işletmelerinin veya Eti Bakır İşletmesi'nin veya yukarıda belirtilen bir Fransız şirketine satılan beş çimento fabrikasının.

⁹⁰ Yüksek Planlama Kurulu'nun, özelleştirilen kuruluşların özel sektöre devri ve teslimi durumunda, iptal ve yürütmenin durdurulması yönündeki yargı kararlarının uygulanmayacağını belirten kararı, öyle hukuka aykırılık göstermektedir ki (Anayasa'nın 11 ve 138. maddeleri, 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesi) yok hükmündedir.

⁹¹ Bu konularda geniş bilgi için bkz. Dursun, *İdari Yargı İlamlarının Uygulanmamasından Dolayı Açılacak Tazminat Davaları Zamanaşımına Uğrar mı?*, s. 110 vd.

deyişle, idare, özelleştirmesi yargı kararıyla iptal edilen bir kuruluşu zamanaşımına bağlı olmaksızın geri almak zorundadır.⁹²

Bu çalışmayı bitirirken son olarak (ancak önem açısından son değil) bir hususun belirtilmesi uygun olacaktır. Yolsuzluk, oldukça karmaşık ve girift olduğundan özelleştirmede yolsuzluğa karşı etkin bir savaşım verilebilmesi için eş anlı ve çok boyutlu önlemlerin alınması gerekir. Bu açıdan, yalnızca en ileri ve en çağcıl yasalar öngörülse bile yolsuzluklarla etkin bir savaşım verebilmek olanaksızdır. Çünkü söz konusu yolsuzluğu önleyebilmek için salt hukuksal savaşım yetersizdir. Bu bağlamda, özelleştirmeye yalnızca gelir gözüyle bakıldığı, özelleştirme uygulamasına müdahale eden siyasilerin dokunulmazlık zırhına büründüğü, özelleştirmenin kamu malının özel sektöre transferinden ziyade bir dizge (system) değişikliği⁹³ olarak algılanmadığı, kapitalist düzenin bir yolsuzluk ve ahlaksızlık düzeni olduğu yönünde halkta oluşan kanı ortadan kaldırılmadığı müddetçe, özelleştirme uygulamalarında yapılacak yolsuzlukların etkin bir şekilde önlenmesi olanaklı değildir. Özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğun kalıcı bir şekilde önlenmesi için çok boyutlu ve eş anlı önlemlerin alınması gerektiği hiç bir zaman zihinden uzak tutulmamalıdır.

KAYNAKLAR

- Adamoli Sabrina, Nicola Di Andrea, Savona U. Ernesto, Zoffi Paola, *Organized Crime Around the World*, HEUNİ, Helsinki 1998.
- Baytan, İlhan, *Özelleştirme*, Ankara 1999.
- Cressey, R. Donald, *Criminal Organization Its Elementary Forms*, Heinemann Educational Books, London 1972.
- Dursun, Hasan, *Organize Suça Genel Bir Bakış*, DPT Yayınları, Ankara 2001.
- _____, Yargı Organlarının Yolsuzlukla Mücadelesi Sırasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 55, Kasım/ Aralık 2004.
- _____, Ekonomik Suçlar ve Türkiye'deki Sürdürülebilir Kalkınmaya Etkileri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 58, Mayıs/ Haziran 2005.
- _____, Kamu İhalelerinde Yolsuzluğa Karşı Öngörülen İdari ve Cezai Yaptırımlara Genel Bir Bakış, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt:10, Sayı:1, 2008.

⁹² Özelleştirilen kuruluşu devralan firmanın tazminat davası açma hakkı saklıdır.

⁹³ Sosyalist veya karma ekonomiden "serbest piyasa ekonomisine" geçiş şeklindeki dizge değişikliği.

- _____, Kamu Görevlilerinin Uymaları Gereken Etik Kurallar hakkında Bir Kanun Önerisi, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Sayı: 19, Mart 2008.
- _____, *Vergi Uyuşmazlıklarından Doğan Davalarda Feragat ve Kabul*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- _____, İdari Yargı İlamlarının Uygulanmamasından Dolayı Açılacak Tazminat Davaları Zamanaşımına Uğrar mı?, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Sayı: 35, Temmuz 2009.
- Emek, Uğur. *Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Denetlenmesi*, DPT Yayınları, Yayın No: 2657, Ankara, 2002.
- _____, *Özelleştirme Uygulamalarında Kural Hakimiyeti, İktisat İşletme ve Finans*, 21. yıl, Nisan 2006.
- Evren, Altay, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2004.
- Geriş, Nazım, *Türkiye’de Özelleştirme ve Türk Telekom Örneği*, Roma yayınları, Ankara 2007.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan* (Çev. Semih Lim), 7. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2008.
- Karahanogulları, Onur, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 45, Sayı 1-4, 1996.
- _____, *Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale*, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, (1998), sayfa, 104-109. bkz. <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/ozellestirmeihale.htm>, Erişim Tarihi, 24.11.2008).
- Kim, Jong Bum, *Korean Implementation of the OECD Bribery Convention: Implications for Global Efforts to Fight Corruption*, *Responding to The Challenges of Corruption*, UNICRI, Publication No.63. Rome/Milan 2000.
- Levay, Miklos, *Combatting corruption in Five Issues In European Criminal Justice*, HEUNI, 1999.
- Passas, Nicos, *A Structural Analysis of Corruption. The Role of Criminogenic Asymetries*, *Transnational Organized Crime*, Vol. 4, No.1, Spring 1998.
- Rousseau, Jean-Jaques, *Toplum Sözleşmesi* (Çev. Vedat Günyol), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2007.
- Sorunlar ve Görüşler*, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK) Yayın No: 130, Ajans-Türk Matbaacılık Sanayi A.Ş., Ankara (Tarihsiz).
- Van Dwyne C. Petrus, *Combatting Corruption: Acts and Attitudes in Five Issues In European Criminal Justice*. HEUNI, 1999.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA EĞİTİM HAKKI

RIGHT TO EDUCATION IN THE LIGHT OF THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Serkan CENGİZ*

Özet: Eğitim hakkı, günümüz dünyasında en vazgeçilmez haklardan birisi olarak öne çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temel metnince korunmayan bu hak, Sözleşme'ye ek 1 No.'lu Protokol'ün 2. maddesince kısmen de olsa garanti altına alınmıştır. Çalışmamız Strasbourg Mahkemesi'nin içtihatları ışığında ilgili hakka dair kabul edilen korumanın muhtevası ve kapsamını ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Anahtar Sözcükler: Eğitim hakkı, devletin pozitif yükümlülüğü, ebeveynlerin tercihi, çoğulculuk.

Abstract: Right to education emerges as one of the indispensable rights in today's world. Although the right to education is not protected by the Convention itself Article 2 of the Additional Protocol no. 1 of it guarantees, though limited, the said right. The purpose of our study is to explain the acknowledged content and scope of the right to education in the light of the case-law of the Strasbourg Court.

Keywords: Right to education, positive obligation of the state, preferences of parents, pluralism.

I. Giriş

Bu çalışmanın amacı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 1 no.'lu Protokol'ün 2. maddesi tarafından garanti altına alınan "*eğitim*

* Av., İzmir Barosu.

hakkının” mahiyeti ve kapsamı hususunda, Mahkeme içtihatlarını da dikkate alarak, genel bir değerlendirme sunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne ek 1 no.’lu Protokol’ün 2. maddesi tarafından düzenlenen eğitim hakkına ilişkin madde metni şöyledir:

Madde 2: Eğitim Hakkı¹

Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.

20 Mart 1952 tarihinde Fransa’nın Paris kentinde imzaya açılan Protokol, 18 Mart 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylanan 1 no.’lu Ek Protokol 19 Mart 1954 gün ve 8662 sayılı *Resmî Gazete*’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Protokol’ün onaylanması sırasında eğitim hakkına dair çekince koymuş ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu hükümlerinin saklı tutulduğunu belirtmiştir.

II. Hakkın Kapsamı

1 nol.’u Protokol’ün 2.maddesinin ilk cümlesindeki “hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz” ifadesi ile Sözleşmeye taraf bir ülkenin kendi egemenliği altında olan kişileri “halihazırda mevcut olan eğitim kurumlarına erişim hakkından hukuka aykırı olarak mahrum bırakamayacağı” vurgulanmaktadır.

Mahkeme, aşağıda alıntılanan *Kjelden, Busk Madsen ve Pedersen / Danimarka* kararında ilgili düzenlemenin ne anlama geldiğini şu şekilde ifade etmiştir:

“Yapısı tarafından da ortaya konulduğu üzere, 2. madde, ilk cümlesinin baskın olduğu, bir bütünü oluşturmaktadır. Sözleşen Devletler, “eğitim hakkını reddetmemekle” egemenlik alanlarında bulunan herkes için **‘belirli bir**

¹ http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs_02.html

*zaman zarfında mevcut olan eğitim kurumlarına erişim hakkını' ve 'bu kişilerin tamamlamış oldukları eğitimlerini resmi olarak tanıyarak', 'alınan eğitimden fayda sağlama imkanını' garanti altına almaktadırlar (23 Temmuz 1968 tarihli karar, Belçika Dil Davası, Seri A, sayfa 30-32, paragraflar 3-5)."*²

Yukarıda alıntılanan paragraftan da anlaşılacağı üzere gerek madde metni gerekse de Mahkeme'nin ilgili metni yorumlayışı eğitim hakkının önemi ile pek doğru orantılı değildir. Mahkeme'nin ifadesiyle, özellikle maddenin ilk cümlesi herkesin "*hali hazırda mevcut olan*" eğitim kurumlarına erişim hakkından yoksun bırakılmayacağını garanti altına almaktadır. Bir diğer ifade ile madde metni Sözleşme'ye taraf olan ülkeler açısından maalesef genel veya özel bir eğitim sağlama yükümlülüğü getirmemektedir. Mahkeme bu yaklaşımını *Belçika Dil Davası* olarak bilinen başvuruya ilişkin vermiş olduğu kararında da açık bir şekilde vurgulamıştır.³ Belçika'da, Hollandaca konuşanların çoğunluğu oluşturduğu bölgede oturan ve Fransızca konuşan veya kendilerini çoğunlukla Fransızca ifade eden ebeveynler çocuklarının zorunlu temel eğitiminin Hollandaca'dan ziyade Fransızca verilmesini talep etmişlerdir. Belçika resmi makamları bu talebi reddetmiştir. Mahkeme, kararında özetle Sözleşme'nin "*eğitim hakkını*" garanti almış olduğunu buna karşın bu hakkın "*sadece mevcut olan eğitim kurumlarına erişim hakkıyla*" ve "*bu kurumlarda alınan eğitimin resmi olarak tanınmasıyla sınırlı olduğunu*", ebeveynlerin çocuklarına verilecek eğitim sırasında kanaat ve dini inançlarının dikkate alınmasını talep etme haklarının mevcut olduğunu buna karşın bu hakkın dil tercihleri açısından mevcut olmadığını ifade etmiştir.

"6. Protokolün ikinci maddesinin ikinci cümlesi eğitim hakkını garanti altına almamaktadır:

'... Devlet, eğitim ve öğretim alanında üstleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını isteme haklarına saygı gösterir.'

² 2 Aralık 1976 tarihli karar, *Kjelden, Busk Madsen ve Pedersen / Danimarka*, Seri A, sayfa 25-26, paragraf 51" aktaran, Dutertre, Gilles, "Key case-law extracts" Council of Europe Publishing, Aralık 2003, sayfa 396. Paragraf, çeviri Serkan Cengiz.

³ 23 Temmuz 1968 tarihli karar, *Belçika Dil Davası*, sayfa 29, paragraf 4.

*Bu madde hükmü Devletlerin eğitim ve öğrenim alanında ebeveynlerin dil tercihine değil, sadece dini ve felsefi kanaatlerine saygı göstermesini gerektirir. Dini ve 'felsefi' kanaat terimlerinin dil tercihlerini de ihtiva edecek şekilde yorumlanması bu kavramların genel ve olağan anlamlarının çarpıtılmasına ve Sözleşme de olmayan bir şeyin varmış gibi okunmasına neden olacaktır."*⁴

Bir başka ifade ile Mahkeme içtihatları, eğitim hakkının sözleşen devletler açısından belirli düzeyde ve mahiyette bir eğitimi bizzat kendi imkanları ile sağlama veya bu tür eğitimleri mali olarak destekleme yükümlülüğü yaratmadığını, buna karşın devletin hali hazırda bizzat sağlayıcı ve/veya denetçi olduğu eğitim ve öğretim açısından ebeveynlerin dini ve felsefi kanaatlerini de dikkate alan demokratik, nesnel, sorgulayıcı ve çoğulcu bir eğitimin tesis edilmesinden sorumlu olduğunu ifade etmiştir.⁵ Mahkeme, *SP / Birleşik Krallık* kararında,⁶ başvuruçunun disleksi (öğrenme güçlüğü) hastası olan oğlu için İngiltere tarafından özel bir eğitimin sağlanmadığı yakınmasına hususunda, devlet tarafından hali hazırda sağlanan eğitim kurumlarından yararlanma hakkının engellenmediği gerekçesiyle kabul edilmezlik (inceleme mezlik) kararı vermiştir.

III. Dini ve Felsefi Kanaatlerin Anlamı

Mahkeme, *Campbell ve Cosans / Birleşik Krallık* kararında ikinci madde bağlamında "felsefi kanaat" kavramının ne anlama geldiğini açık bir şekilde ifade etmiştir.

"36. ... olağan anlamıyla 'kanaatler' kelimesi, kendi içinde, ifade özgürlüğünü garanti altına alan Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından kullanıldığı şekliyle 'düşünceler' ve 'fikirler' kelimeleri ile eş anlamlı değildir; çoğunlukla düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü garanti altına alan ve belirli bir ikna gü-

⁴ 23 Temmuz 1968 tarihli karar, *Belçika Dil Davası*, s. 29, paragraf 6, paragraf çeviri Serkan Cengiz.

⁵ 9 Ekim 2007 tarihli karar, *Hasan ve Eylem Zengin / Türkiye*, sayfa 17, paragraf 52.

⁶ 17 Ocak 1997 tarihli karar, *SP / Birleşik Krallık*, Başvuru no. 28915/95 (1997) 23 EHRR CD 139, aktaran Leach, Philip "Taking a Case to the European Court of Human Rights", s. 365, Second Edition, 2005, Oxford University Press.

cüne, ciddiliğe, tutarlılığa ve öneme ulaşmış 9. madde de ifade edilen “inançlar” kavramı ile daha benzerdir.

‘Felsefi’ sıfatı açısından ise, bu kavram etraflı bir tanım imkanı vermemektedir ve önemine dair küçük katkı hazırlık çalışmalarından (travaux préparatoires) ortaya çıkarılacaktır. Komisyon ‘felsefi’nin pek çok anlam taşıdığına işaret etmiştir. Etraflı bir düşünce sistemine veya daha gevşek olarak, önemsiz meselelere dair görüşlere atıfta bulunmak amacıyla kullanılmaktadır. Mahkeme bu iki aşırı yorumun hiç birinin 1 no.’lu Protokol’ün 2. maddesinin yorumlanması amacıyla kullanılamayacağı hususunda Komisyon’la hem fikirdir: İlki tüm ebeveynlere bahsedilmiş olan bir hakkın kapsamını aşırı dar bir yorumla sınırlamakta ikincisi ise yeterli ağırlığa veya maddi muhteviyata sahip olmayan meselelerin dahil edilmesi ile sonuçlanabilecektir.

Sözleşmeyi, 17. madde de dahil olmak üzere, bir bütün olarak dikkate alarak, işbu davada ‘felsefi kanaat’ Mahkeme’nin düşüncesine göre ‘demokratik bir toplumda’ saygıya değer kanaatler olup, insan onuru ile bağdaşmazlık içinde değildir. Ek olarak ‘felsefi kanaatler’ çocuğun temel hakkı olan eğitim hakkıyla çatışmamak zorundadır. Madde 2’nin tamamına maddenin ilk cümlesi hakimdir (bkz. yukarıda bahsedilen Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen kararı, s. 25-26, paragraf 52).⁷

IV. Eğitim / Öğretim ve Devletin Rolü

Mahkeme kararlarında ebeveynlerin yukarıda aktarılan felsefi ve dini kanaatlerinin, eğitimin tamamı boyunca hesaba katılması ve saygı gösterilmesi gereken önemli bir husus olduğunu ifade etmiştir:

“49. 1 no.’lu Protokol’ün 1. maddesi dini kurallar ile diğer konular arasında bir ayırım yapılmasına müsaade etmez. Madde, ister felsefi ister dini olsun eğitim ve öğretim programının tamamı boyunca Devletin ebeveynlerin kanaatlerine saygı göstermesini zorunlu kılar (bkz Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, yukarıda bahsedilen paragraf 51). Bu yükümlülük sadece eğitimin mahiyetine ve sağlanma biçimine değil ayrıca, Devlet tarafından üstlenilen tüm ‘fonksiyonlara’ dair faaliyetlere uygulanması nedeniyle, geniş bir kapsa-

⁷ 25 Şubat 1982 tarihli karar, Campbell ve Cosans / Birleşik Krallık, sayfa 12-13, paragraf 36, paragraf çeviri Serkan Cengiz.

*ma haizdir. 'Saygı' fülü 'kabul etmekten' veya 'dikkate almaktan' daha fazla bir anlam ihtiva etmektedir..."*⁸

Hal böyle olmakla birlikte, ebeveynlerin felsefi ve dini kanaatlerinin hesaba katılması zarureti, devletin okullarda felsefi ve dini konularda eğitim vermesine mani teşkil etmez. Önemli olan devlet okullarında veya devletin denetimindeki özel okullarda verilen eğitimin belirli bir doktrinin veya inancın veya kanaatin çocuğa aşılması / telkini anlamına gelmemesidir. Bu yükümlülük sadece müfredatın teorik olarak oluşturulmasında değil, uygulanması sırasında da dikkate alınmalıdır.

"50. ... Özellikle, 1 no.'lu Protokol'ün 2. maddesinin ikinci cümlesi Devleti, Devlet okullarında öğretim yoluyla, doğrudan veya dolaylı dini veya felsefi olan bilginin nesnel olarak verilmesine mani teşkil etmez. Madde hattı zâtında bu tür eğitim ve öğretimin okul müfredatına entegre edilmesine itiraz etme hakkına da müsaade etmez. Aksi durumda tüm kurumsal eğitim uygulanmama riski ile karşı karşıya kalacaktır (bkz. Kjeldsen, Busk Madsen ve Petersen, yukarıda bahsedilen paragraf 51).

*52. Diğer taraftan 2. maddenin ikinci cümlesi, Devletin eğitim ve öğretim bağlamında üstlendiği fonksiyonlarının yerine getirilmesinde müfredata dahil edilen bilgi ve malumatın öğrencilerin dine dair sorgulayıcı bir zihin geliştirmesine olanak veren (bkz. özellikle, 1720(2005) sayılı Tavsiye, yukarıda paragraf 27) nesnel, sorgulayıcı ve çoğulcu bir yöntemle, başkalarını kendi dinine çevirme faaliyetlerinin her türünden uzak, sakin bir atmosferde aktarılmasını sağlamak zorundadır (bkz. Şefika Köse ve 93 Diğer / Türkiye, Başvuru no. 26625/02, 24 Ocak 2006). Devlet, ebeveynlerin dini ve felsefi kanaatlerine saygı göstermemek olarak telakki edilebilecek aşılama/telkin amacı gütmekten men edilmiştir. Bu aşılmaması mecburi olan sınırdır (bkz. Kjeldsen, Busk Madsen ve Petersen, yukarıda bahsedilen paragraf 53)."*⁹

Mahkeme, *Lautsi / İtalya* kararında devlet okullarının sınıflarında zorunlu olarak bulunan haç işaretinin bazı ebeveynlerin felsefi kanaatleri ve dini eğilimleri ile örtüşmemesi ve bu nedenle de kaldırılması

⁸ 9 Ekim 2007 tarihli karar, *Hasan ve Eylem Zengin / Türkiye*, s. 16, paragraf 49, paragraf çeviri Serkan Cengiz.

⁹ 9 Ekim 2007 tarihli karar, *Hasan ve Eylem Zengin / Türkiye*, s. 17, paragraf 51 ve 53, paragraf çeviri Serkan Cengiz.

gerektiği yakınmasını konu alan başvuruda öncelikle konuyla ilgili bir takım genel ilkelere atıfta bulunmuştur:

“45.

(a) 1 no.'lu Protokol'ün 2. maddesinin ikinci cümlesi sadece birbirlerinin değil özellikle Sözleşmenin 8, 9 ve 10. maddeleri ışığında yorumlanmak zorundadır (bknz, Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, yukarıda bahsedilen, s. 26, paragraf 52).

(b) Ebeveynlerin dini ve felsefi kanaatlerine saygı gösterilmesini biçimlendiren hak, eğitime dair temel bir haktır ve birinci cümle, en az ikinci cümle kadar, Devlet ve özel öğretim arasında herhangi bir ayırım yapmamaktadır. İkinci maddenin ikinci cümlesi Sözleşme tarafından tasavvur edildiği üzere 'demokratik toplumun' korunmasında muhtemelen temel teşkil eden eğitimde çoğulculuğun mümkün kılınmasını garanti altına almaktadır.

(c) Ebeveynlerin kanaatlerine saygı hakkı, öğrencilerin sosyal arka planını hesaba katmaksızın, dini inanç ve etnik kökenleri dışlamaktan ziyade (ç.n. onların müfredata) dahil edilmesini teşvik eden serbest bir okul atmosferinin sağlanmasına muktedir olan eğitim bağlamında mümkün olmak zorundadır. Okullar misyonerlik veya vaaz mekanları olmamalıdır. Okullar farklı dinler ve felsefi kanaatlere dair bir buluşma yeri olmalı ve burada öğrencilerin her biri ayrı ayrı kendi düşünceleri ve gelenekleri hakkında malumat elde edebilmelidirler.

(d) 1 no.'lu Protokol'ün 2. maddesinin ikinci cümlesi Devletin, eğitim ve öğretim bağlamında üstlenmiş olduğu fonksiyonlarının yerine getirilmesi sırasında mevzuata dahil edilen bilgi ve malumatın nesnel, sorgulayıcı ve çoğulcu bir yöntemle aktarılmasına dikkat etmek zorunda olduğunu zımnen ifade eder. Devlet, ebeveynlerin dini ve felsefi kanaatlerini saygı göstermemek olarak telakki edilebilecek aşılama/telkin amacı gütmekten men edilmiştir. Bu aşılmaması mecburi olan sınırdır.

(e) Ebeveynlerin dini kanaatlerine ve çocukların inançlarına saygı gösterilmesi bir dine inanma veya bir dine inanmama hakkını içinde barındırır. İnanma ve inanmama özgürlüğü (olumsuz özgürlük) Sözleşme'nin 9.maddesi tarafından korunmaktadır (bknz bağlantılı olarak, Young, James ve Webster / Birleşik Krallık, 13 Ağustos 1981, paragraf 52-57, Seri A, no. 44).

Devletin nötr kalma / yansızlık ve tarafsızlık yükümlülüğü ile dini kanaatlerin meşruluğu veya bu kanaatlerin ifade ediliş şeklini değerlendirme hu-

*susundaki sahip olduğu her türlü yetki, ilke ile bağdaşmaz. Öğretim bağlamında, yansızlık çoğulculuğu garanti altına almalıdır (Folgero, yukarıda bahsedilen paragraf 84)."*¹⁰

Mahkeme, netice olarak devlet okullarındaki sınıflarda haç bulundurulmasının ebeveynlerin çocuklarının eğitim hakkına bir müdahale teşkil ettiğini ve böylesi bir durumun, özellikle de eğitim alanında, devletin yansızlık yükümlülüğü ile bağdaşmadığını ifade etmektedir.¹¹

V. Eğitimin Düzenlenmesinde Devletin Rolü

Yukarıda bahsedildiği üzere devlet eğitimin sağlanması ve düzenlenmesi açısından sahip olduğu yetki ve yükümlülükleri yukarıda bahsedilen kriterlere uygun olarak yerine getirmek zorundadır. Buna karşın eğitim kurumları eğitim hakkının gerektiği şekilde sağlanmasıyla bağlantılı olarak bazı durumlarda bir takım disiplin tedbirlerine başvurma hak ve yetkisine sahiptirler:

*"83. Mahkeme, eğitim hakkının, okul kurallarına uygunluğunu temin etmek amacıyla birisinin (öğrencinin) geçici veya kati olarak okuldan uzaklaştırılması da dahil olmak üzere disiplin önlemlerine başvurulmasını, teorik olarak, dışlamadığı kanaatindedir. Disiplin cezalarına hükmedilmesi, öğrencilerin karakterlerinin ve zihinsel yetilerinin biçimlendirilmesi ve geliştirilmesi de dahil olmak üzere bir okulun kurulmasının nedeni olan başarıyı elde etme sürecinin bir parçasıdır (bkz. diğerleri arasında, Campbell ve Cosans / Birleşik Krallık, 25 Şubat 1982 tarihli karar, paragraf 33, Seri A, no. 48; ayrıca bir öğrencinin askeri okuldan uzaklaştırılması hususunda bkz. Yanaşık / Türkiye, no.14524/89, 6 Ocak 1993 tarihli Komisyon kararı, DR 74, s. 14, veya dolandırıcılık nedeniyle bir öğrencinin uzaklaştırılması, Sulak / Türkiye no.24515/94, 17 Ocak 1996 tarihli Komisyon kararı, DR 84-B, s. 98)."*¹²

¹⁰ 3 Kasım 2009 tarihli karar, *Lautsi / İtalya*, Başvuru no.30814/06, s. 12, paragraf 47, paragraf çeviri Serkan Cengiz. Başvuru, kararın temyiz edilmesi üzerine 1 Mart 2010 tarihinde Büyük Daire'ye gönderildi.

¹¹ 3 Kasım 2009 tarihli karar, *Lautsi / İtalya*, Başvuru no.30814/06, s. 12, paragraf 57

¹² 4 Aralık 2008 tarihli karar, *Doğru / Fransa*, Başvuru no.27058/05, paragraf 83, paragraf çeviri Serkan Cengiz.

Devletin bu alanda sahip olduğu rolün denetlenmesinde kullanılan temel ölçüt “*demokratik toplum*” değerlerinin tesisi ve korunmasıdır. Verilen eğitimin (ister devlet isterse de özel kurum ve kuruluşlar tarafından verilsin) nesnel, bilimsel, sorgulayıcı ve çoğulcu olması bir zaruret olarak karşımıza çıkmaktadır. Devlet, öğrencilerde dahil olmak üzere, egemenliği altında bulunanların belirli bir harmoni içerisinde yaşayabilmesi amacıyla bazı sınırlamalara başvurabilecektir. Buna karşın Devlet tarafından başvuru edilen tedbirler ve müeyyideler eğitim hakkının özünü zarar vermemeli ve yargısal denetimde dahil olmak üzere bir takım usulü güvenceler ile desteklenmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *İrfan Temel ve Diğerleri / Türkiye*¹³ kararında mensubu oldukları üniversiteye Kürt dilinde de eğitim veren tercihli modüllerin oluşturulması için başvuruda bulunmaları nedeniyle bir ve/veya iki dönem okuldan uzaklaştırma cezası verilmiş olan öğrencilerin, her ne kadar iş bu cezaları sonradan idare mahkemesi tarafından iptal edilmiş olsa da, eğitim haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, bu sonuca ulaşırken öğrencilerin sadece dilekçe de belirtmiş oldukları görüşleri nedeniyle cezalandırılmış olduklarını, kendilerine atfedilen başkaca herhangi bir eylem olmadığına dikkat çekmiştir.

Buna karşın Mahkeme, *Leyla Şahin / Türkiye*¹⁴ kararında siyasal bir sembol olma vasfı da olan türbanı giydiği için okuldan atılan başvuru sahibinin eğitim hakkının ihlal edildiği yakınmasını kabul etmemiştir:

“98. Mahkeme, *Karaduman / Türkiye* (no.16278/90, 3 Mayıs 1993 tarihli Komisyon kararı, DR 74, p. 93) ve *Dahlab / İsviçre* (no. 42393/98, AİHM 2001-V) kararlarında, Sözleşme organlarının, demokratik bir toplumda, eğer türban giyilmesi takip edilen kamu düzeni, kamu güvenliği ve diğerlerinin hak ve özgürlüklerini koruma amacıyla uyumsuz ise, Devletin türban giyilmesini kısıtlamak için yetkili olduğuna karar verdiklerine dikkat çekmektedir. Yukarıda anılan Dahlab davasında başvuru sahibi, küçük çocuklardan sorumlu olan bir sınıf öğretmeni; Mahkeme, diğer konuların yanı sıra Kuran’ın ka-

¹³ 3 Mart 2009 tarihli karar, *İrfan Temel ve Diğerleri / Türkiye*, Başvuru no.36458/02, s. 10, paragraf 44.

¹⁴ 29 Haziran 2004 tarihli Daire kararı, *Leyla Şahin / Türkiye*, Başvuru no. 44774/98, s. 20, paragraf 98, 99, 114, çeviri Cengiz, Serkan / Tortop, Nilgün, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Eylül-Ekim 2004.

dınlara yüklemiş olduğu yükümlülükle cinsiyet eşitliği ilkesi arasında bir uzlaşma sağlamanın güç olduğunu dikkate alarak, başvuruçunun giydiği türbanın 'güçlü dış sembol' etkisi taşıdığını ve herhangi bir proselitist etkiye sahip olup olmadığını sorgulamıştır.

99. Aynı şekilde Mahkeme, Türkiye'de laiklik ilkesinin, hukukun üstünlüğüne ve insan haklarına saygı gösterilmesi ile uyumlu olduğunu ve laikliğin kuşkuya yer bırakmayacak şekilde Devletin temel ilkelerinden biri olduğunu daha önce de belirtmiştir (yukarıda anılan Refah Partisi ve Diğerleri, p.93). **Nüfusun çoğunluğunun belirli bir dine mensup olduğu Türkiye gibi bir ülkede, Sözleşmenin 9. maddesinin 2. fıkrasına göre, bir dinin gereklerini yerine getirmeyen ya da başka bir dine bağlı olan öğrenciler üzerinde baskı uygulanmasından dolayı, belirli radikal dinî hareketleri engellemek için üniversitelerin önlemler alması haklı görülebilir.** Bu çerçevede, laik üniversiteler, farklı inançlara sahip öğrenciler arasında barışın tesisini sağlamak amacıyla, bu tür ifadelerin yeri ve usulü açısından kısıtlamalar getirerek, beyan edilen dinî sembollerin ve törenlerin gösterimini düzenleyebilir ve böylelikle kamu düzenini ve diğerlerinin inançlarını koruyabilir (yukarıda anılan Refah Partisi ve Diğerleri, 95).

114. Mahkeme, geçmişteki gelişmeler ışığında ve özellikle sözleşen devletlere bırakılan takdir yetkisi göz önüne alınarak, İstanbul Üniversitesi'nin başörtü giymeyi yasaklayan yönetmeliğinin ve uygulanan önlemlerin prensip olarak haklı ve amaçla orantılı olduğunu ve 'demokratik bir toplumda zorunlu' olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir."

Mahkeme, dini sembollerin / kıyafetlerin eğitim hakkından yoksun bırakma kararının gerekçesini teşkil ettiği *Doğru / Fransa*¹⁵ başvurusuna dair vermiş olduğu incelenemezlik (kabuledilmezlik) kararında da *Leyla Şahin / Türkiye* kararındaki yaklaşımını sürdürmüştür. Beden eğitimi dersleri sırasında, çeşitli kereler uyarı almasına rağmen, türbanını çıkarmayan ortaokul öğrencisi Fransız vatandaşı *Belgin Doğru*'nun, disiplin cezası ile okulla ilişkisi kesilmiştir. Fransız mahkemeleri ilişik kesme kararının yasal ve hukuki olduğu gerekçesiyle söz konusu idari işlemi onamışlardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuruçunun yakınmalarını eğitim hakkından ziyade Sözleşme'nin

¹⁵ 4 Aralık 2008 tarihli karar, *Doğru / Fransa*, Başvuru no.27058/05, paragraf 74 ve 76, paragraf çeviri Serkan Cengiz.

9.maddesi altında (din ve inanç özgürlüğü) ele almış ve yakınma konusu disiplin cezası (okulla ilişkisini kesilmesi) ile başvuruçunun inanç özgürlüğünün ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

“74. Mahkeme ayrıca başvuruçuyu aleyhinde yürütülen disiplin yargılama sürecinin riskte olan çeşitli menfaatlerin dengelenmesi yükümlülüğünü tam olarak karşıladığını belirtmektedir. Öncelikle, idari yargılamanın başlaması öncesinde, başvuruçuyu, öğretmenlerinin taleplerine ve bu taleplerine ilişkin açıklamalarına karşın yedi kez türbanını çıkarmayı reddetmiştir. Sonrasında, Hükümet tarafından sağlanan bilgiye göre, resmi makamlar uzun bir zaman dilimi içerisinde başvuruçuyu diyalog kurmak için sonucu başarısız olan pek çok girişimde bulunmuşlardır. Başvuruçuya bir düşünme süresi verilmiş ve sonrasında bu süre uzatılmıştır. Dahası, söz konusu yasak sadece beden eğitimi dersleri ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle söz konusu bu yasak çok katı bir yasak olarak addedilemez (Köse ve Diğerleri, yukarı bahsedilmiştir). Dahası davanın koşullarından anlaşıldığı kadarıyla bu hadiseler okul içinde gergin bir genel havanın oluşmasıyla sonuçlanmıştır. Son olarak disiplin yargılama sürecine, öğrencinin menfaatlerini koruma eğiliminde olan yasaya uygun olma kuralı ve mahkeme denetimi gibi bir dizi garantilerin eşlik ettiği görülmektedir (bkz. yukarıda bahsedilen Leyla Şahin, paragraf 159).

...

76. Mahkeme, yukarıda bahsedilenleri dikkate alarak, okuldan çıkarılma cezasının orantısız olmadığı kanaatinde olup başvuruçunun uzaktan eğitim sınıfları (mektupla) ile eğitimine devam edebildiğini belirtmektedir. Başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin ve kamu düzeninin korunması yükümlülüğü ile bağlantılı olarak başvuruçunun dini kanaatlerinin tam olarak hesaba katıldığı gözlemlenebilmektedir. Yakınulan bu kararın başvuruçunun dini inançlarına yönelik itirazlara değil adı geçen bu yükümlülüklerle dayandığı ayrıca açıktır (bkz. yukarıda bahsedilen Dahlab).”

VI. SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bilimsel, nesnel, çoğulcu, sorugulayıcı bir eğitimin demokratik bir toplumun vazgeçilmez bir unsuru olduğunu belirtmekle birlikte, maalesef bu hakka dair devlete açık bir sağlama yükümlülüğü getirmemektedir. Bu durum engelli ve/veya özel eğitime ihtiyaç duyan bireyler açısından da geçerli-

dir. Mahkeme'ye göre kişiler ancak mevcut olan eğitim kurumlarına erişim hakkına sahip olup, bu haktan demokratik toplumun gerektirdiği belirli kurallar ve sınırlamalara tabi olarak yararlanabilmektedirler. Mahkeme'nin bu yaklaşımı, eğitimin can alıcı bir önem kazandığı günümüzde oldukça cesaret kırıcıdır. Mahkeme, içtihatlarında ısrarla vurguladığı Sözleşme'nin yaşayan bir enstrüman olma özelliğini baz alarak 1 no.'lu Protokol'ün 2. maddesi bağlamında, en azından temel eğitim düzeyinde, devletlerin mutlak bir sağlama yükümlülüğü altında olduklarına hükmetmelidir. Gerek çocukların gerekse de engelli bireylerin toplum içindeki önemi ve dezavantajlı durumları göz önüne alındığında eğitim hakkını sadece var olan bir takım eğitim kurumlarına erişim hakkı olarak kabul etmek çağımızın ihtiyaçlarının oldukça gerisinde bir tutumdur.

Devlet, hali hazırda mevcut olan eğitim ve öğretim kurumlarında tüm eğitim boyunca bilimsel, nesnel, çoğulcu, sorgulayıcı bir eğitimi temin etmekle yükümlü olmasına karşın ebeveynlerin dini ve felsefi kanaatlerini de hesaba katmak, onlara saygı göstermek zorundadır. Bu yükümlülükle vurgulanmak istenen ebeveynlerin veya öğrencilerin dini inanç ve felsefi kanaatlerine uygun ayrı seçmeli sınıfların / modüllerin oluşturulmasından ziyade öğrencilerin birbirlerini ve dolayısıyla mensubu oldukları toplumu ve toplum kesimlerini tanımalarını kolaylaştıracak, onların çoğulcu düşünceye sahip olmalarına ve birbirlerine tolerans göstermelerine imkan verecek demokratik, nesnel, bilimsel, sorgulayıcı bir müfredatın çoğulcu bir ortamda ve mümkünse aynı sınıflarda sunulmasıdır.

Buna karşın öğrencilerin ve/veya öğrenci velilerinin yukarıda özetlenen bilimsel, çoğulcu ve demokratik toplum nosyonu ile çatışan dini ve felsefi kanaatleri ve talepleri, diğerlerinin haklarına saygı ve kamu düzeninin sağlanması bağlamında Sözleşme'nin koruma mekanizmasının kapsamı dışında tutulmaktadır.

KAYNAKLAR

Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen / Danimarka, Seri A, s. 25-26, paragraf 51 aktaran, Dutertre, Gilles, "Key case-law extracts" Council of Europe Publishing, Aralık 2003.

- Belçika Dil Davası, 23 Temmuz 1968 tarihli karar, Başvuru no. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64.
- Hasan ve Eylem Zengin / Türkiye, 9 Ekim 2007 tarihli karar, Başvuru no.1448/04
- SP / Birleşik Krallık, Başvuru no.28915/95, 17 Ocak 1997 tarihli karar, (1997) 23 EHRR CD 139,aktaran Leach, Philip, "Taking a Case to the European Court of Human Rights", s. 365, Second Edition, 2005 , Oxford University Press.
- Campbell ve Cosans / Birleşik Krallık, 25 Şubat 1982 tarihli karar, Başvuru no. 7511/76; 7743/76.
- Lautsi / İtalya, 3 Kasım 2009 tarihli karar, Başvuru no. 30814/06.
- Doğru / Fransa, 4 Aralık 2008 tarihli karar, Başvuru no 27058/05.
- İrfan Temel ve Diğerleri / Türkiye, 3 Mart 2009 tarihli karar, Başvuru no. 36458/02.
- Leyla Şahin / Türkiye, 29 Haziran 2004 tarihli Daire kararı, Başvuru no. 44774/98, Çev. Cengiz, Serkan / Tortop, Nilgün, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Eylül-Ekim 2004.

KAMU HİZMETLERİNİN GÖRÜLÜŞ USULLERİNDEN RUHSAT (LİSANS, İDARİ İZİN, YETKİLENDİRME) YÖNTEMİ VE DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLARIN LİSANS KONUSUNDAKİ YETKİLERİNİN DANIŞTAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

LICENCE (ADMINISTRATIVE PERMIT, AUTHORIZATION) METHOD
OF FULFILLMENT OF THE PUBLIC SERVICES AND EVALUATION
OF REGULATORY AND SUPERVISORY AUTHORITIES' POWERS
ABOUT LICENCE WITHIN THE FRAMEWORK
OF THE STATE COUNCIL'S DECISIONS

Mesut EROL*

Özet: Kamu hizmetlerinin görülüş usulleri arasında yer alan lisans yönteminin avantajlı olabilmesi, lisansların hangi şartlarda ve nasıl verildiği ve düzenleyici ve denetleyici kurumların lisans konusunda sahip olduğu yetkilerin nasıl kullanıldığına bağlıdır. Bu yetkiler, hukuk devleti ilkesi ile kamu düzeni ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre kullanılmalıdır.

Anahtar Sözcükler: Kamu hizmeti, lisans, idari izin, yetkilendirme, ruhsat yöntemi, düzenleyici ve denetleyici kurumlar, kazanılmış hak.

Abstract: Licence method, which is one of the ways of fulfillment of the public service, can be advantageous, and depends on what conditions and how the licences are given and how the regulatory and supervisory authorities use its powers about licence. These powers should be used according to the rule of law principle, public order and public service requirements.

Keywords: Public service, licence, administrative permit, authorization, licence method, regulatory and supervisory authorities, acquired right.

GİRİŞ

İktisadi, sosyal ve siyasi alandaki gelişmeler neticesinde, kamu hizmetlerinin alanı genişlemektedir. Yaşanan gelişmeler sonucun-

* Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku doktora öğrencisi.

da, bu alanlarda devlet ya bizzat faaliyette bulunmakta veya düzenleyici ve/veya denetleyici olarak kamu hizmetlerinin yerine getirilmesini sağlamaktadır. Düzenleme yapılan birçok sektöre bakıldığında, bu sektörlerin doğrudan kamu tarafından işletilmiyorsa ya doğal tekel niteliğinde olduğu veya sosyal veya stratejik yararı olduğu ve bunların düzenlenmesinin önemli bir toplumsal ihtiyaç olduğu görülmektedir.¹

Ülkemizde, enerji, radyo ve televizyon, iletişim, tütün ve alkol, bankacılık ve sermaye piyasası gibi alanlarda düzenleme ve denetleme yapmak için, yasama organı tarafından birçok düzenleyici ve denetleyici kurum kurulmuş ve bu sektörlerde faaliyette bulunmak isteyen tüzel kişilerin ancak düzenleyici ve denetleyici kurumlardan izin veya lisans almak veya yetkilendirme suretiyle faaliyette bulunmasına izin verilmiştir. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar tarafından verilecek izin ve lisanslar bazı şartlara bağlanmış, bu kurumlara idari para cezası verme, geçici faaliyet durdurma ve lisans iptali gibi idari yaptırım uygulama yetkileri verilmiştir.

Bu çalışma ile düzenleyici ve denetleyici kurumlar konusu genel olarak ele alınarak, kamu hizmeti kavramı ve kamu hizmetlerinin bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından görülüş usulleri arasında yer alan ruhsat (lisans, idari izin, yetkilendirme) yöntemi incelenmeye çalışılacak, düzenleyici ve denetleyici kurumların lisans konusundaki yetkileri, Danıştay kararları çerçevesinde değerlendirilerek, verilen lisanslarla ilgili, gerçek ve tüzel kişilerin kazanılmış hakları olup olmayacağı hususu üzerinde durulacaktır.

1. DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLARA GENEL BİR BAKIŞ

Son yıllarda giderek artan sayıda klasik idari örgütlenme modeli dışına çıkan yeni idari yapılanmalar ortaya çıkmakta, bu idari yapılanmalar, özellikle kamusal yaşamın hassas sektörleri olarak da nitelenen bankacılık, sermaye piyasası, enerji, telekomünikasyon, radyo ve televizyon gibi alanlarda, hem düzenleyici hem de denetleyici işlevle-

¹ Mesut Erol, *Doğal Tekellerin Düzenlenmesi ve Telekomünikasyon Sektöründe Düzenleyici Kurum*, DPT Yayın No: 2680, Ankara 2003, s. 2.

re sahip olarak kurulmaktadır.² Bu kurumlar, genellikle bağımsız idari otoriteler veya düzenleyici ve denetleyici kurumlar şeklinde adlandırılmakta, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda düzenleyici ve denetleyici kurumlar olarak ifade edilmektedir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, devletin belirli bir alanda ve özellikle de ekonomide genel regülasyon misyonunun gerçek anlamda yerine getirilmesine imkan tanıyan, iyice düşündükten sonra kararlar alıp uygulayan kurumlar olarak tanımlanabilir.³ Bu kurumlar, kamusal alanın hassas sektörleri olarak nitelendirilen kısmında düzenleme ve denetleme işlevini üstlenmiş veya ekonomik ve siyasi tercihler ve uygulamalardaki değişikliğin sonucu olarak rekabete açılan sektörlerdeki aktörlerin izlenmesi ve denetlenmesini gerçekleştirmek üzere kurulmuş,⁴ tek bir hukuki rejimi bulunmayan, icrai karar alma yetkisi ile donatılmış, kararları yargı denetimine tabi, bağımsız, kamu tüzel kişiliğini haiz, klasik idari birimlerin dışında, üzerlerinde hiyerarşik ve vesayet yetkisinin olmadığı, kendine özgü kuruluşlardır.⁵ Bu kurumların kurulmasının temel nedeni, bazı görevlerin yerine getirilişini siyasal müdahale dışında tutma kaygısıdır.⁶ Siyasal iktidar ve ekonomik güç odakları karşısında ancak bağımsız ve güvenceli otoritelerin, temel hak ve özgürlükler ile piyasa mekanizmalarının düzgün işleyişini sağlayabileceği ve güvence altına alabileceği düşünülmektedir.⁷ Misyon ve amaçları, yeni teknolojilerin ve mali enstrüman ve manipülasyonların bazı temel hak ve özgürlükleri ve ekonomik düzeni tehdit ve ihlal etmesine karşı koruma ve kollamadır.⁸

² A. Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, Turhan Kitabevi, Birinci Bası, Ankara 1998, s. 286.

³ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 1. Bası, Ankara 2006, s. 318.

⁴ Ender Ethem Atay, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması", *GÜHFD*, Ankara 2006, C. X, S. 1-2, s. 260.

⁵ Atay, *a. g. e.*, s. 318.

⁶ Ender Ethem Atay, "Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO'lar): Rekabet Konseyi", *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, Ankara Mart 2000, Sayı 6, s. 54.

⁷ Lütfi Duran, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara Mart 1997, Cilt 30, Sayı 1, s. 4.

⁸ Gözübüyük / Tan, *a. g. e.*, s. 287.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların en önemli özellikleri, idari açıdan bağımsız olmaları ve regülasyon işlevi görmeleridir.⁹ Bu kurumlar açısından bağımsızlık, yargılama, karar verme, danışma, önerme, bilgi verme, soruşturma gibi etkinliklerin yerine getirilmesinde başkalarının açık yönlendirme ve etkilemelerine karşı bağımlı olmayı ifade eder.¹⁰ Bağımsız idari otorite olarak nitelendirildikleri durumda, bağımsızlık, organik ve işlevsel anlamda yürütüme organı karşısındaki bağımsız statülerini; idari nitelikleri, idari organlar içinde yer almalarını ve otorite olmaları da basit birer danışma organı değil, düzenleyici işlemler ve bireysel nitelikli icrai mahiyette karar almalarını ve uygulamalarını ifade etmektedir.¹¹

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar için kullanılan regülatör kurumlar veya aynı anda hem oyuncu hem de hakem olunamayacağı fikrinden doğan regülasyon kavramı, esas olarak özel sektör tarafından yürütülen ve toplumun gündelik yaşamındaki vazgeçilmez bir takım hizmetlerin klasik devlet bürokrasisinden bağımsız kurumlarca düzenlenip denetlenmesi ve böylece bu hizmetlerin bireylere rekabetçi bir ortamda etkin ve verimli bir şekilde sağlanması anlamına gelir.¹² Regülasyonun amacı, toplumun gündelik yaşamında önemli ve özellikle ekonomik yönü ağır basan bazı alanlarda etkinlik ve verimliliği sağlamak, böylece daha kaliteli ve makul fiyattan mal veya hizmet sunulmasını öngörmektir.¹³

Düzenleyici ve denetleyici kurumların, belirli bir sektörde faaliyette bulunmak isteyen kişilere, izin, lisans, yetkilendirme vermek, yönetmelik, tebliğ gibi işlemlerle düzenleme, görev alanı içerisindeki işlemlerle ilgili denetleme yapmak ve gerektiğinde suç duyurusunda bulunmak, idari yaptırım uygulamak ve yönetime katılma gibi görevleri vardır.¹⁴

⁹ Ali Ulusoy, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, Birinci Bası, Ankara 2003, s. 15.

¹⁰ Erol, *a. g. e.*, s. 122.

¹¹ Atay, *Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması*, s. 270.

¹² Ulusoy, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 29.

¹³ Ulusoy, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 28.

¹⁴ Ali İhsan Karacan, "Özerk Kurumların Özerkliği" *Rekabet Dergisi*, Sayı 8, s. 5.

Yargı organlarının kararlarında da düzenleyici ve denetleyici kurumlarla ilgili ifadelere rastlanılmaktadır. Özellikle düzenleyici ve denetleyici kurumların görevlerini belirleyen kanunlardan kaynaklanan uyumsuzlukları çözmekle görevli olan Danıştay 13. Dairesi'nin çeşitli kararlarında bu husus yer almaktadır. Örneğin, Danıştay 13. Dairesi, 25.12.2006 tarih ve E.: 2005/9375, K.:2006/4919 sayılı kararında, düzenleyici kurumların ilgili buldukları sektörde düzenleme ve denetleme görevi üstlendiklerini, bu kuruluşların temel işlevinin, toplumsal ve ekonomik yaşamın temel hak ve özgürlükler ile yakından ilişkili alanlarındaki kamusal ve özel kesim etkinliklerini, bir takım kurallar koyarak düzenlemek, konulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek ve denetlemek görevinin bulunduğunu belirtmektedir.¹⁵

Anayasa Mahkemesi de, 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün Yeniden Yapılandırılması ile Tütün ve Tütün Mamullerinin Üretimine, İç ve Dış Alım ve Satımına, 4046 Sayılı Kanunda ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un bazı maddelerinin iptali için açılan davada, *"Tütün, Tütün Mamulleri Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu, idarî ve malî özerkliğe sahip, kamu hizmeti görmek üzere Anayasa'nın 123. maddesine göre kurulmuş, denetim ve düzenleme görevi de üstlenebilen tüzel kişiliği haiz bir kamu kurumudur. Kurumun, Devlet Bakanlığı ile olan ilişkisi nedeniyle merkezi idareden tamamen bağımsız olmadığı, idarenin bütünlüğüne dahil edildiği anlaşılmaktadır. ...Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu, Yasanın gösterdiği çerçevede tütün, tütün mamulleri ve alkollü içkiler piyasası ile ilgili düzenlemeler yapma yetkisine sahiptir. Ayrıca Kurulun, söz konusu piyasa ile ilgili kamu yararı amacıyla yaptığı düzenlemeler ve sınırlamalar ise yargı denetimine tabidir."*¹⁶ hükmünü vermiştir.

Son yıllarda sayıları artma eğilimi gösteren düzenleyici ve denetleyici kurumlar, kamu hizmetleri alanının genişlemesinin sonucudur. Devletler bu alanlarda bizzat faaliyette bulunmak yerine, düzenleyici ve denetleyici olarak kamu hizmetlerinin yerine getirilmesini sağ-

¹⁵ http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=ruhsat&ozet=metin&dokid=30182, 21.01.2010.

¹⁶ <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2003/K2003-100.html>, 11.02.2010.

lamaya çalışmışlardır. Düzenlenmesi ve denetlenmesinin önemli bir toplumsal ihtiyaç olduğu sektörlerde veya rekabete açılan sektörlerdeki teşebbüslerin faaliyetlerin düzenlenmesi ve denetlenmesi amacıyla, bu kurumlar kurulmaktadır. Önümüzdeki yıllarda, posta, havayolu, demiryolu vb. sektörlerde yeni düzenleyici ve denetleyici kurumların kurulmasının gündeme geleceği düşünülmektedir.

2. KAMU HİZMETİ KAVRAMI

Kamu hizmeti sürekli gelişmekte, değişime uğramakta, son yıllarda özel hukukun müdahalesi artmakla birlikte, kamu hukuku açısından önemini kaybetmemekte, bununla beraber sürekli değişme ve gelişme tanımının yapılmasını zorlaştırmaktadır.¹⁷

Kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun temelini açıklayan, idari yargı mercilerinin görev kriterlerini saptayan, idari etkinliğin çevresinde olduğu, idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu etkinlik olarak kabul edilmektedir.¹⁸ Kamu hizmeti, giderilmesinde kamu yararı bulunan bir toplumsal gereksinmeyi karşılamak amacıyla, idarenin doğrudan veya dolaylı bir şekilde yüklenmiş olduğu, kamu tüzel kişileri ya da onların gözetim ve denetimi altında özel girişim tarafından, özel hukuksal düzen içinde yürütülen, sürekli ve düzenli etkinliklerdir.^{19, 20} Bir başka ifade ile kamu yararı içermesi ve özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmasının mümkün olmaması nedeniyle, yasa organı tarafından bir takım ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen faaliyet kamu hizmetidir.²¹ Kamu hizmeti tanımı özel kişi faaliyetinin kamu yararına yansıdığı ve bu yoldan ihtiyacın toplum için önemli olduğu halleri de kapsamaktadır. Özel kişi faaliyetlerinin planlama, yöreklendirme, özendirme, teşvik gibi yasa-

¹⁷ Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara 2009, s. 458.

¹⁸ İsmet Giritli / Pertev Bilgen / Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, Üçüncü Bası, İstanbul 2008, s. 953.

¹⁹ Atay, a. g. e., s. 478.

²⁰ Giritli vd., a. g. e., s. 955.

²¹ Ali Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, Birinci Baskı, İstanbul 2004, s. 13.

lara dayalı idari çalışmalarla yönlendirilmesi de kamu hizmetidir.²² Kamu hizmeti aslında bir kamu yararını gerçekleştirme tekniği olmakla beraber, kamu yararını gerçekleştirmenin tek ve alternatifsiz tekniği değildir.²³

Yargı organları da kararlarında kamu hizmeti kavramına yer vermekle birlikte, kamu hizmeti kavramının belirsiz olduğunu ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği olmakla birlikte, en geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.²⁴

Her kamu hizmeti, kendi özel kurallarına ve mevzuatına bağlı olmakla birlikte, içerikleri ve görülme biçimleri ne olursa olsun, süreklilik, değişkenlik ve uyarlanma, eşitlik, tarafsızlık gibi ortak özellikleri vardır.^{25, 26}

İdare hukukunda görev ve yetki kavramları birbirinden ayrılmaz bir bütündür ve yetki ancak Anayasa ve kanunlardan alınabilir. Bu nedenle, bir kamu hizmetinin kurulması kanunla olur.²⁷ İdarenin kanuniliği ilkesi gereğince, kamu hizmeti teşkilatı kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.²⁸ Hiçbir özel hukuk kişisi kendiliğinden bir kamu hizmetini yerine getiremez. Özel hukuk kişisi kamu hizmetini yerine getirirken kullanacağı devlet yetkisinin bir hukuksal temele dayanması gerekir. Bu hukuksal temel kanunla özel kişinin görevlendirilmesi ve/veya yetkilendirilmesi şeklinde olabileceği gibi, kanunun belirlediği sınırlar içerisinde kalarak idarenin tesis ede-

²² Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, Beta Yayınları, Birinci Bası, İstanbul 2009, s. 72.

²³ Ali Ulusoy, "Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramı", *Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Liberte Yayınları, Birinci Basım, Ankara 2001, s. 21.

²⁴ <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1994/K1994-42.htm>, 30.04.2009.

²⁵ Giritli vd., *a. g. e.*, s. 964.

²⁶ İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 235.

²⁷ Özay, *a. g. e.*, s. 233.

²⁸ Akyılmaz vd., *a. g. e.*, s. 459.

ceği tek taraflı ya da özel kişinin de iradesinin açıklanmasına gerek duyulan sözleşme yoluyla da gerçekleştirilebilir.²⁹

Kamu hizmeti nihai olarak bir kamu otoritesinin sorumluluğundadır ve bir kamu otoritesi tarafından üstlenilir. Kamu hizmeti bizzat onu üstlenen kamu otoritesi tarafından yürütülebileceği gibi, o kamu otoritesi dışındaki başka bir kamu tüzel kişiliği veya özel hukuk tüzel kişiliği tarafından da yürütülebilir.³⁰ Bu tür faaliyetler, ortak ve genel ihtiyaca cevap verdikleri ve giderilmemeleri durumunda toplumda huzursuzluk baş gösterebilir. Bu nedenle, belli bir izne tabi olmaları da doğaldır.³¹

Düzenleyici ve denetleyici kurumların yerine getirdikleri hizmet bir kamu hizmetidir. Bu kurumların düzenleme ve denetleme yaptıkları sektörlerde faaliyette bulunmak isteyen gerçek ve tüzel kişilerin izin veya lisans almadan veya yetkilendirilmeden bu sektörlerde faaliyette bulunmaları mümkün değildir. Bu nedenle yasa koyucu, bu sektörlerde faaliyette bulunmak isteyen kişilere düzenleyici ve denetleyici kurumlardan izin veya lisans alma veya yetkilendirilme şartı getirmiştir.

3. KAMU HİZMETLERİNİN GÖRÜLÜŞ USULLERİNDEN RUHSAT (LİSANS, İDARİ İZİN, YETKİLENDİRME) YÖNTEMİ

Pozitif hukukumuzda kamu hizmetlerinin emanet yöntemi ve yetkilendirme yöntemi olarak iki türlü görülüş usulü vardır. Yetkilendirme yöntemi de; yasal yetkilendirme, sözleşme ile yetkilendirme ve ruhsat (idari izin, lisans) ile yetkilendirme olarak üçe ayrılabilir.³²

Ruhsat, belli bir işi yapabilmek için, gerekli koşulların sağlanması üzerine yetkili makam tarafından verilen yapma izni;³³ lisans, herhangi bir işin veya ticari işlemin yapılması için devlet makamları tarafın-

²⁹ Atay, *a. g. e.*, s. 508.

³⁰ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, s. 31.

³¹ Özay, *a. g. e.*, s. 248.

³² Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, s. 35-37.

³³ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 1996. s. 697.

dan verilen izin³⁴ olarak tanımlanabilir. Yapılan tanımlardan da görüleceği üzere, her iki kavramda bir işin yapılması için idari makamlar tarafından verilen izin anlamına gelmektedir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlarla ilgili çeşitli kanunlarda ruhsat, lisans, yetkilendirme ve idari izin kavramlarına yer verilerek, bu kavramlara ilişkin çeşitli tanımlar yapılmaktadır. 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda *"Lisans: Tüzel kişilere piyasada faaliyet gösterebilmeleri için bu Kanun uyarınca Kurul tarafından verilen izin"*, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nda *"Genel izin: Bir telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi için, Bakanlık tarafından işletmecileri belli genel şartlara ve Bakanlık nezdinde kayıt yaptırılmasına tabi olarak yetkilendiren genel düzenleyici işlem"*, *"Telekomünikasyon ruhsatı: İşletmeci tarafından söz konusu telekomünikasyon ruhsatında belirtilen telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapısının işletilmesi için Bakanlık tarafından verilen ruhsat"*, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nda *"Yetkilendirme: Elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlanmasını teminen şirketlerin, Kurum nezdinde kayıtlanmasını veya kayıtlanmasıyla birlikte bu şirketlere elektronik haberleşme hizmetlerine özel, belirli hak ve yükümlülükler verilmesi"* şeklinde tanımlanmaktadır.

Bu tanımlar çerçevesinde, kamu hizmetinin özel kişilerce yürütülebilmesi yöntemlerinde olan ruhsat yöntemini, tekel niteliğinde olmayan bir kamu hizmetinin, idare tarafından verilen izin üzerine özel kişilerce de görülebilmesi³⁵ olarak tanımlayabiliriz. İdarenin vereceği izin ile özel kişilere gördürülebilen kamu hizmeti olarak kabul edilen faaliyetin idare lehine tekel konusu yapılmamış olması gerekir.³⁶ Tekel niteliğinde olmayan kamu hizmetleri, idarenin vereceği izin ve kamu hizmeti yükümlülüklerine uymak koşuluyla özel kişilerce yürütülebilmektedir.³⁷ Bu amaçla bir yetkilendirme yapılmaktadır. Yetkilendirme, kamu hizmetini üstlenen kamu otoritesinin bu hizmeti kendisinin yürütmeyip, başka bir tüzel kişiye gördürmesidir.³⁸

³⁴ Yılmaz, a. g. e., s. 500.

³⁵ Akyılmaz vd., a. g. e., s. 463.

³⁶ Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2004, s. 325.

³⁷ Gözübüyük / Tan, a. g. e., s. 456.

³⁸ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, s. 34.

Ruhsat yöntemi, özel kişinin talebi de olsa, tek taraflı bir işlemdir; bir sözleşme değildir. Sadece idarenin iradesiyle teşekkül eder.³⁹ Ruhsat usulünde, müşterek emanet, iltizam, imtiyaz ya da yap-işlet-devret usullerinden farklı olarak, idare ile özel kişi arasında sözleşme yapılmaz.⁴⁰ Bazen ruhsatlara genel şartlar da ilave edilmektedir. Bu durumda ruhsat usulü imtiyaz usulüne benzemekle birlikte, yine de imtiyaz usulünden ayrılır. Çünkü ruhsat daima tek taraflı bir işlem, imtiyaz sözleşmesi ise iki taraflı bir işlemdir.⁴¹ Özel kişinin yürütülmesine yetki verilebilecek kamu hizmetini yerine getirmeye talip olması gerekir. İlgilinin talebinin varlığı işlemin tek taraflı olma özelliğini ortadan kaldırmaz. İzin verme hususunda yetkili olan kamu tüzel kişisidir.⁴² Yetkilendirmenin yapılmasında, değiştirilmesinde, kaldırılmasında, içeriğinin belirlenmesinde, hizmeti yürütmeye istekli olan tüzel kişinin (kamu veya özel hukuk tüzel kişisi) söz hakkı bulunmamaktadır.⁴³ Özel hukuk kişilerinin ruhsatta söz konusu olan yükümlülükleri, onların kendi istekleri ile böyle bir faaliyette bulunmak üzere idareye başvurup, gerekli izni aldıktan sonra söz konusu olabilmektedir. Toplu halde girişmemek koşuluyla o faaliyeti yapmaktan da vazgeçebilirler.⁴⁴

Kamu hizmetini ruhsat usulüyle yürüten özel hukuk tüzel kişileri ne kadar özel hukuka tabi olsalar, ne kadar idari, mali ve personel özerkliğine sahip olsalar da, bunları görevlendiren ve hizmetin asıl sorumlusu olan kamu idarelerinin gözetimi ve denetimi altında çalışırlar ve kamu idarelerinin sorumluluğu ortadan kalkmaz.⁴⁵ Ruhsat usulü ile gördürülen kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumluluğu idare olduğundan, idarenin hizmeti gören özel kişi üzerinde geniş bir gözetim ve denetim yetkisi vardır.⁴⁶ İdarenin kamu hizmetinin asli sahibi olarak hizmetle ilgili gereken düzenlemeleri yapma yetkisi, ruhsat sahi-

³⁹ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, s. 355.

⁴⁰ Günday, *a. g. e.*, s. 324.

⁴¹ Gözler, *a. g. e.*, s. 355.

⁴² Atay, *a. g. e.*, s. 501.

⁴³ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, s. 38.

⁴⁴ Özay, *a. g. e.*, s. 249.

⁴⁵ Gözler, *a. g. e.*, s. 356.

⁴⁶ Günday, *a. g. e.*, s. 325.

binin de duruma katlanma yükümlülüğü vardır.⁴⁷ Özel teşebbüs genel düzenlemelere uygun davrandığı sürece o etkinliği yerine getirebilir. Aksi taktirde ruhsatın iptal edilerek o faaliyete süresiz son verilmesi de dahil olmak üzere, yasal düzenlemelerin öngördüğü tüm idari yaptırımlar doğrudan uygulanabilir. Bunun yanında, adli bir ceza söz konusu olursa, bu yola da başvurulabilir.⁴⁸

Kamu hizmetlerinin bedelsizliği ilkesi, ruhsat usulü ile gördürülen kamu hizmetlerini de etkiler. Ruhsat usulü ile bir kamu hizmetini gören özel kişinin belli bir kar elde etmek amacıyla hareket etmesi doğal olmakla birlikte, hizmetten yararlananlardan alacağı ücreti tamamen serbestçe belirleme yetkisine sahip değildir. Hizmetten yararlananlardan alınacak ücret, idarenin koyduğu ilke ve esaslar dahilinde belirlenecektir.⁴⁹

Ruhsat usulünün uygulanmasında, talepte bulunanlar açısından nesnelliğin sağlanması amacıyla ruhsatın şartlarının önceden belirlenmesi idarenin belirliliği ilkesinin bir gereğidir. Bu belirleme kanunla veya diğer düzenleyici idari işlemlerle yapılabilir.⁵⁰

Ruhsatın hukuki durumuna bakacak olursak, ruhsat yoluyla bir kamu hizmetinin yürütülmesi işiyle görevlendirilmiş özel hukuk tüzel kişinin, malvarlığı, personeli, tek yanlı işlemleri, sözleşmeleri, faaliyetleri ve sorumluluğu kural olarak özel hukuka tabidir ve bunlardan kaynaklanacak uyuşmazlıklar adli yargıda görülür. Bununla birlikte, ruhsat veya lisans olarak kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişilerinin kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış olduğu durumlarda, bu özel hukuk tüzel kişilerinin kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış tek yanlı işlemleri, idari işlemidir ve bunlardan kaynaklanacak uyuşmazlıklar idari yargıda çözülür.⁵¹

⁴⁷ Akyılmaz vd., *a. g. e.*, s. 464.

⁴⁸ Özyay, *a. g. e.*, s. 250.

⁴⁹ Günday, *a. g. e.*, s. 325.

⁵⁰ Atay, *a. g. e.*, s. 502.

⁵¹ Gözler, *a. g. e.*, s. 356.

4. DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLARIN LİSANS KONUSUNDAKİ YETKİLERİNİN DANIŞTAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

İdare için belki de en avantajlı nitelikteki özel kişileri kamu hizmeti yürütmeye yetkilendirme türü olan lisans yöntemine, son zamanlarda oldukça sık başvurulmaktadır. Nitekim son yıllarda özellikle düzenleyici ve denetleyici kurumlarla ilgili olarak çıkarılan bir takım kanunlarda, örneğin enerji hizmetlerinin tamamının (elektrik, doğalgaz, petrol, LPG) ve radyo ve televizyon yayıncılığı konusunda bu yöntem benimsenmiştir.⁵² Telekomünikasyon hizmetlerinin bir kısmı için öngörülen ruhsat yöntemi, 2008 yılında 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle yetkilendirme şeklinde ifade edilmiştir.

Lisansların hangi şartlarda ve nasıl verildiği ve düzenleyici ve denetleyici kurumların lisans konusunda sahip olduğu yetkilerin nasıl kullanıldığı, bu yöntem ile gerçekleştirilmek istenilen amaca ulaşıp ulaşılmamasında önem arz eder. Lisans yönteminin özel kişiler tarafından cazip görülebilmesi, lisans vermeye yetkili düzenleyici ve denetleyici kurumların, bu lisansları istikrarlı ve hukuka uygun düzenlemeler çerçevesinde ve ayrımcılık yapmadan, eşit, adil ve objektif koşullarda vermelerine bağlıdır.⁵³

Bu çerçevede, düzenleyici ve denetleyici kurumların lisans konusunda sahip olduğu yetkileri, aşağıdaki genel başlıklar altında incelemeye çalışacağız.

4.1. Lisans Verme Yetkileri

Düzenleyici ve denetleyici kurumların görev ve yetkilerinin düzenlendiği kanunlarda, bu sektörlerde faaliyette bulunmak isteyen gerçek ve tüzel kişilerin, düzenleyici ve denetleyici kurumlardan izin veya lisans almak zorunda oldukları veya yetkilendirilmelerinin şart olduğu belirtilmektedir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun "*Kuru-*

⁵² Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, s. 38.

⁵³ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, s. 38.

luş veya Türkiye’de Şube ve Temsilcilik Açma İzni” başlıklı 6. maddesine göre, Türkiye’de bir bankanın kurulmasına veya yurt dışında kurulmuş bir bankanın Türkiye’de şube açmasına, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu izin verir. Ayrıca *“Faaliyet İzni”* başlıklı 10. maddesine göre, bankaların, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’ndan ayrıca faaliyet izni alması şarttır. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun *“Faaliyet İzni”* başlıklı 31. maddesine göre, sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunacak kurumların, Sermaye Piyasası Kurulundan izin almaları zorunludur. 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’un *“Kanal ve Frekans Bandı Tahsisi Yetkisi”* başlıklı 16. maddesine göre, kamu ve tüm özel radyo ve televizyon kuruluşlarına kanal ve frekans bandı tahsisi ile yayın izni ve lisansı vermek ve bu tahsis ve izni iptal etmek yetkisi Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’na aittir. 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un, *“Üretici tütünlerinin alımı ve satımı, tütün mamulleri üretimi, tütün ve tütün mamulleri ticareti”* başlıklı 6. maddesine göre, Türkiye’de tütün mamullerini üretmek ve satmak isteyenler, Kurum’dan üretim, satış ve/veya uygunluk belgesi almak zorundadırlar. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun *“Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Yetkilendirilmesi”* başlıklı 8. maddesine göre, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nca yapılacak yetkilendirmeyi müteakip, elektronik haberleşme hizmeti verilebileceği ve/veya elektronik haberleşme şebekesi veya alt yapısı kurulup işletilebileceği düzenlenmiştir. 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun *“Elektrik Piyasası Faaliyetleri”*’ni düzenleyen 2. maddesinde, piyasada, Elektrik Piyasası Kanunu hükümleri uyarınca lisans almak koşuluyla yerine getirilebilecek faaliyetler ve faaliyet gösterebilecek tüzel kişiler düzenlenmiştir.

4628 sayılı Kanun’da olduğu gibi, bazı hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde, imtiyaz yada özel hukuk sözleşmesi biçimindeki sözleşme yöntemi terk edilerek, bu hizmetlerin özel kişilere gördürülmesinde lisans yöntemi benimsenmiştir. Piyasada faaliyette bulunacak tüzel kişiler, faaliyetlerine başlamadan önce, her bir faaliyet için ve söz konusu faaliyeti birden fazla tesiste yürütecek olması halinde, her bir tesis için ayrı ayrı lisans almak zorundadır.⁵⁴ Yalnızca kendi

⁵⁴ Günday, a. g. e., s. 326.

ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla bazı faaliyette bulunacak kişiler, örneğin yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı, kurulu gücü azami ikiyüz kilovatlık üretim tesisi ile mikro kojenerasyon tesisi kuran gerçek ve tüzel kişiler, lisans alma ve şirket kurma yükümlülüğünden muaf-tırlar.

Yukarıda belirtilen kanun maddelerinden de görüleceği üzere, düzenleyici ve denetleyici kurumlar, sektörde faaliyette bulunmak isteyen gerçek ve tüzel kişilere ruhsat, lisans, yetkilendirme veya genel izin verirler. Alınması gereken lisanslar, idare hukuku bakımından faaliyet ruhsatı niteliğinde, tek taraflı idari işlemdir.⁵⁵ Düzenleyici ve denetleyici kurum bulunan sektörlerde faaliyette bulunmak isteyen gerçek ve tüzel kişilerin, bu kurumlardan lisans veya izin almadan veya yetkilendirme yapılmadan faaliyette bulunmaları mümkün değildir.

4.2. Lisans Şartlarını Belirleme Yetkileri

Düzenleyici ve denetleyici kurumlarla ilgili kanunlarda ve bu kanunlar çerçevesinde verilen yetki uyarınca çıkarılan çeşitli yönetmeliklerde kurumların verdiği lisans ve izinlere ilişkin usul ve esaslar, lisansların genel şartları, lisans türleri, lisans başvurularında aranacak şartlar, lisansların iptali gibi hususlar düzenlenmiştir. Bu hususların ayrıntılı olarak düzenlenebilmesi amacıyla, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Radyo ve Televizyon Kuruluşları Kanal veya Frekans Tahsisi Şartları ve Bunlara İlişkin İhale Usulleri İle Yayın Lisansı ve İzni Yönetmeliği çıkarılmıştır.

Anayasa'nın "Yönetmelikler" başlıklı 124. maddesine göre, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, kamu tüzel kişiliğini haiz oldukları için, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak

⁵⁵ Hasan Karakılıç, *Hukuki Açıdan Elektrik Piyasası*, Güncel Yayınevi, İzmir 2006, s. 97.

şartıyla yönetmelik çıkartabilirler. Bununla beraber, bu yönetmeliklerde, kanunlarda yer alan hak sağlayıcı düzenlemelerin yönetmelikle kaldırılmaması veya daraltılmaması ve kanunlarda öngörülmeyen yasaklayıcı ve sınırlayıcı düzenlemelere yer verilmemesi gerekir.⁵⁶ Yönetmelik ile dayanağı olan kanunda yer almayan ya da öngörülmeyen hususların düzenlenmesi ya da kanunun çizdiği sınırları aşan düzenlemeler getirilmesi mümkün değildir.⁵⁷

Nitekim Danıştay, 13. Dairesi, 25.12.2006 tarih ve E.: 2005/9375, K.: 2006/4919 sayılı kararında, Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından, 31.12.2002 tarih ve 24980 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren, Tütün Mamulleri, Alkol ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmeliğin, 24.08.2005 tarih ve 25916 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan Yönetmeliğin 7. maddesiyle değiştirilen, 15. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan, "... Kurum gerek gördüğü hallerde yazılı uyarı yapmaksızın doğrudan satış belgesinin askıya alınması veya iptaline karar verebilir." hükmünü, Kurum tarafından, gerek görüldüğü hallerde yazılı uyarı yapmaksızın doğrudan satış belgesinin askıya alınması veya iptaline karar verilebilmesinin idari yaptırım teşkil ettiği, suç ve cezalar, Anayasa'ya uygun olarak yasayla konulabileceğinden, bir hukuk devletinde, cezai niteliği haiz olan idarî yaptırımın da dayanağının yasayla düzenlenmesi gerekli bulunduğu, Kanun'da adli kovuşturmalara ilgili olarak suç ve cezalar belirlenmesine karşın, Kurum'a idari yaptırım uygulama konusunda bir yetki verilmediği, idarenin yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi düzenleme yetkisi çerçevesinde bu konuda kural koymasının hukuk devleti ilkesine uygun düşmeyeceği gerekçesiyle iptal etmiştir.⁵⁸

Danıştay 13. Dairesi, 28.06.2005 tarih ve E.: 2005/63, K.: 2005/3312 sayılı başka bir kararında da, dosyadaki belgelerin eksik bulunması halinde, aynı amaçla bir sonraki başvurunun, altı ay sonra yapılabileceği yolundaki, Alkol ve Alkollü İçki Tesislerinin Haiz Olmaları Gere-

⁵⁶ Atay, *a. g. e.*, s. 64.

⁵⁷ Akyılmaz vd., *a. g. e.*, s. 70.

⁵⁸ http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=idari_yaptirim&ozet=metin&dokid=30182, 04.02.2010.

ken Teknik Şartlar, Kurulmaları, İşletmeleri ve Denetlenmelerine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'teki düzenlemenin, kanunlarda yer almayan bir kısıtlama getirdiği, ayrıca düzenlemenin eksik belgeler arasında ayırım yapmaksızın herhangi bir belgesi eksik olanla birden fazla belgesi eksik olan firmaları aynı muameleye tâbi tutarak eşitsizliğe yol açtığı, bir sonraki başvurunun neden altı ay sonra yapılabileceği hususunda da bir açıklama getirilmediği, bu nedenle Yönetmeliğin 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "... aynı amaçla bir sonraki başvuru altı ay sonra yapılabilir." hükmünde hukuka uyarlık görmeyerek iptal etmiştir.⁵⁹

Danıştay kararlarından da görüleceği üzere, düzenleyici ve denetleyici kurumlar lisans şartlarını belirlerken, kanunlarda belirlenen çerçevede hareket etmeli, ayrıntıyı düzenleyecekleri yönetmeliklerde Anayasa'nın 124. maddesine uygun davranarak, kanunlarda olmayan yeni şartlar getirmemeli, kanunlarda verilen hakları sınırlayıcı hükümlere ve kanunun çizdiği sınırları aşan düzenlemelere yer verilmemelidir. Aksi takdirde yapılan düzenlemeler hukuka aykırı olacaktır.

Ayrıca burada dikkat edilmesi gereken bir başka husus da, mevzuat ile lisans şartlarının sık sık değiştirilmemesidir. Mevzuatta yapılacak sık değişiklikler, sektörde faaliyette bulunmak isteyen kişileri ve sektördeki yatırımları olumsuz etkilemekte, dolayısıyla da sektörün gelişmesini engellemektedir. Mevzuatta yapılacak sık değişikliklerin sektörü olumsuz etkileme ihtimali bulunmasına rağmen, düzenleyici ve denetleyici kurumların bazı yönetmeliklerde birçok kez değişikliğe gittiği gözlemlenmektedir. Örneğin, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından 4.8.2002 tarih ve 24836 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin, 2002 yılından 2010 yılına kadar 35 defa değiştirildiği görülmektedir.⁶⁰ Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde yapılan bu değişiklikler, bir yandan sektördeki hızlı değişimin bir göstergesi olarak nitelendirilebilirken, diğer yandan da iyice düşündükten sonra kararlar alıp uygulaması gereken bu kurumların aslında pek de öyle olmadığını bir göstergesi olarak da görülebilir. Bu nedenle, bu türlü mevzuatlar hazırla-

⁵⁹ http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=ruhsat&ozet=metin&dokid=26122, 12.02.2010.

⁶⁰ <http://www.epdk.gov.tr/mevzuat/yonetmelik/elektriklisans.htm>, 28.01.2010.

nırken ilgili tüm birimlerinin görüşleri alınmalı, üzerinde detaylı olarak düşünülmeli ve daha sonra da, hukuki istikrarın da sağlanması amacıyla, değişiklikler mümkün olduğu kadar az yapılmalıdır.

4.3. Yaptırım Uygulama Yetkileri

İdari yaptırımlar, idari düzeni korumaya yönelik, önleyicilik ve zorlayıcılık özellikleri olan, uygulanırken belli bir kişiyi hedef alan, idari usullerle ve idarece tatbik edilen, cezai yaptırımlardan farklı, yasal bir dayanağı olması gereken yaptırımlardır.⁶¹ Düzenleyici ve denetleyici kurumların sahip olduğu en önemli yetkilerden bir tanesi, sektörde faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişilere idari yaptırım uygulayabilme yetkisidir. Bu kurumların özgün niteliklerini en fazla ön plana çıkaran özellikleri, yaptırım uygulama yetkileridir.⁶² Pazar ekonomisi, iletişim gibi kamusal yaşamın duyarlı alanlarındaki eylemler üzerindeki yoğun baskıların giderilmesi,⁶³ yürütülen hizmetlerin kamu hizmeti gereklerine uygun olarak yerine getirilebilmesi için, düzenleyici ve denetleyici kurumlara yaptırım uygulama yetkileri tanınmaktadır. Bu kurumların, sektörde faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişilerin lisanslara veya yetkilendirilmelerine uygun davranıp davranmadığını kontrol ve aykırı davranışlara karşı idari para cezası uygulama, geçici faaliyete durdurma ve lisans iptali gibi, idari yaptırım yetkileri vardır.

Diğer ülkelerdeki düzenleyici ve denetleyici kurumların da benzer yetkileri vardır. Örneğin, Fransız Anayasa Konseyi, verilecek cezanın özgürlükten yoksun bırakmayı içermemesi ve ceza verme yetkisini kullanma, Anayasal hak ve özgürlükleri koruyacak önlemlerle sınırlandırılmış olması durumunda, düzenleyici ve denetleyici kurumlara yaptırım uygulama yetkisi verilebileceğini söylemektedir.⁶⁴ Fransız Anayasa Konseyi, düzenleyici ve denetleyici kurumların para cezası verme ve ruhsatları geri alma yetkilerine, onun kanun tarafından

⁶¹ Ramazan Çağlayan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, Asil Yayın, Ankara 2006, s. 23-4.

⁶² Turgut Tan, "Bağımsız İdari Otoriteler", *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, Ankara Ocak 2000, Sayı 4, s.11.

⁶³ Müslüm Akıncı, *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, Beta Yayınları, İstanbul 1999, s. 139.

⁶⁴ Akıncı, *a. g. e.*, s. 140.

öngörülen şekilde faaliyet göstermesi halinde müsaade edilebileceğine karar vererek,⁶⁵ idari yaptırım yetkisinin, suçların ve cezaların kanuniliği, cezaların zorunluluğu, cezaların geriye yürümezliği, savunma haklarına saygı ve suçun ceza ile orantılılığı ilkelerini içermesi gerektiğini belirtmektedir.⁶⁶

Ülkemizdeki, düzenleyici ve denetleyici kurumların müeyyide uygulama yetkilerine bakacak olursak, ilgili kanunlarda ve yönetmeliklerde uygulanacak müeyyidelerin neler olduğu ve bu müeyyidelerin hangi şartlarda uygulanacağı hususları düzenlenmektedir.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un "*Müeyyideler*" başlıklı altıncı bölümünün "*Uyarı, Para Cezası, Durdurma ve İptal*" başlıklı 33. maddesinde, öngörülen yükümlülükleri yerine getirmeyen, izin şartlarını ihlâl eden, yayın ilkelerine ve Kanun'da belirtilen diğer esaslara aykırı yayın yapan özel radyo ve televizyon kuruluşlarına uyarı cezası, aykırılığın tekrarı hâlinde yayın durdurma ve para cezaları verileceği ve hangi hallerde lisans iptalinin söz konusu olacağı düzenlenmektedir.

4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un "*Cezai Hükümler*" başlıklı 8. maddesinde, tütün, tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkiler piyasasında mal veya hizmet üreten, işleyen, ihraç veya ithal eden, pazarlayan, alan veya satan gerçek ve tüzel kişilere uygulanabilecek idarî yaptırımlar düzenlenmektedir.

Yine 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun "*İdari Para Cezaları*" başlıklı 19. maddesinde, lisans almaksızın lisansa tabi faaliyetlerin yapılmasının sorumlulara altıyüzbin Türk Lirası idarî para cezası verilmesine, lisans almaksızın hak konusu yapılan tesislerin yapımına veya işletimine başlanması ile bunlar üzerinde tasarruf hakkı doğuracak işlemlerin yapılmasının sorumlulara ikiyüzellibin Türk Lirası idarî para cezası verilmesine neden olacağı, ayrıca, idarî para cezalarının veya idarî yaptırımların uygulanmasının, Kanunun diğer hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturmayacağı ve Kanuna göre verilen ceza ve

⁶⁵ Yunus Yılmaz, "Fransa'da Bağımsız İdari Otoriteler", http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=66, 15.04.2009.

⁶⁶ Akıncı, *a. g. e.*, s. 140.

tedbirlerin diğer kanunlar gereği yapılacak işlemleri engellemeyeceği hususları düzenlenmektedir.

Petrol Piyasası Kanunu'nda yukarıda belirtilen yetkiye dayanılarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından verilmiş çeşitli idari para cezaları vardır. Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu 19. maddenin uygulanmasında önaraştırma ve soruşturma yapmadan idari para cezası verebilmektedir. Bu idari para cezalarına karşı açılmış olan davalarla ilgi olarak verilen kararlarda, Danıştay süresi içerisinde lisans almaksızın faaliyette bulunan işletmelere verilen para cezalarının hukuka uygun olduğunu ifade etmektedir. Danıştay, süresi içerisinde yapılan başvurunun, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nca, nüfus cüzdanı sureti, istasyonun inşaat ruhsatı, ticaret sicil kaydı ile bayilik sözleşmesinin eksik olduğundan bahisle eksik evrak bildirimini yapıldığı tarihten sonra kesilen cezayı mevzuata aykırı görmemiştir. Bayilik lisansının olmadığından bahisle kesilen idari para cezasının hukuka uygun olmadığını ileri sürerek açılan iptal davasında, Danıştay 13. Dairesi, 20.11.2006 tarih ve E.: 2005/9730, K.: 2006/4394 sayılı kararında *"...yasa koyucunun, akaryakıt dağıtımını, taşınması ve bayilik faaliyetlerinin yapılması için lisans alma zorunluluğunu getirdiği ve lisanssız faaliyet halinde idarî para cezası verilmesini öngördüğü tartışmasızdır. ... davacının mevzuatta öngörülen süre içerisinde lisans almaksızın akaryakıt piyasasında faaliyette bulunduğu ve bu hususun yetkililerce tutanakla tespit edilip mühürleme işlemi yapıldığı anlaşılmakta olup; davacının lisansa tabi olan bu faaliyeti nedeniyle lisans almaksızın faaliyette bulunduğu açık olduğundan, dava konusu idari para cezasında mevzuata aykırılık bulunmamaktadır."*⁶⁷ hükmünü vermektedir. Dolayısıyla, lisans başvurusunda bulunacak gerçek ve tüzel kişilerin, lisans başvurusunda kendilerinden istenilen bütün belgelerle birlikte ilgili düzenleyici ve denetleyici kuruma başvurmaları gerekir. Aksi halde lisans başvuruları eksik belge nedeniyle reddedilecek, lisanssız olarak faaliyette bulunmaları ve bu durumun tespit edilmesi halinde de idari para cezası ile karşı karşıya kalacaklardır.

Benzer bir davada, Danıştay 13. Dairesi, 13.10.2008 tarih ve E.: 2007/6239, K.: 2008/6757 sayılı kararında, lisanssız piyasa faaliyetinde bulunduğu saptandığı anlaşıldığından, davacı hakkında, ida-

⁶⁷ http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=enerji&ozet=metin&dokid=28070, 28.01.2010.

ri para cezası uygulanmasına ilişkin olarak verilen Kurul kararında mevzuata aykırılık bulunmadığını belirtmektedir. Bu davada, bir üye, Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasasında Yapılacak Denetimler İle Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 25. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan, ihbar veya şikayet üzerine ya da yapılan denetimler sırasında lisansa tabi bir piyasa faaliyetinin lisans alınmaksızın yapılmakta olduğunun tespit edilmesi halinde, herhangi bir ön araştırma veya soruşturma yapmaya ya da savunma almaya gerek olmaksızın Kurul tarafından Kanun'un 16. maddesi hükümlerinin uygulanacağına hükme bağlanmasını, Anayasa'nın "*Hak Arama Hürriyeti*" başlıklı 36. maddesinde yer alan, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu hükmü ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "*Adil Yargılanma Hakkı*" başlıklı 6. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, her sanığın en azından kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edileceği, savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olacağı kuralına, evrensel düzeydeki normlar uyarınca kendisine bir suç yöneltilen ve buna bağlı olarak hakkında yaptırım uygulanacak herkese gerekli zaman ve olanaklar tanınarak savunma yapmasının, evrensel bir insan hakkı olması nedeniyle bir ceza uygulamasından önce ilgililere savunma hakkı tanımayan bir düzenlemenin hukuka uygun olmayacağı gerekçesiyle karara katılmamıştır.⁶⁸

Bazı kanunlarda düzenleyici ve denetleyici kurumların gerçek ve tüzel kişilere savunma aldıktan sonra idari para cezası verebilecekleri düzenlenmiştir. Örneğin, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun "*Savunma Hakkı ve Kapatma Kararı*" başlıklı 149. maddesinde, idari para cezalarının uygulanıp uygulanmayacağına ilgilinin savunması alındıktan sonra karar verileceği hükme bağlanmıştır. Yine 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un "*Uyarı, Para Cezası, Durdurma ve İptal*" başlıklı 33. maddesine göre, uyarı cezasını gerektiren hâller dışındaki ihlallerde ilgili tarafın savunması alın-

⁶⁸ http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=lisans&ozet=metin&dokid=32489, 29.01.2010.

rak ceza verilebilir. Bu durumlarda savunma almadan verilecek idari para cezaları hukuka aykırı olacaktır. Bazı düzenleyici ve denetleyici kurumlarda ise, yukarıda belirtilen Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasasında Yapılacak Denetimler İle Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te olduğu gibi, faaliyetin lisans alınmaksızın yapılmakta olduğunun tespit edilmesi halinde, herhangi bir ön araştırma veya soruşturma yapmaya ya da savunma almaya gerek olmaksızın idari para cezası verilebileceği düzenlenmektedir. İdari yaptırımlarda savunma hakkı, ilgili mevzuatta öngörülme de, yargı içtihatlarında genel kabul gören bir haktır. İdarenin herhangi bir kişi hakkında idari yaptırım uygulayabilmesi için ilgilinin önceden savunmasının alınması hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul edilmektedir.⁶⁹ Savunma hakkı idari yaptırımların uygulanmasında kabul edilen genel ilkelerden birisidir. Bu nedenle, düzenleyici ve denetleyici kurumların savunma almadan idari para cezası verebileceği şeklindeki düzenlemeler yerinde bir uygulama değildir. Bu şekildeki düzenlemeler değiştirilmelidir.

Bir başka sorun da, Kurum'un önaraştırma ve soruşturma kararlarının idari yargıda dava konusu yapıp yapılamayacağına ilişkindir. Rekabet Kurulu'nun soruşturma açılması kararının kesin ve yürütülebilir niteliğinin bulunduğu ve iptal davasına konu olabileceği ile ilgili olarak açılan davada, Danıştay 13. Dairesi, 16.03.2007 tarih ve E.: 2005/6715, K.: 2007/1416 sayılı kararında, idari davaya konu edilebilecek nitelikleri taşımayan, soruşturma açılmasına yönelik dava konusu Kurul kararının, kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığı, buna karşılık nihaî kararın tesisine yönelik hazırlayıcı işlem olduğu sonucuna ulaşıldığı, bu duruma göre 2577 sayılı Kanun'da yer alan yasal düzenleme karşısında, idari davaya konu edilebilecek nitelikleri taşımayan, soruşturma açılmasına yönelik dava konusu Rekabet Kurulu kararının iptali isteminin esasının incelenmesi olanağı bulunmadığı hükmüne varmıştır.⁷⁰ Önaraştırma ve soruşturma kararları kesin ve yürütülebilir işlemler olmayıp, nihai kararın tesisine yönelik hazırlayıcı işlemlerdir. Yapılacak önaraştırma ve soruşturma neticesinde bir idari yap-

⁶⁹ Mustafa Karabulut, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 39-42.

⁷⁰ http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=iptal%20davasi&ozet=metin&dokid=31262 04.02.2010.

tırım uygulanıp uygulanmayacağına karar verilecektir. Bu nedenle, önaraştırma ve soruşturma kararlarının iptal davasına konu edilememesi yönündeki Danıştay kararının yerinde olduğu düşünülmektedir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, idari yaptırım uygulama yetkilerini varsayımlarla değil, hukuk devleti ilkelerine göre, yeterli tespite dayalı ve hukuken geçerli bilgi ve belgelere dayanarak vermedirler. Bu konu ile ilgili olarak, Danıştay 13. Dairesi 20.11.2007 tarih ve E.: 2005/9752, K.: 2006/4387 sayılı kararında “...mühürleme tarihi itibarıyla davacının bir yıl süreli bayilik lisansının olduğu, bu tarihten önce lisanssız olarak faaliyette bulunduğu yolunda, davalı idarece hukuken geçerli bir bilgi ve belge sunulmadığı göz önüne alındığında, davacının, 5015 sayılı Kanunda düzenlenen ve lisans almak için son gün olan 20.03.2005 tarihinden lisansı aldığı tarihe kadar faaliyette bulunduğu varsayımıyla, yeterli tespite dayalı olmadan 13.10.2005 tarih ve 563/503 sayılı Kurul kararı ile verilen idarî para cezasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”⁷¹ diyerek, hukuken geçerli bir bilgi ve belge sunulmaması nedeniyle Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu’nun vermiş olduğu idari para cezasını iptal etmiştir. Burada üzerinde durulması gereken bir başka husus da, Petrol Piyasası Kanunu’nun 19. maddesinde belirlenen idari para cezalarıdır. Bu maddedeki idari para cezaları maktu olarak belirlenmiştir. Maddede belirlenen maktu cezaların yerinde bir uygulama olmadığı düşünülmektedir. Fazla gelişmemiş, nüfus yoğunluğu az bir ilçedeki akaryakıt bayisine verilecek ceza ile gelişmiş, nüfus yoğunluğunun çok fazla olduğu, büyükşehir statüsündeki bir ildeki akaryakıt bayisine verilecek cezanın aynı olması yerinde bir uygulama olmadığı gibi, aynı zamanda Anayasa’nın 10. maddesinde ifade edilen eşitlik ilkesine de aykırı olabilecektir. Eşitlik, eşit olanlara eşit oldukları nispette eşit hükümler uygulanmasını gerektirirken, eşit olmayanlara da eşit olmadıkları nispette eşit olmayan hükümlerin uygulanmasını gerektirir. Bu ilkeyle kişilere veya kimi topluluklara, aynı durumda bulunanlardan daha çok veya daha geniş hak ve yetkiler tanımak yasaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin birçok kararında, herkese her zaman aynı kuralların uygulanamayacağı, haklı bir nedene dayanılarak farklı kuralların uygulanmasının yasa önünde eşitlik ilkesini zede-

⁷¹ http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=lisans&ozet=metin&dokid=28069, 29.01.2010.

lemeyeceği belirtilmiştir.⁷² Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunanlar kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez."⁷³ Bu nedenle, burada belirlenen maktu cezaların, nispi cezaya dönüştürülmesi, örneğin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "idari para cezaları"nı düzenleyen 16. maddesinde olduğu gibi, tüzel kişilere yıllık gayri safi gelirlerinin belirli bir oranında idari para cezası uygulanması, ceza adaletinin sağlanması bakımından daha uygun olacaktır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların uygulayabilecekleri bir başka müeyyide de geçici olarak faaliyet durdurma ve lisans iptali gibi idari yaptırımlardır. 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun "İdari Yaptırımlar" başlıklı 20. maddesine göre, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun ön araştırma veya soruşturma başlatma, aykırılıkların giderilmesini isteme, tüzel kişinin faaliyetlerini otuz günden az yüzseksen günden çok olmamak üzere geçici olarak durdurma ve lisans iptali gibi yetkileri vardır. Bu maddedeki idari yaptırımların uygulanabilmesi için, önaraştırma veya soruşturma başlatılması şartı vardır. Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun bu maddeye göre idari yaptırım uygulayabilmesi için önaraştırma ve soruşturma başlatması gerekir. Benzer bir şekilde, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da da rekabet ihlalinin saptanabilmesi için idari bir usul öngörülmektedir. Bu tür durumlarda kanunda öngörülen biçimde inceleme ve araştırma yapılması zorunludur. Aksi halde verilecek karar hukuka aykırı olacaktır.

⁷² <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1996/K1996-04.htm>, 28.01.2010.

⁷³ http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2676&content=25.02.2010.

Yine idarenin kanuniliği ilkesinin bir gereği olarak, idare ancak kanunda belirtilen idari yaptırımları uygulayabilir. İdarî yaptırımın kanunla düzenlenmesinin gerekli olması sebebiyle, kanunda belirtilenlerden başka bir idari yaptırım uygulanamaz. Anayasa'nın "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar" başlıklı 38. maddesinin üçüncü fıkrasında, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulabileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle, idari yaptırımlara ilişkin olarak çıkarılacak yönetmeliklerde bu hususa riayet edilmelidir. Tütün Mamulleri, Alkol ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı İle Satış Belgelerine İlişkin Yönetmeliğin 16. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "...satış belgesi bedeli..." ibarelerinin yasal dayanağı bulunmadığı iddiasıyla açılan davada, Danıştay 13. Dairesi, 28.06.2005 tarih ve E.: 2005/1034, K.: 2005/3309 sayılı kararında, "cezanın hesaplanmasında ruhsat harcının esas alınacağı belirtilmiş, satış belgesi bedelinden söz edilmemiştir. ... Yönetmelikte yer alan satış belgesi almadan satış yapanların, satış belgesi bedelinin on katı tutarında ağır para cezası ile cezalandırılacağına ilişkin hüküm, Anayasada yer alan cezaların yasallığı ilkesine de aykırıdır. Bu durumda Yönetmeliğin 16. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "...satış belgesi bedeli..." ibarelerinin yasal dayanağı bulunmamaktadır. Yönetmeliğin 16. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "...satış belgesi bedeli..." ibarelerinin iptaline"⁷⁴ karar vermiştir.

Verilecek idari para cezaları kesinleşmeden, idari para cezalarında gerçek veya tüzel kişi lehine yapılacak değişiklikler, gerçek ve tüzel kişilere uyarlanarak, idari para cezası azaltılmışsa azaltılan miktara göre idari para cezası verilmeli, fiile verilen idari para cezası ortadan kaldırılması ise verilen ceza da ortadan kaldırılmalıdır. Danıştay 13. Dairesi, 08.02.2006 tarih ve E.: 2005/7409, K.: 2006/889 sayılı kararıyla, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 10. maddesi gereğince Rekabet Kurumu'na bildirilmiş olması gereken sözleşmenin bildirilmemesi nedeniyle, Kanunun 16. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca idarî para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 25.11.2004 tarih ve 04-73/1066-265 sayılı kararının davacıya ilişkin kısmının iptali istemiyle açılan davada, Kanunun 16. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca anlaşmaların süresi içinde bildirilme-

⁷⁴ http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=ruhsat&ozet=metin&dokid=26118, 12.02.2010.

mesi halinde idarî para cezası verileceği hükmünün, 02.07.2005 günü, 5388 sayılı Kanun'la 4054 sayılı Kanun'un 10. ve 16. maddelerinde değişiklik yapılarak, 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirilmesi zorunluluğu ve bildirim yapılması nedeniyle idari para cezası verilmesini öngören kuralların yürürlükten kaldırıldığı, dolayısıyla, ihlâlin gerçekleştirildiği zaman yürürlükte bulunan kanun hükmünün, anılan değişiklikte yürürlükten kaldırılarak idari para cezasına konu edilen eylemin rekabet ihlâli olmaktan çıkarıldığı, idari para cezalarında, ceza verilmesinin dayanağı kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerektiği, bu durumda, yeni hukuki duruma göre rekabet ihlâli olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan bildirim yapılmaması eyleminden dolayı davacıya idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu kararında hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle, 25.11.2004 tarih ve 04-73/1066-265 sayılı Rekabet Kurulu kararının davacıya idarî para cezası verilmesine ilişkin kısmını iptal etmiştir.⁷⁵

Genel olarak lisans şartlarına uymamaya uygulanabilecek yaptırımlar, kişiler ve şirketler açısından ticari hayatlarının sona ermesine yol açabilecek, adli ve idari para cezasına çarptırılma hatta hapis cezası alma gibi ağır sonuçlar doğurabilecektir. Bu nedenle, düzenleyici ve denetleyici kurumlara kanunlarla verilen yetkiler, yine kanunlarla belirlenen çerçevede ve gerekçelerle, hukuk devleti ilkesine uygun kullanılmalıdır.

4.4. Bedel İsteme Yetkileri

Düzenleyici ve denetleyici kurumların verdikleri lisanslarla ilgili olarak Kanunda öngörülmesi halinde ilgili gerçek ve tüzel kişilerden belirli bedel istemelerinde her hangi bir hukuka aykırılık söz konusu olmaz. Örneğin, 5307 sayılı, Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5/C maddesinin (e) bendinde, *"LPG piyasasında lisans ve lisanslarla ilgili işlem bedellerini belirlemek"* görevi Enerji Piyasası Dü-

⁷⁵ http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=idari&ozet=metin&dokid=28493, 10.02.2010.

zenleme Kurulu'na verilmiştir. Görüldüğü üzere, bu maddeye dayanarak lisans bedeli alınması ve lisans sahiplerinin ödeyecekleri katılma paylarının belirlenmesi konusunda düzenleme yapılması Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun yetkisindedir.

Diğer düzenleyici ve denetleyici kurumların kanunlarında da verilecek lisanslardan ücret alınması hususu düzenlenmektedir. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun "Yetkilendirme Ücreti" başlıklı 11. maddesinde, yetkilendirme ücretinin, idarî ücretler ve kullanım hakkı ücretlerinden oluşacağı düzenlenmiştir. 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un "Kurumun Gelir ve Giderleri ile Denetimi" başlıklı 5. maddesine göre, tescil, izin ve ruhsat harçları Kurum'un gelirleri arasında sayılmış, Kanun'un "Kurulun Çalışma Esasları, Görev ve Yetkileri" başlıklı 3. maddesinde, satış ve uygunluk belgesi başına alınacak tutarların tespiti ile tescil, izin ve ruhsat harçlarının Kurum tarafından tahsiline ilişkin işlemleri yürütmenin Kurul'un görevleri arasında olduğu belirtilmiştir. 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un "Görev ve Yetkiler" başlıklı 8. maddesinde, anal ve frekans bandı tahsisinde gerekli şartları ve tahsis hakkı alanların yayına geçme süresini ve radyo ve televizyon istasyonu kuranların ödeyecekleri yayın izni ve lisans ücretlerini ilgili yönetmeliklerle belirlemenin Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun görevleri arasında olduğu ifade edilmiştir.

Kanunlarda öngörülmesi halinde, düzenleyici ve denetleyici kurumların lisanslardan ve izinlerden bedel talep etmesi mümkün iken, kanunlarda öngörülme-yen her hangi bir ücreti talep etmeleri de söz konusu olamaz. 28 Mart 2002 tarihli ve 24709 sayılı *Resmî Gazete*'de yayınlanan Kablololu Yayın Lisans ve İzin Yönetmeliğinde, aynı hak için iki ayrı bedel talep edilmesinin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenildiği davada, Danıştay 13. Dairesi, 24.01.2006 tarih ve E.: 2005/75, K.: 2006/474 sayılı kararında, Kanunun bazı maddelerinde yer alan "yayın izni ve lisans" ifadelerinin bu çerçevede bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği, bu nedenle, yapay bir ayırım yaparak "yayın izni" ve "lisansa" ayrı ayrı ücretler alınmasının, yürütülen tek hizmete karşılık mükerrer ücret alınması sonucunu doğuracağı, bunun da idarenin kamu hizmetini yürütürken, hizmetten yararlananlara getirilen adil olmayan bir yükümlülük niteliği taşıması nedeniyle hukuksal

dayanağı bulunmadığı, lisans ücreti ve yayın izni ücretini iki ayrı ücret olarak düzenleyen Yönetmeliğin ilgili maddelerini, Kanunun amacı ve düzenleniş biçimine ve hizmet gereklerine uyarlık bulunmadığı, dolayısıyla Yönetmeliğin diğer maddelerinin de hukuki dayanağını yitirdiği, gerekçesiyle iptal etmiştir.⁷⁶

Düzenleyici ve denetleyici kurumların en önemli görevleri ilgili sektörde düzenleme ve denetleme yapmaktır. Yerine getirdikleri hizmet bir kamu hizmetidir. Acaba düzenleyici ve denetleyici kurumlar, yaptıkları veya yaptırdıkları denetimlerin bedellerinin ilgili lisans sahibi tarafından karşılanmasını talep edebilirler mi? Kamu hizmetlerinin bedeli aslında bütün toplum tarafından ödenmektedir. Kural olarak kamu hizmetleri ücret ödenmeyen hizmetlerdir. Bununla beraber iktisadi ve ticari mahiyetteki kamu hizmetleri söz konusu olduğunda, idare hizmetten yararlananlardan bir bedel talep edebilir. Bu durumda da talep edilecek ücret, kamu hizmetinin sürekliliğini sağlamaya yönelik olması gerekli olup, kar elde etme amacıyla bu yetki kullanılamaz.⁷⁷ Kamu hizmetinin yürütülmesinde ücret talep edilebilmesi de, ancak yasal bir düzenleme söz konusu olduğunda olabilir. Yasal bir düzenleme olmadıkça kamu hizmeti ile ilgili olarak şahıslardan bir bedel istenmesi kamu hizmeti kavramına uygun düşmez ve hukuka aykırı olur.

Nitekim Danıştay, 28.2.2003 tarih ve 25034 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 21. maddesinde yer alan, "*Kurul, lisans sahibi tüzel kişinin faaliyet ve uygulamaları ile işlem, hesap ve mali tablolarının bağımsız denetim kuruluşları ve/veya teknik denetim yapabilecek kişi veya kuruluşlar vasıtasıyla denetlenmesini kararlaştırabilir. Bu tür denetim hizmetlerinin bedeli ilgili lisans sahibi tüzel kişi tarafından karşılanır. Ancak, Kurulun gerek görmesi halinde, bedeli Kurumca karşılanmak kaydıyla da denetim yaptırılabilir.*" hükmü ile ilgili olarak verdiği kararda, kurumların kanunla kendilerine verilen zorunlu bir kamu hizmetinin yürütülmesinde, yasal bir düzenleme olmadıkça bu hizmetle ilgili şahıslardan bir bedel istenmesi kamu hizmeti kavramına uygun bulunmamaktadır. 4628 sayılı Kanun'un 5. maddesinin beşinci fıkrasının (j) bendinde, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin

⁷⁶ http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=yayın%20izni&ozet=metin&dokid=27496, 19.02.2010.

⁷⁷ Atay, a. g. e., s. 496.

denetlenmiş malî tablolarını incelemek veya incelettirmek Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun görevleri arasında belirlenmiş olup, davalı idarenin yapmakla yükümlü olduğu bu denetim görevi karşısında bir bedel istenmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Bu itibarla sözü edilen yönetmelik hükmünün *"Bu tür denetim hizmetlerinin bedeli ilgili lisans sahibi tüzel kişi tarafından karşılanır. Ancak, Kurulun gerek görmesi halinde, bedeli Kurumca karşılanmak kaydıyla da denetim yaptırılabilir."* şeklinde düzenlenmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varmıştır.⁷⁸

5. KAZANILMIŞ HAK SORUNU

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar tarafından gerçek ve tüzel kişilere verilen lisanslar, kurumun hatalı bir işlemi sonucu verilmişse, bu lisanslar bir süre koşuluna bağlı olmaksızın her zaman geri alınabilir. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, lisans süresi bittikten sonra, sözleşmesinin yenilenip, yenilenmemesi ve yenilenmesi durumunda kanunda belirtilen çerçeveye bağlı kalmak koşuluyla, sözleşmeye yeni koşullar koyma konusunda takdir yetkisine sahiptirler. Yine bu kurumlar, mevcut lisans şartlarında değişiklik yapabilme, lisansları iptal edebilme yetkisine sahiptirler. Bu nedenle, burada karşımıza çıkabilecek bir diğer sorun da yapılan mevzuat değişiklikleri karşısında, önceki mevzuat hükümlerine göre lisans almış olan kişilerin bu lisanslarla ilgili olarak kazanılmış bir hakları olup olmadığı sorusudur.

Kazanılmış hak, önceden yürürlükte bulunan hükümlere göre bir kişi yararına var olan bir hakkın, sonradan çıkartılan hükümlerle çiğnenememesi⁷⁹ olarak tanımlanabilir. İdari işlemde doğan bir hak, bu idari işlemin geçerliliğine son verilmesi (geri alma veya kaldırma) ve değiştirilmesi üzerine hala korunmaya devam ediyorsa *"kazanılmış hak"* kavramı söz konusudur. İdare hukuku esas olarak, bir statü hukuku olarak algılanması nedeniyle, bu hukuk dalına sübjektif değil, objektif durumların hakim olmasından ve idare hukukunun kişisel çıkar yerine toplum çıkarına (kamu yararı) öncelik vermesine dair anla-

⁷⁸ http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=enerji&ozet=metin&dokid=26750, 28.01.2010.

⁷⁹ Yılmaz, a. g. e., s. 457.

yılla bağdaştırmanın güçlüğünden olsa gerek, kazanılmış hak kavramı idare hukukunda pek kullanılmamaktadır.⁸⁰ Bununla beraber, idare hukukunda yeni bir hukuki düzenlemeyle veya mevcut düzenleme yapılan bir değişiklik sonucu, bu kapsama giren kişi veya durumlar için zorunlu ve vazgeçilmez bir şekilde fayda sağlayıcı, yararlandırıcı nitelikte hak oluşturduğu durumlarda kazanılmış haktan söz edilebilir.⁸¹ Bir başka ifade ile statüyü düzenleyen genel, soyut, sürekli, kişilik dışı kurallar, o statü içindekiler için hak olmamakla birlikte, genel kurallar, bireylere özel normlarla uygulanarak kişisel özel durumlar ortaya çıkarsa, kazanılmış hak söz konusu olabilir.⁸²

İdari yargı kararlarında da kazanılmış hak kavramından bahsedilmektedir. Örneğin, Danıştay 2. Dairesi, 23.12.2005 tarih ve E.: 2004/7942, K.: 2005/4297 sayılı kararında, *“kazanılmış hak deyimi, öğretide ve uygulamada, niteliği ve kapsamı ile açık biçimde tanımlanmamıştır. Anayasa Mahkemesi’nce de kabul edildiği üzere, ‘statü hukuku’ esasına dayalı nesnel ve düzenleyici kuralların egemen olduğu idare hukuku alanında bu tür haktan genellikle söz edilmemektedir. Burada ancak statü hukukunun olanak verdiği oranlarda ve koşullarda, genel durumun kişisel duruma dönüşmesinden sonra kazanılmış haklar ortaya çıkabilmektedir.”*⁸³ demektedir.

Yine Danıştay 10. Dairesi, 25.04.2007 tarih ve E.: 2006/5584 K.: 2007/2233 sayılı kararında kazanılmış hakkı, *“Doktrinde ve yargı içtihatlarında, kazanılmış hak, objektif bir hukuk kuralının ilgili kişi hakkında uygulanması veya uygulanacak hale gelmesi, böylece objektif ve genel hukuki durumun kişisel bir işlemle özel hukuki duruma dönüşmesi”* olarak tanımlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin 3.4.2001 tarih ve E: 1999/50, K: 2001/67 sayılı ve 11.6.2003 tarih ve E: 2001/346, K: 2003/63 sayılı kararlarında belirtildiği üzere, *“kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak haline dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir.”* Anayasa Mahkemesi’ne göre, kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için; 3.7.1986 tarih ve E: 1986/3, K: 1986/15 sayı-

⁸⁰ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, s. 181.

⁸¹ Atay, *a. g. e.*, s. 88.

⁸² Akyılmaz vd., *a. g. e.*, s. 43.

⁸³ http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=kazanilmis_hak&ozet=ozet&dokid=25570, 30.04.2009

lı kararında belirtilen *"kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın ya da borcun yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir."* ibaresinde ve 8.10.1991 tarih ve E: 1991/9, K: 1991/36 sayılı kararında yer alan, *"Ancak, kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın yeni yasadan önceki yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla eylemli biçimde elde edilmiş olması aranır."* ibaresinde ifade edildiği üzere; *"hakkın edinildiği anda yürürlükte olan kurallara uygun şekilde ve bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekmektedir."*⁸⁴ şeklinde ifade etmektedir.

İdari işlemde doğan bir hakkın kazanılmış hak olarak kabul edilip hukuken korunabilmesi için öncelikle, hakkın bireysel işlemde doğmuş olması, hak doğuran bireysel idari işlemin tesis edildiği anda geçerli olan hukuk kurallarına aykırı olmaması ve hakkın kişi açısından kesinleşmiş olması şartlarının gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Bu üç koşul birlikte gerçekleşmişse, söz konusu hakkın geçmişe ilişkin boyutu hukuken her zaman korunur.⁸⁵ Bununla beraber, idare hukukunda statünün içeriği ile ilgili olarak ileriye dönük bir kazanılmış haktan bahsedilmemektedir.⁸⁶

İdare, tek yanlı iradesi ile statüde değişiklik yapacaksa, kamu yararı ve kamu hizmeti gerekleri yanında, idari istikrar ve nefaset gibi, hukukun genel ilkelerini de gözetenek, mevcut statü içinde bulunanların haklı beklentilerini de dikkate alarak, makul bir uyum süresi tanınması ve geçiş düzenlemelerine yer vermesi hukuk devletinin gereğidir.⁸⁷ Doğrudan veya dolaylı olarak kamusal bir işlemde doğan bir hakkın teknik olarak *"kazanılmış hak"* olarak görülüp hukuken korunmaya devam edilebilmesi için her somut olayda öngörülebilirlik ve hukuki istikrar boyutları dikkate alınarak, hukuk devleti ilkesi ile kamu düzeni ve kamu hizmetlerinin gerekleri arasında bir değerlendirme yapılarak karar verilmelidir.⁸⁸ Bu nedenle, düzenleyici ve denetleyici kurumlardan lisans alan gerçek ve tüzel kişilerin, lisanslarla ilgili olarak ka-

⁸⁴ http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=kazanilmis_hak&ozet=metin&dokid=31049, 30.04.2009

⁸⁵ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, s. 191.

⁸⁶ Akyılmaz, vd., *a. g. e.*, s. 45.

⁸⁷ Akyılmaz, vd., *a. g. e.*, s. 46.

⁸⁸ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, s. 188.

zanılmış haklarından söz edebilmek için, her somut olayda öngörülebilirlik ve hukuki istikrar boyutları dikkate alınarak, hukuk devleti ilkesi ile kamu düzeni ve kamu hizmetlerinin gerekleri arasında bir değerlendirme yapılarak karar verilmeli, mevcut statü içinde bulunanların haklı beklentileri de dikkate alınarak, makul bir uyum süresi tanınarak, geçiş düzenlemelerine yer verilmelidir.

Daha önce aynı konu ile ilgili izin, ruhsat veya lisans almış olan gerçek ve tüzel kişilerin haklarının ihlal edilmemesi amacıyla, kanunlarda değişiklik yapılması sırasında, geçici maddelerde bu konular düzenlenerek soruna çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Örneğin, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun "Yetkilendirmede Geçiş Süreci" başlıklı Geçici 2. maddesinde, "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin ile yetkilendirilmiş olan işletmeciler, bu Kanun uyarınca Kuruma bildirimde bulunmuş veya gerekli olduğu durumlarda yetkilendirmelerindeki süre ile sınırlı olarak kullanım hakkı almış sayılırlar." hükmü getirilmiştir.

SONUÇ

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip, belirli sektörlerde düzenleme ve denetleme yapma üzere klasik idari örgütlenme modeli dışında kanunla kurulmuş olan kurumlardır. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, kamu hizmetleri alanının genişlemesinin sonucudur. Düzenlenmesi ve denetlenmesinin önemli bir toplumsal ihtiyaç olduğu bazı sektörlerde veya rekabete açılan sektörlerdeki teşebbüslerin faaliyetlerin düzenlenmesi ve denetlenmesi amacıyla bu kurumlar kurulmaktadır. Son yıllarda sayıları giderek artmış, önümüzdeki yıllarda posta, havayolu, demiryolu gibi sektörlerde yenilerinin de kurulması gündemde olan kurumlardır.

Yasama organı tarafından birçok düzenleyici ve denetleyici kurum kurulmuş ve bu sektörlerde faaliyette bulunmak isteyen tüzel kişilerin ancak düzenleyici ve denetleyici kurumlardan izin ve lisans almak veya yetkilendirilme suretiyle faaliyette bulunmasına izin verilmiştir. Düzenleyici ve denetleyici kurum bulunan sektörlerde faaliyette bulunmak isteyen gerçek ve tüzel kişilerin, bu kurumlardan lisans

veya izin almadan veya yetkilendirme yapılmadan faaliyette bulunmaları mümkün değildir.

Lisans yöntemi, özel kişileri kamu hizmeti yürütmeye yetkilendirmede avantajlı bir yöntemdir. Bu yöntemin avantajlı olabilmesi, lisansların hangi şartlarda ve nasıl verildiği ve düzenleyici ve denetleyici kurumların lisans konusunda sahip olduğu yetkilerin nasıl kullanıldığına bağlıdır. Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde lisans yönteminin özel kişiler tarafından cazip görülerek, bu sektörlerde yatırım yapılması, düzenleyici ve denetleyici kurumların lisansları istikrarlı ve hukuka uygun düzenlemeler çerçevesinde, objektif kurallara göre vermelerine bağlıdır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, kamu tüzel kişiliğini haiz oldukları için, Anayasa'nın 124. maddesine göre, ilgili kanunlarda verilen yetki çerçevesinde yönetmelik çıkarabilirler. Fakat çıkaracakları yönetmeliklerde, Anayasa'nın 124. maddesine uygun davranarak, lisanslarla ilgili olarak, kanunlarda olmayan yeni şartlar getirmemeli ve kanunlarda verilen hakları sınırlamamalıdır. Aksi takdirde yapılacak düzenlemeler hukuka aykırı olacaktır.

Yürürlükteki mevzuat sık sık değiştirilerek, lisans şartlarında çok sık değişiklikler yapılmamalıdır. Yapılacak sık değişiklikler, sektördeki yatırımları, dolayısıyla da sektörün gelişmesini olumsuz etkileyecektir. Bu nedenle, bu türlü mevzuatlar hazırlanırken ilgili tüm birimlerinin görüşleri alınmalı, üzerinde detaylı olarak düşünülerek hazırlanmalı ve daha sonra da değişiklikler mümkün olduğu kadar az yapılmalıdır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların sahip olduğu en önemli yetkilerden birisi sektörde faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişilere yaptırım uygulayabilme yetkileridir. Bu kurumların, sektörde faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişilerin lisanslara veya yetkilendirilmelerine uygun davranıp davranmadığını kontrol ve aykırı davranışlara karşı idari para cezası uygulama, geçici faaliyete durdurma ve lisans iptali gibi, idari yaptırım yetkileri vardır. Uygulanacak idari yaptırımlar, şirketlerin iflas etmesine veya yıllarca uğraşarak edinilmiş meslek itibarlarının bir anda yok olmasına neden olabilecek niteliktedir. Bu nedenle, uygulanacak idari yaptırımlar, hukuken geçerli bilgi ve belgelere dayanılarak, kanunlarda belirlenen çerçevede ve gerek-

çelerle, cezaların yasallığı, suç ve cezaların kanuniliği, cezaların geriye yürümezliği, savunma haklarına saygı ve suçun ceza ile orantılılığı ilkesine göre uygulanmalıdır. Uygulanan bazı idari yaptırımlarda bu hususlara riayet edilmediği, dolayısıyla da, Danıştay tarafından iptal edildiği görölmektedir.

Kanunlarda bazı idari para cezalarının maktu olarak belirlendiği görölmektedir. Belirlenen maktu cezaların yerinde bir uygulama olmadığı, maktu cezaların, nispi cezaya dönüştürülerek, tüzel kişilere yıllık gayri safi gelirlerinin belirli bir oranında idari para cezası uygulanmasına geçilmesinin, ceza adaletinin sağlanması bakımından daha uygun olacağı düşünülmektedir.

Bazı düzenleyici ve denetleyici kurumların kanunlarında, araştırma veya soruşturma yapmaya ya da savunma almaya gerek olmaksızın idari para cezası verilebileceği şeklinde düzenlemeler yer almaktadır. Savunma hakkının idari yaptırımların uygulanmasında kabul edilen genel ilkelerden birisi olması, idari yaptırım yetkisinin savunma hakkına saygıyı içermesi gerekliliği nedeniyle, düzenleyici ve denetleyici kurumların savunma almadan idari para cezası verebileceği şeklinde kanunlarda yer alan düzenlemeler değiştirilmelidir.

İdari para cezaları kesinleşmeden, idari para cezalarında gerçek veya tüzel kişi lehine yapılacak değişiklikler, idari para cezalarına uyarlanarak, lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki duruma göre idari para cezaları tespit edilmelidir. Uygulanacak idari yaptırımlarda, savunma hakkına riayet edilerek, idari yaptırım uygulanabilmesi için, önaraştırma veya soruşturma başlatılması şartı olan durumlarda, önaraştırma ve soruşturma başlatmadan idari yaptırım uygulanmamalıdır. Kanunda karar için belli bir usul öngörölmüşse, inceleme ve araştırma bu usule göre yapılmalıdır. Aksi halde karar hukuka aykırı olacaktır.

Lisanslarla ilgili olarak kanunda öngörölmeleri halinde ilgili gerçek ve tüzel kişilerden belirli bedel istemelerinde her hangi bir hukuka aykırılık söz konusu olmaz. Bununla beraber kurumlar, yasal bir düzenleme olmadıkça, kanunlarla kendilerine verilen zorunlu bir kamu hizmetinin yürütölmesiyle ilgili, örneğin yaptıkları veya yaptırdıkları denetimlerle ilgili, lisans sahibinden bedel talep edemezler.

Kamu hizmetlerinin değişkenlik ilkesi uyarınca, idare kamu hizmetlerini günün değişen koşullarına uydurarak, gerekli değişiklikleri yapmak ve kaliteyi arttırmak zorundadır. Kamu yararı amacıyla, düzenleyici ve denetleyici kurumlar, verdikleri lisansların şartlarında bazı değişiklikler yapabilir veya verilen lisansları iptal edebilirler. Kamu hizmetinin yürütülmesinin zorunlu kılması halinde kişiler lehine doğmuş olan bir takım hakları iptal eden idari işlemler yapabilirler. Bu durumda da, zarara uğrayan kişilerin tazminat hakkı söz konusu olur.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, tek yanlı iradeleri ile, lisans statülerinde değişiklik yapacaklarsa, kamu yararı ve kamu hizmeti gerekleri yanında, idari istikrar ve nefaset gibi, hukukun genel ilkelerini de gözeterek, mevcut statü içinde bulunanların haklı beklentilerini de dikkate alarak, makul bir uyum süresi tanınması ve geçiş düzenlemelerine yer vermeleri hukuk devletinin gereğidir. Yapılacak düzenlemeler, öngörülebilirlik ve hukuki istikrar boyutları da dikkate alınarak, hukuk devleti ilkesi ile kamu düzeni ve kamu hizmetlerinin gerekleri arasında bir değerlendirme içermelidir.

KAYNAKLAR

- Akıncı, Müslüm, *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, Beta Yayınları, İstanbul 1999.
- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 1. Baskı, Ankara 2009.
- Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 2006.
- Atay, Ender Ethem, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, S. 1-2, Y. 2006, s. 259-293.
- Atay, Ender Ethem, "Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO'lar): Rekabet Konseyi", *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları 6*, Ankara 2000, s. 51-106.
- Çağlayan, Ramazan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, Asil Yayın, 1. Baskı, Ankara 2006.

- Duran, Lütfi, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 30, Sayı 1, Mart 1997, s. 3-10.
- Erol, Mesut, *Doğal Tekellerin Düzenlenmesi ve Telekomünikasyon Sektöründe Düzenleyici Kurum*, DPT Yayın No: 2680, Ankara 2003.
- Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, Üçüncü Bası, İstanbul 2008.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003.
- Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, Turhan Kitabevi, Birinci Bası, Ankara 1998.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2004.
- Karabulut, Mustafa, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- Karacan, Ali İhsan, "Özerk Kurumların Özerkliği", *Rekabet Dergisi*, Sayı 8, Ankara 2001, s. 3-59.
- Karakılıç, Hasan, *Hukuki Açıdan Elektrik Piyasası*, Güncel Yayınevi, İzmir 2006.
- Özay, İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- Öztürk, Atila, *Mobil Telekomünikasyon Lisans Rejimi: Dünya Örnekleri ve Türkiye Analizi*, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2002.
- Tan, Turgut, "Bağımsız İdari Otoriteler" Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları 4, Ankara 2000, s. 3-32.
- Ulusoy, Ali, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, Birinci Bası, Ankara 2003.
- Ulusoy, Ali, "Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramı", *Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Liberte Yayınları, 1. Bası, Ankara 2001.
- Ulusoy, Ali, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, Birinci Bası, İstanbul 2004.
- Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta Yayınları, Birinci Bası, İstanbul 2009.
- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- Yılmaz, Yunus, *Fransa'da Bağımsız İdari Otoriteler*, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=66
- <http://www.anayasa.gov.tr>
- <http://www.danistay.gov.tr>

TESELSÜL KARİNESİ

PRESUMPTION OF SUCCESSION

Pınar AĞCA TOPLANDI*

Özet: Teselsül, birden çok borçlunun alacaklıya karşı aynı borcun tamamını yükümlendikleri veya birden çok alacaklının tek bir borcu istemeye haklı olduğunu gösteren durum olarak tanımlanmaktadır. Teselsül sadece yasadan ya da hukuki işlemten kaynaklanabilir. Türk hukukunda adi işler bakımından teselsül bir istisna iken, ticari işler için teselsül karinesi benimsenmektedir.

Anahtar Sözcükler: Teselsül, karine, ticari iş, müteselsil borçluluk, müteselsil alacaklı.

Abstract: Succession is defined as multiple debtors liable for the same obligation or multiple creditors have right to demand only one obligation. Succession only derives from code or legal process. In Turkish law, while succession is an exception for ordinary affairs, “presumption of succession” is accepted for commercial affairs.

Keywords: Succession, presumption, commercial affair, joint indebtedness, joint creditor.

GİRİŞ

Çalışmamızın konusu “*Teselsül Karinesi*”dir. Çalışmamızda ilk olarak teselsül kavramına değinilmekte; müteselsil borçluluk ve müteselsil alacaklılığa dair kısa açıklamalar yapılmaktadır. İkinci bölümde ise çalışmamızın asıl konusunu teşkil eden “*teselsül karinesi*” anlatılmaktadır. Teselsül karinesi, ticari bir iş dolayısıyla müştereken borç altı-

* Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı araştırma görevlisi.

na girme ve ticari bir iş dolayısıyla kefil olma bakımından incelendikten sonra, alacaklılar bakımından teselsül karinesinin kabul edilmediği hususuna değinilmektedir. Daha sonra ise teselsül karinesinin şartları anlatılmaktadır. Çalışmamızın son bölümünde, teselsül karinesinin söz konusu olduğu “*ticari iş kavramı*” ve hangi işlerin ticari iş mahiyetinde olduğu açıklanmaya çalışılmıştır. Sonuç bölümünde ise, bölümün adından da anlaşılacağı üzere, çalışmamız sırasında ulaştığımız sonuçlar ifade edilmektedir.

A. TESELSÜL KAVRAMI

Teselsül karinesini anlatmaya başlamadan önce kısaca teselsül kavramına ve müteselsil borçluluk ve alacaklılık kavramlarına değinmekte fayda olduğu kanaatindeyiz.

Teselsül kelimesinin sözlükteki karşılığı “*zincirleme*”dir.¹ Hukuk dilinde teselsül, birden çok kimsenin alacaklıya karşı aynı borcun tamamını yükümlendikleri (borç altına girdikleri) veya birden çok alacaklının tek bir borcu istemeye haklı olduğunu gösteren durum; dayanışma olarak tanımlanmaktadır.² Teselsül kavramının tanımını daha anlaşılır bir ifadeyle şu şekilde yapabiliriz: Birden çok borçlu söz konusu ise, borçlulardan her biri, borcun tamamından alacaklıya karşı sorumlu ise, fakat alacaklı edimi bir defa elde edebiliyorsa veya birden çok alacaklının varlığı halinde, alacaklılardan her biri diğerlerinden bağımsız olarak borcun tamamının ifasını isteyebiliyorsa, fakat borçlu edimi bir defa yerine getirmekle yükümlü ise, “*müteselsil borç ilişkisi*” söz konusu olur.³

Teselsül hem alacaklılar bakımından hem de borçlular bakımından söz konusu olabilir. Aynı borç ilişkisinde birden çok alacaklı ya da birden çok borçlu bulunabilir. Ancak bir borç ilişkisinde birden çok alacaklının ya da birden çok borçlunun bulunması, müteselsil borç iliş-

¹ Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, 23. Baskı, Ankara 2006.

² Ejder Yılmaz, *Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü*, Yenilenmiş 3. Baskı, Ankara 2005, s. 693.

³ Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Onsekizinci Bası, İstanbul 2006, s. 381.

kisi için yeterli değildir. Zira teselsül ancak yasadan ya da bir hukuki işlemde kaynaklanabilir.

Teselsülün tanımını bu şekilde yaptıktan sonra, kısaca “*müteselsil borçluluk*”⁴ ve “*müteselsil alacaklılık*”⁵ kavramlarını da açıklamakta fayda vardır. Müteselsil borçluluk, niteliği itibariyle bölünebilen bir edimin birden fazla borçlusundan her birinin edimin tamamını ifa etmekle yükümlü olduğu bir birlikte borçluluk türüdür. Başka bir ifadeyle, edimin bölünmesi mümkün olduğu halde, alacaklı edimin tamamının ifasını tek bir borçludan isteme hakkına sahiptir. Borç, borçlulardan biri tarafından bir defa ifa edilince, diğer borçlular için de sona ermekte ise, bu durumda borçlular arasında “*müteselsil borçluluk*” söz konusu olmaktadır.⁶ Sözleşmede yer alan, “*borcun tamamından sorumlu olarak*”, “*müteselsil olarak*” veya “*müteselsil borçlu olarak*” gibi ifadeler, müteselsil borçluluğu işaret eder.⁷

Müteselsil alacaklılık ise, birden çok alacaklının varlığı halinde, alacaklılardan her birinin borcun tamamının ifasını isteyebilmesi, ancak borçlunun alacaklılardan birine ifada bulunması halinde bütün alacaklılara karşı borcundan kurtulmasıdır. Alacaklılar arası teselsüle öğretide “*aktif teselsül*” de denilmektedir.⁸ Müteselsil alacaklılık daha çok borçlu yararınadır. Bu nedenle, borçlu taraf lehine bir durum yaratılmak isteniyorsa, alacaklılar arasında teselsül yaratılmalıdır. Kısmi alacaklılık, daha çok alacaklı yararına olduğu için, alacaklı taraf korunmak istendiği zaman, alacaklılar arası teselsül yaratılmamalı, kısmi alacaklılık tercih edilmelidir.⁹

⁴ Müteselsil borçluluğun sözlükteki karşılığı şu şekilde verilmektedir: “*Alacaklıya karşı, her biri borcun tümünden sorumlu olma yükümü altına girdiklerini bildiren birçok borçlu arasındaki ilişkidir; müteselsil borçluluk, ancak yasanın gösterdiği durumlarda olur; alacaklı, alacağının tamamını her bir borçludan isteme hakkına sahiptir.*” (Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, s. 494)

⁵ Müteselsil alacaklılığın sözlük anlamı: “*Bir alacağın birden çok kimse tarafından istenebilmesi durumunda, alacaklılar arasındaki ilişkidir, burada alacaklılardan her biri alacağın tamamını istemek hakkına sahiptir*” şeklindedir. (Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, s. 494)

⁶ Turgut Akıntürk, *Müteselsil Borçluluk*, Ankara 1971, s. 25; Rıza Ayhan, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, Ankara 1992, s. 18.

⁷ İsmail Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, I. Cilt, İstanbul 2004, s. 112.

⁸ Resioğlu, *a. g. e.*, s. 386.

⁹ Faruk Acar, *Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül*, Ankara 2003, s. 153.

B. TESELSÜL KARİNESİ

1. Genel Olarak

Türk hukukunda teselsül bakımından adi iş-ticari iş ayrımı yapılmaktadır. Bunun bir sonucu olarak da, teselsül bakımından borçlar hukuku ile ticaret hukuku hükümleri arasında önemli farklar bulunmaktadır. Borçlar hukukunda gerek borçlular arasında gerekse de alacaklılar arasında teselsül bir istisnadır; kural kısmi borçluluk ve kısmi alacaklılıktır. Başka bir deyişle teselsülün varlığı için, ya bu husus hukuki işlemde açıkça belirtilmiş olmalıdır ya da kanunda açık bir düzenleme bulunmalıdır.¹⁰

2. Ticari İşlerde Teselsül Karinesi

Borçlar hukukundaki düzenlemenin aksine Ticaret Kanunu'nun 7. maddesinde "teselsül karinesi"ne yer vermektedir. Söz konusu hükme göre: "İki veya daha fazla kimse, işlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari mahiyeti haiz bir iş dolayısıyla diğer bir kimseye karşı müştereken borç altına girerlerse, mukavelede aksi kararlaştırılmış olmadıkça müteselsilen sorumlu sayılırlar." Teselsülün, ticari hayatın gereklerine daha uygun olması sebebiyle, ticari işler bakımından teselsül karinesinin kabul edilmiş olmasının isabetli bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.¹¹ Ticari işlerde borçlular arasındaki menfaat birliği sıklıdır ve alacaklıya teminat sağlama amacı söz konusudur. Ticari hayatta işlerin süratli bir şekilde yürüebilmesi için, alacaklının kendisini güvende hissetmesi şarttır. Teselsül karinesi ile alacaklı bu güvene kavuşturulmuştur.¹² Ticari işler bakımından teselsül karinesinin benimsenmiş olmasını yeterli görmeyen kanunkoyucu, Ticaret Kanunu'nun bir çok maddesinde de ayrıca teselsüle yer vermiştir.¹³

¹⁰ Oğuz İmregün, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, XIII. Baskı, İstanbul 2005, s. 20; Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku*, Gözden Geçirilmiş IV. Baskı, İstanbul 2006, s. 44; Ayhan, *a. g. e.*, s. 18.

¹¹ Bakınız aynı görüş için, Akıntürk, *a. g. e.*, s. 142.

¹² Akıntürk, *a. g. e.*, s. 142; Acar, *a. g. e.*, s. 156; Reha Poroy / Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, X. Bası, İstanbul 2004, s. 72.

¹³ Bkz. Ticari işletmede TTK m. 65; şirketler hukukunda TTK m. 158, 301; kolektif şirketlerde TTK m. 178, 193, 224, 231; anonim şirketlerde TTK m. 305, 306, 307, 308i 336 vs.; limited şirketlerde TTK m. 527, 532; Kıymetli evrak hukukunda TTK

Müteselsil borçluluk halinde, borcun tamamı ödeninceye kadar, bütün borçlular alacaklıya karşı sorumludurlar. Müteselsil borçlulardan hiçbiri, kendi fiili ile diğer borçluların durumunu ağırlaştırılmaz. Mesela, borçlulardan birinin vadeyi kısaltması ya da faiz oranını artırması, diğer borçluları etkilemez.¹⁴

Ticari bir borcun alacaklısının hakkı, tek bir alacak olmayıp, borçluların herbirine karşı, ayrı ayrı ileri sürebileceği birden çok alacaktan ibarettir. Fakat bu birden çok alacak, tek bir ödemeyi sağlama amacına yönelik olup, alacaklının malvarlığında tek bir kalem olarak yer alacaktır.¹⁵

Ticari bir borcun alacaklısı olan kimse, müteselsil borçlulardan istediğine, istediği miktar için başvurabilir, dava açabilir ya da icra takibinde bulunabilir. Alacaklı, müteselsil borçlulardan isterse birine, isterse birkaçına, isterse de hepsine karşı dava ve takip yoluna gidebilir. Müteselsil borçlulardan biri, borç tutarının tamamını ödeyemez ise, alacaklı geriye kalan miktar için diğer borçlulara başvurabilir (BK m. 142/II).¹⁶

3. Ticari İşlere Kefalet Halinde Teselsül Karinesi

TTK m. 7/II uyarınca, teselsül karinesi ticari işlere kefalet halinde de uygulanacaktır. Söz konusu hükme göre, ticari borçlara kefalet halinde, gerek asıl borçlu ile kefil ve gerek kefiller arasındaki münasebetlerde dahi teselsül söz konusu olacaktır.¹⁷ O halde, ticari bir borca kefalet halinde, dış ilişkide aksi öngörülmedikçe, yani müteselsil kefalet açıkça bertaraf edilmedikçe, kefil, asıl borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olur. Ayrıca birden fazla kişinin kefil olması halinde, kefiller arasındaki ilişki bakımından da teselsül esastır.¹⁸ Bu durumda alacak-

m. 636; Deniz ticareti hukukunda TTK m. 1218; Sigorta hukukunda TTK m. 1346, 1458.

¹⁴ Doğanay, *a. g. e.*, s. 111.

¹⁵ Doğanay, *a. g. e.*, s. 111.

¹⁶ Doğanay, *a. g. e.*, s. 112.

¹⁷ Y. 11. HD'nin 13.05.1986 tarihli ve E.1986/2417, K.1986/2891 sayılı kararı (www.kazanci.com)

¹⁸ Hüseyin Ülgen / Ömer Teoman / Mehmet Helvacı / Abuzer Kendigelen / Arslan Kaya / N. Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat kitapçılık, İstanbul

lı, önce borçluya ya da rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvurmadan doğrudan kefile ya da kefillere başvurabilir.¹⁹ Kefillerin, dorudan doğruya kendilerine başvuran alacaklıya karşı “peşin dava” ya da “önce rehne başvurma” def’ilerini ileri sürme hakları bulunmamaktadır (BK m. 487).²⁰ Örneğin: A, bankaya kredi talebinde bulunmuş ve iki arkadaşı- nı (B ve C) da kefil olarak getirmiş olsa, asıl borçlu A olmasına rağmen, B ve C de, A ile birlikte müteselsilen sorumlu oldukları için, banka istediği kişiye başvurma hakkına sahiptir; B ve C’ye başvurmak için önce A’ya gitme zorunluluğu yoktur.²¹

Kefalet bakımından teselsül karinesinin uygulanabilmesi için, alacaklı ya da borçlunun tacir olması yeterlidir; kefilin tacir olup olmamasının bir önemi yoktur.²²

“Müteselsil kefalet” ile “müteselsil borçluluk” birbirlerinden farklı kavramlardır. Bu iki kavram arasındaki tek ortak yön, alacaklının, müteselsil borçlu ile müteselsil kefile doğrudan başvurma hakkının bulunmasıdır. Buna karşılık, müteselsil kefilin borcu tali niteliktedir; müteselsil borçlunun borcu ise asli niteliktedir. Bununla birlikte, kefalette ilişkin kanun hükümleri daha çok kefilin korumayı amaçlamaktadır. Oysa müteselsil borçluluğu düzenleyen hükümler genellikle alacaklıyı korumaya yöneliktir.²³

Yeri gelmişken yasalaşması beklenen Borçlar Kanunu Tasarısı’nın, müteselsil kefaletle ilişkin son derece önemli değişiklikler öngördüğünü belirtmekte de fayda vardır. Şöyle ki, BKT m. 586, müteselsil kefalette alacaklının borçluya başvurmadan önce ya da rehin konusu taşınmazı paraya çevirmeden önce kefile başvurmasını bazı şartlara bağla-

2006, s. 65; İmregün, a. g. e., s. 20; Necdet Özdemir, *Türk Ticaret Yasasına Göre Ticaret Hukuku*, I. Kitap (Başlangıç-Ticari İşletme), Ankara 1971, s. 61; Poroy/Yasaman, a. g. e., s. 72; Ayhan, a. g. e., s. 19.

¹⁹ Poroy/ Yasaman, a. g. e., s. 72; Y. 12. HD, T.16.03.2001, E.3224, K. 4520 (Gönen Eriş, *Açıklamalı-İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler*, I. Cilt, Ankara 2007, s. 430).

²⁰ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Dördüncü Tıpkıbasım, İstanbul 1989, s. 769; Eriş, a. g. e., s. 425; Y. 13. HD’nin 21.04.1992 tarihli ve E.1992/1478, K.1992/3757 sayılı kararı (www.kazanci.com)

²¹ Bahtiyar, a. g. e., s. 45.

²² Eriş, a. g. e., s. 425.

²³ Doğanay, a. g. e., s. 114, 115.

maktadır. Bu hükme göre alacaklının doğrudan kefile başvurabilmesi için, borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü²⁴ içinde bulunması ya da ifade gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması gerekmektedir. Hükümde vadesi belli olan ya da olmayan borçlar yönünden herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Bu nedenle vadesi belli olan borçlar için de borçluya ihtar yapılması zorunluluğu kabul edilmelidir. Bu ihtar zorunluluğu borçluya başvurmak için değil kefile başvurmak için gereklidir.

BKT m. 586'nın ikinci fıkrası ile de alacaklının doğrudan kefile başvurması zorlaştırılmıştır. Bu hükme göre, alacak, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınmışsa, alacaklı rehlin paraya çevrilmesinden önce kefile başvuramaz. BKT m. 586/II, c.2 ile bu hükme istisna getirilmiştir. Şöyle ki, alacağın rehlin paraya çevrilmesi yolu ile tamamen karşılanamayacağını önceden hakim tarafından belirlenmesi veya bu konuda bir anlaşma yapılmış olması ya da borçlunun iflas etmesi veya konkordato mehli verilmiş olması halinde alacaklı rehlin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurabilecektir. BKT m. 586/II hükmü ile getirilen düzenlemeyi gereksiz bulduğumu ifade etmek isterim. Alacaklı, borçlunun iflas etmesi ya da borçluya konkordato mehli verilmiş olması halinde, kefalet adi kefalet dahi olsa doğrudan doğruya kefile başvurabilmektedir (BKT m. 585). Müteselsil kefalette zaten asıl olan doğrudan kefile başvurabilmek olduğuna göre, bu düzenleme yerinde değildir. Ayrıca Tasarı'nın, kefile korumuak amacıyla müteselsil kefaleti adi kefalete yaklaştırmasının da isabetli olmadığı fikrindeyiz. Ticari işler bakımından teselsül karinesinin benimsenmesindeki amacı açıklarken de ifade ettiğimiz gibi, ticari hayatta işlerin süratli bir şekilde yürüyebilmesi ve alacaklının kendisini güvende hissetmesi için teselsül şarttır. Müteselsil kefaletin, adi kefalete yaklaştırılması, bu amaca uygun düşmemektedir.

TTK m. 7'ye, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bir istisna getirmiştir. TKHK m. 10'a göre "*Tüketici kredisinin teminatı*

²⁴ Kanaatimce, ödeme güçsüzlüğü, borçlunun acze düşmesi ve bu hususun da bir aciz vesikası ile tespit edilmesi gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunu gösteren her türlü işaret yeterli kabul edilmelidir. Örneğin, borçlu hakkında protesto edilmiş birçok senedin bulunması onun ödeme güçsüzlüğü içinde olduğuna dair bir delil sayılabilir. Aynı şekilde İİK m. 177'de bahsi geçen ödemelerini tatil etmek keyfiyetinin ortaya çıkmış olması da borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğunu göstermektedir.

olarak şahsi teminat verildiği hallerde, kredi veren, asıl borçluya başvurmadan, kefilden, borcun ifasını isteyemez."²⁵

4. Alacaklılar Arasında Teselsül Karinesinin Yokluğu

TTK m. 7'de düzenlenmiş olan teselsül karinesi sadece borçlular bakımından söz konusu olup, birden çok alacaklının varlığı halinde bu hüküm uygulanma alanı bulmayacaktır. TTK m. 7 açıkça birlikte borçluluk halini düzenlemiştir. BK m. 148/I uyarınca, teselsülün kaynağı, "hukuki işlem" ve "açık yasa hükmü" ile sınırlıdır. Birlikte alacaklılık halinde, teselsül karinesini düzenleyen herhangi bir yasa hükmü mevcut değildir. Bu durumda, ticari iş niteliğindeki bir edim karşılığında birden fazla kimsenin alacaklı olması halinde kısmi alacaklılık söz konusu olacaktır. TTK m. 7 özellikle "müştereken borç altına girmekten" söz etmektedir; "müştereken alacaklı olmaktan" hiç bahsetmemektedir. Bu sebeple, yorum yoluyla dahi, alacaklılar arasında da teselsül karinesinin söz konusu olabileceği sonucuna ulaşmak mümkün olmamaktadır.²⁶ Kıyas yolu ile teselsül yaratmak mümkün olmadığı için, alacaklılar arasında teselsül karinesinin söz konusu olacağına kıyas yoluyla ulaşmamız da mümkün değildir. Zaten bu konuda kanunda bir boşluk bulunmadığından, kıyas yoluna başvurmamıza imkan da bulunmamaktadır.²⁷

Ticari işler bakımından alacaklılar arasında teselsül karinesinin benimsenmemiş olması öğretide eleştirilmektedir. Bunun gerekçesi olarak da, ticari iş niteliğinde olan borç için birden fazla kimsenin birlikte borçlu olmaları durumunda teselsülü gerektiren "sıkı menfaat ilişkisi" ve "alacaklıya teminat sağlama" düşüncesine benzer kaygıların, aynı derecede önemli ve aynı derecede yarar sağlayan birlikte alacaklılık için de söz konusu olduğu gösterilmektedir. Bu görüşe göre sıkı menfaat birliği açısından alacaklılık ile borçluluk açısından fark gözetmek mümkün değildir. TTK. M. 7'nin temelindeki düşünce birlikte alacaklılık için de söz konusudur. Örneğin, bir banka ile ticari iş niteliğinde bir karz sözleşmesi yapan iki kişinin, bankaya karşı mütesel-

²⁵ Helvacı / Kaya / Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 66; Bahtiyar, *a. g. e.*, s. 45.

²⁶ Acar, *a. g. e.*, s. 157.

²⁷ Acar, *a. g. e.*, s. 157-158.

silen borçlu olmalarına karşılık, bankaya karşı alacaklı olmaları halinde kısmi alacaklılığın geçerli olması adaletsiz bir yaklaşımdır. İşlemlerin daha hızlı ve masrafsız gerçekleştirilmesi ve tahsil kolaylığı bakımından da kısmi alacaklılık yerine müteselsil alacaklılığın benimsenmesi daha isabetli olacaktır.²⁸ Bu eleştirinin, ticari hayatın gereklerine uygunluğu bakımından isabetli olduğu fikrindeyiz.

5. Teselsül Karinesinin Şartları

TTK m. 7'de düzenlenmiş olan, ticari işlerde müteselsil sorumluluğun şartlarını şu şekilde belirleyebiliriz:

a. Birden Çok Borçlunun Varlığı

Müteselsil sorumluluğun söz konusu olabilmesi için öncelikle, sözleşmenin borçlu tarafında birden çok kişi bulunmalıdır. Bu kişilerin gerçek ya da tüzel kişi olmasının hiç bir önemi yoktur. Önemli olan söz konusu kişilerin gerekli ehliyet şartlarına sahip olmalarıdır.²⁹

b. Borç İlişkisinin Ticari Mahiyette Olması

Birden fazla kişinin borçlu oldukları işin, içlerinden biri veya hepsi için ticari mahiyeti haiz bir iş olması şarttır. TTK m. 7'nin uygulanabilmesi için, söz konusu işin, borçlulardan biri için ticari iş niteliğinde olması yeterlidir. Ticari iş kavramının belirlenmesinde TTK m. 3 ve TTK m. 21 hükümleri esas alınmaktadır.³⁰

c. Borçluların Müştereken Borç Altına Girmeleri

Birden fazla kişinin, söz konusu ticari iş dolayısıyla, *müştereken borç* altına girmeleri gerekmektedir. Teselsül karinesinin söz konusu

²⁸ Acar, a. g. e., s. 158-159

²⁹ Helvacı / Kaya / Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 64; Tamer İnal, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul 2004, s. 30; Özdemir, a. g. e., s. 60

³⁰ Helvacı / Kaya / Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 64; İnal, a. g. e., s. 30; Ticari iş kavramıyla ilgili daha sonraki bölümde açıklamalar yapılacaktır.

olabilmesi için, ticari bir iş sebebiyle birden fazla kişinin müştereken ve aynı işlem ile borç altına girmeleri gerekmektedir. Öğretide, farklı zamanlarda ayrı ayrı yapılan işlemler ile birden fazla kişinin müştereken boçlanması halinde, bu kişilerin teselsüle tabi tutulmasının yanlış olduğu belirtilmektedir. Şüphesiz farklı zamanlarda, ayrı ayrı işlemlerle ticari bir iş için borçlu olan kişilerin müteselsilen sorumlu olacağına dair yasa da açık hüküm bulunduğu haller istisna teşkil etmektedir. Örnek olarak, TTK m. 636'ya göre, kambiyo ilişkisinde farklı zamanlarda borç altına giren asıl borçlu ile müracaat boçluları, hamile karşı müteselsilen sorumludurlar. Birden çok alacaklının bulunup bulunmaması ve bu alacaklılar arasında teselsülün bulunup bulunmaması, müteselsil borçluluk bakımından önem arz etmez.³¹

d. Müteselsil Sorumluluğun Taraflarca Kaldırılmamış Olması

Birden çok kimsenin, ticari bir iş dolayısıyla borç altına girmeleri halinde, aralarında müteselsil sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, dış ilişkiyi düzenleyen sözleşmede aksine bir hüküm bulunmamalıdır.³² Alacaklı taraf ile yapılan sözleşmede, borçlular arasında teselsül bulunmayacağına dair açık bir hüküm bulunması halinde, borçluların her biri, borcun tamamından değil, kendi payları oranında sorumlu olurlar. Dış ilişkiyi düzenleyen sözleşmede, borçluların müteselsilen sorumlu olmayacaklarına dair bir hüküm bulunmaması halinde, borçluların kendi iç ilişkilerinde kısmi sorumluluk öngörmüş olmaları, müteselsil sorumluluğu ortadan kaldırmaz.³³

C. TİCARİ İŞ KAVRAMI

TTK m. 7'de yer alan teselsül karinesinin uygulanabilmesi için, birden çok kimsenin, *ticari iş* niteliğindeki bir borç için yükümlülük altına girmelerinin şart olduğunu ifade ettik. Acaba "*ticari iş*" kavramın-

³¹ Helvacı / Kaya / Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 65.

³² İnal, *a. g. e.*, s. 30; Helvacı / Kaya / Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 65; Ayhan, *a. g. e.*, s. 19.

³³ Helvacı / Kaya / Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 65.

dan anlamamız gereken nedir?³⁴ Bu konuda TTK m. 3 ve TTK m. 21 bize yol gösterecek hükümlerdir.

1. TTK m. 3 Kapsamındaki Ticari İşler

TTK m. 3'e göre: *"Bu kanunda tanzim olunan hususlarla bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticari işlerdendir."*

a. Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen İşler

Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olan bütün işler ticari iştir. Bu işlerin ticari işletme ile ilgili olup olmamaları önemli değildir. Üstelik söz konusu işleri yapan kişilerin tacir olması da şart değildir.³⁵ Örneğin, iki memur arasında düzenlenen bono bir ticari iş sayılır. Çünkü bono Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir (TTK m. 688).³⁶

İşlem, eylem ve dar anlamda iş, ticari iş kavramının kapsamına girmektedir. Bu nedenle, Ticaret Kanununda düzenlenen bir eylem de ticari iş kavramının kapsamına dahildir. Bu hususa örnek olarak TTK m. 56 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan haksız rekabet gösterilebilir. Haksız rekabet gerçekte bir haksız fiildir.³⁷ TTK m. 1216 vd. maddelerinde düzenlenen çatma da haksız fiil niteliğinde olmasına rağmen, Ticaret Kanununda yer aldığı için ticari iş kapsamındadır.³⁸

b. Ticari İşletme ile İlgili Olan İşler

TTK m. 3 hükmünden de anlaşılacağı üzere, tüzel kişi tacirlerin bütün muamele ve işleri *"ticari iş"* kapsamındadır.³⁹ Çünkü ticaret şir-

³⁴ Yargıtay kararları doğrultusunda ticari işlere örnek olarak, inşaat sözleşmesi (Y. 15. HD, T.07.07.1975, E.1975/1109, K.1975/3440; YHGK, T.13.10.1999, E.1999/13-603, K.1999/832) ve taşıma sözleşmesi (YHGK, T.13.11.1991, E.1991/11-303, K.1991/567) verilebilir.

³⁵ İmregün, *a. g. e.*, s. 18; Bahtiyar, *a. g. e.*, s. 41; Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 59; Ayhan, *a. g. e.*, s. 15.

³⁶ Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 59.

³⁷ İmregün, *a. g. e.*, s. 18; Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 59-60.

³⁸ Bahtiyar, *a. g. e.*, s. 41.

³⁹ Y. 12. HD, T.22.03.2007, E.2007/2848, K.2007/5325 (www.kazanci.com)

ketleri bakımından “*adi faaliyet*” ya da “*özel hayat*” gibi kavramlar söz konusu olamaz.⁴⁰ Ticari işletme ile ilgili olan işler, ticari işletme faaliyetine doğrudan bağlı olan ya da ticari işletme faaliyetine dolaylı olarak bağlanabilen işler olmak üzere iki grupta toplanabilir. Ticari işletme ilgili olan işlerin, ticari işletme faaliyetine doğrudan ya da dolaylı olarak bağlı olmaları sonucu değiştirmez; ticari işletme ile ilgili olan bütün işler “*ticari iş*” kapsamındadır.⁴¹

2. TTK m. 21 Kapsamındaki Ticari İşler

TTK m. 21’e göre: “*Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Şu kadar ki; hakiki şahıs olan bir tacir, muameleyi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya muamele, fiil veya işin ticari sayılmasına halin icabı müsait bulunmadığı takdirde borç adi sayılır.*

Taraflardan yalnız biri için ticari iş mahiyetinde olan mukaveleler, kanunda aksine hüküm olmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.”

TTK m. 21/I sadece gerçek kişi tacirler bakımından geçerli olan bir hükümdür.⁴²

a. Ticari İş Karinesi

TTK m. 21/I’den de anlaşılacağı üzere, bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Gerçek kişi tacirlerde, ticaret ünvanının kullanılması bu karineyi doğurur. Tacir, bir muameleyi kendi ticaret ünvanını kullanarak imzalamış ise, bu muamelenin ticari bir iş olduğu kabul edilir. Fakat tacir, ticaret ünvanını hiç kullanmadan, sadece kendi adını ve soyadını kullanarak bir işlem yapmış ise, bu durumda bu işi “*adi iş*” olarak kabul etmek gerekir.⁴³

Kural olarak bir tacirin yapmış olduğu her işlemin “*ticari iş*” olduğu varsayılır. Hatta bir tacirin, ticari bir işlemi kolaylaştırmak için yaptığı veya ona bağlı bulunan fer’i bir takım işlemleri dahi ticari işlerden

⁴⁰ Doğanay, *a. g. e.*, s. 204; Ayhan, *a. g. e.*, s. 16.

⁴¹ Bahtiyar, *a. g. e.*, s. 41; Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 60.

⁴² Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 61; Doğanay, *a. g. e.*, s. 204.

⁴³ Doğanay, *a. g. e.*, s. 203.

sayılır.⁴⁴ Ancak, gerçek kişi tacirin, yapmış olduğu işlemin kendi ticari işletmesi ile ilgili olmadığını, dolayısıyla “adi iş” niteliğinde olduğunu ispat etmesi halinde, söz konusu işlemin ticari iş olmadığı kabul edilir.⁴⁵

TTK m. 21 bir tacirin borçlarının ticari olduğu karinesini getirmiştir. Buradaki “borç” kavramını para borcu olarak değil, geniş anlamda edim olarak anlamak gerekmektedir.⁴⁶ Kanunumuzda tacirin alacaklarının ticari sayılması gerektiği yönünde bir düzenleme mevcut değildir. Mesela bir tacir, diğer bir tacire borç verse ve bunun karşılığında da bir kambiyo senedi alsın, bu senedi kendi ticari defterine geçirmek zorunda değildir. Söz konusu alacak ticari iş kapsamında değildir. Çünkü ticaret konusu borç para vermek olmayan bir tacir için, borç para vermek mutlak ticari iş sayılmaz.⁴⁷

b. Bir Taraf İçin Ticari Nitelikte Olan Sözleşmeler

TTK m. 21/II'e göre: “Taraflardan yalnız biri için ticari iş mahiyetinde olan mukaveleler, kanunda aksine hüküm olmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.”⁴⁸ Bu hükmün aksinin kararlaştırılması mümkündür. TTK m. 21/II, tacir olmayan taraf yönünden çok önemli sonuçlar doğurabilir. Mesela TTK m. 9 uyarınca, ticari işlerde temerrüt faizi %10'dur. Bir taraf için ticari iş sayılan sözleşme, diğer taraf için de ticari sayılacağından, sözleşmenin tacir olmayan tarafı %10 temerrüt faizi ödemek zorunda kalabilecektir.⁴⁹

TTK m. 21/II'nin uygulanması, “taraflar arasındaki ilişkinin bir sözleşmeden kaynaklanması” şartına bağlıdır. Taraflar arasındaki uyumsuz-

⁴⁴ Y. 19. HD, T.23.09.1993, E.1992/6322, K.1993/5769 (www.kazanci.com)

⁴⁵ Poroy / Yasaman, a. g. e., s. 62; Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 60,61; Doğanay, a. g. e., s. 203; Bahtiyar, a. g. e., s. 42; İmregün, a. g. e., s. 19.

⁴⁶ Poroy / Yasaman, a. g. e., s. 68.

⁴⁷ Doğanay, a. g. e., s. 203,204.

⁴⁸ Y. 13. HD, T.22.05.2000, E.2000/4500, K.2000/5004; Y.12.HD., T.20.02.2007, E.2007/141, K.2007/2756 (www.kazanci.com).

⁴⁹ Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 61; Doğanay, a. g. e., s. 205.

lık bir haksız fiilden ya da haksız iktisaptan kaynaklanıyor ise, TTK m. 21/II uygulanma alanı bulmaz.⁵⁰

Örneğin, TTK m. 12/ b.10'a göre bir "taşıma" işi yapan taksi ya da otobüs, yoldan geçen bir yayaya çarpsa, taksi/otobüs "ticari iş yapan" ve bu amaçla faaliyette bulunan bir taşıma aracı olmasına rağmen, yolda giden yaya ile aralarında bir taşıma sözleşmesi bulunmadığı için, çarpmadan kaynaklanan her türlü uyuşmazlık "adi iş" kapsamında olacaktır.⁵¹ Ancak, uyuşmazlık her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili ise, uyuşmazlığın sözleşmeden kaynaklanması şart değildir. Her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili olan uyuşmazlık, haksız fiilden de kaynaklanmış olsa, "ticari iş" kapsamında değerlendirilecektir.⁵²

TTK m. 21/II hükmünün uygulanabilmesi için, kanunda aksine bir hüküm bulunmamalıdır. Aksine hükme örnek olarak TTK m. 8/II ve TTK m. 20/III gösterilebilir.⁵³

SONUÇ

Türk Hukukunda teselsül bakımından adi iş-ticari iş ayrımı yapılmaktadır. Bunun bir sonucu olarak da, teselsül bakımından borçlar hukuku ile ticaret hukuku hükümleri arasında önemli farklar bulunmaktadır. Borçlar hukukunda gerek borçlular arasında gerekse de alacaklılar arasında teselsül bir istisnadır; kural kısmi borçluluk ve kısmi alacaklılıktır. Başka bir deyişle teselsülün varlığı için, ya bu husus hukuki işlemde açıkça belirtilmiş olmalıdır ya da kanunda açık bir düzenleme bulunmalıdır. Borçlar hukukundaki düzenlemenin aksine Ticaret Kanunu 7. maddesinde "teselsül karinesi"ne yer vermektedir. Te-

⁵⁰ Poroy/ Yasaman, a. g. e., s. 69; Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 61; Doğanay, a. g. e., s. 207; İmregün, a. g. e., s. 19; Ayhan, a. g. e., s. 17; Yargıtay'ın bu doğrultuda vermiş olduğu kararlar için bakınız: Y. 4. HD'nin 17.04.2001 tarihli ve E.2001/714, K.2001/3927 sayılı kararı ve YHGK'nın 16.02.2000 tarihli ve E.2000/19-90, K.2000/96 sayılı kararı (www.kazanci.com).

⁵¹ Doğanay, a. g. e., s. 207.

⁵² Bahtiyar, a. g. e., s. 44; Doğanay, a. g. e., s. 206; Yargıtay'ın bu yönde vermiş olduğu kararlar için bkz. HGK'nın 23.01.2002 tarihli ve E.2002/4-12, K.2002/6 sayılı kararı; YHK'nun 3.10.2007 tarihli ve E.2007/4-597, K.2007/694 sayılı kararı; Y. 11. HD'nin 20.10.2003 tarihli ve E.2003/3020, K.2003/9474 sayılı kararı (www.kazanci.com).

⁵³ Ülgen, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 61,62; Bahtiyar, a. g. e., s. 44; Ayhan, a. g. e., s. 17.

selsülün, ticari hayatın gereklerine daha uygun olması sebebiyle, ticari işler bakımından teselsül karinesinin kabul edilmiş olmasının isabetli bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

Borçlar Kanunu Tasarısı'nın müteselsil kefaleti, adi kefalete yaklaştırmasını ticari işler bakımından doğru bulmadığımızı bir defa daha ifade etmekte fayda vardır. Ticari hayatta işlerin süratli bir şekilde yürüebilmesi ve alacaklının kendisini güvende hissetmesi için teselsül şarttır. Müteselsil kefaletin, adi kefalete yaklaştırılması, bu amaca uygun düşmemektedir.

Ticari işler bakımından alacaklılar arasında teselsül karinesinin benimsenmemiş olması eleştiriye değer bir konudur. Ticari iş niteliğinde olan borç için birden fazla kimsenin birlikte borçlu olmaları durumunda teselsülü gerektiren "*sıkı menfaat ilişkisi*" ve "*alacaklıya teminat sağlama*" düşüncesine benzer kaygılar, aynı derecede önemli ve aynı derecede yarar sağlayan birlikte alacaklılık için de söz konusudur. Sıkı menfaat birliği açısından alacaklılık ile borçluluk arasında fark gözetmek mümkün değildir.

Teselsül karinesinin söz konusu olabilmesi için, birden çok borçlunun, müştereken borç altına girmeleri ve bu borcun ticari iş niteliğinde olması gerekmektedir. Ayrıca, tarafların teselsül karinesini bertaraf etmemiş olmaları da şarttır.

Teselsül karinesi, ticari işler bakımından söz konusu olmaktadır. Ticari işleri dört ana başlık altında toplayabiliriz:

1. Ticaret Kanununda Düzenlenen İşler
2. Ticari İşletmeyi İlgilendiren İşler
3. Tacirin Borçları
4. Bir taraf için ticari nitelikte olan sözleşmeler

KAYNAKLAR

- Ejder Yılmaz, *Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü*, Yenilenmiş 3. Baskı, Ankara 2005.
- Faruk Acar, *Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül*, Ankara 2003.
- Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, 23. Baskı, Ankara 2006.
- Gönen Eriş, *Açıklamalı-İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler*, I. Cilt, Ankara 2007.
- Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Dördüncü Tıpkıbasım, İstanbul 1989.
- Hüseyin Ülgen / Ömer Teoman / Mehmet Helvacı / Abuzer Kendigelen / Arslan Kaya / N. Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- İsmail Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, I. Cilt, İstanbul 2004.
- Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku*, Gözden Geçirilmiş IV. Baskı, İstanbul 2006.
- Necdet Özdemir, *Türk Ticaret Yasasına Göre Ticaret Hukuku*, I. Kitap (Başlangıç-Ticari İşletme), Ankara 1971.
- Reha Poroy / Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, X. Bası, İstanbul 2004.
- Rıza Ayhan, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, Ankara 1992.
- Oğuz İmregün, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, XIII. Baskı, İstanbul 2005.
- Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Onsekizinci Bası, İstanbul 2006.
- Tamer İnal, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul 2004.
- Turgut Akıntürk, *Müteselsil Borçluluk*, Ankara 1971.
- www.kazanci.com.

KATI ATIK BERTARAF HİZMETLERİNİN ÖZEL KİŞİLERE GÖRDÜRÜLMESİ

PROVISION OF THE SOLID WASTE TREATMENT SERVICES
BY PRIVATE LEGAL ENTITIES

Metin GÜNDAY*

Tuğba BAYMAN **

Cem Çağatay ORAK ***

Özet: Mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlardan biri olan katı atık bertaraf hizmetleri doğrudan belediyeler tarafından görülebileceği gibi, belediyenin yakın gözetim ve denetimi altında özel kişilere de gördürülebilir. İşbu makalenin konusu ve amacı katı atık bertaraf hizmetinin özel kişilere gördürülmesinde kullanılacak yöntemleri, bu hususta uygulamada karşılaşılan bazı hukuksal sorunları ve çözüm önerilerini ortaya koymaktır.

Anahtar Sözcükler: Katı atık bertaraf hizmetleri, imtiyaz sözleşmesi, özel hukuk sözleşmesi, yap-işlet-devret, belediye şirketleri, kamu-özel işbirliği, Kamu İhale Kanunu, Devlet İhale Kanunu.

Abstract: Solid waste disposal services, which are among those essential local public necessities, can be performed directly by the municipalities or they can alternatively be performed by the private legal entities under the close supervision of the municipalities. The subject matter and purpose of this article is to set forth the methods which can be applied for the provision of solid waste disposal services by private legal entities, certain legal problems encountered in implementation and the solutions thereto.

Keywords: Solid waste treatment services, concession contract, private law contract, build-operate-transfer, municipal economic enterprises, public-private partnerships, Public Procurement Law, State Tender Law.

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Ana Bilim Dalı Başkanı.

** Av., Ankara Barosu.

*** Av, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku doktora programı öğrencisi.

I. Katı Atık Bertaraf Hizmetleri ¹

A. Genel Olarak Belediye Hizmetleri

Belediye hizmetleri ile belediyelerin görev, yetki ve sorumlulukları, Belediye Kanunu'nun 14. ve 15. maddelerinde sınırlayıcı olmamak üzere sayma yöntemi ile belirtilmiştir. Belediye hizmetlerinin bir kısmı doğası gereği doğrudan belediyelerce yürütülmesi gereken hizmetler olup, ilke olarak özel kişilere devredilemezler.

Bu tür hizmetler, belde halkının hak ve özgürlüklerine düzenlemeler getiren, beldenin güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığı ile ilgili olan ve kamu gücünün kullanılmasını gerektiren hizmetlerdir. Daha çok *düzenleme, denetim ve ceza kesmeye ilişkin* olan bu tür hizmetler kamu gücü ayrıcalıklarını barındırdığı için, prensip olarak herhangi bir özel kurum veya kişiye devredilmemektedir.

Bu hizmetler dışında kalan hizmetlerin özel kişilere gördürülmesi mümkündür. Aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, kamu hizmeti niteliğinde olan katı atık hizmetleri de özel kişilere gördürülebilecek olan türdeki belediye hizmetlerindedir. Nitekim Belediye Kanunu'nun 15. maddesinde "*yapmak-yaptırmak*", "*etmek-ettirmek*", "*imtiyaz vermek*" gibi deyimler kullanıldığı görülmektedir. Böylece, yasa koyucu mahalli müşterek nitelikteki hizmetlerin yürütülmesinde belediyeleri görevli kılmış ancak söz konusu hizmetlerin doğrudan belediyeler eliyle yürütülebileceği gibi belediye şirketleri dâhil başka kurum, kuruluş ya da girişimlerce yürütülmesine de olanak tanımıştır.²

¹ Bu makale 16 Ağustos 2010 tarihi itibarıyla günceldir. Bu makalede kullanılan kısaltmaların tam karşılıkları için makalenin sonunda yer alan "*Kısaltmalar Cetveli*"ne bakınız.

² Yıldırım'a göre, alternatif hizmet sunma modelleri "*kamu kurum ve kuruluşlarının imkânları*" ve "*hizmetlerin ivediliği*" ilke ve prensipleri ışığında değerlendirilmelidir. Bkz. Uğur Yıldırım, "Yeni Belediye Yasaları Çerçevesinde Alternatif Hizmet Sunma Yöntemleri", *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C. 13, S. 4, Ankara, Ekim 2004, s. 27 vd.

B. Katı Atık Hizmetleri

Elektrik ve su hizmetleri gibi katı atık hizmetleri de dünyanın pek çok ülkesinde kamuya ait hizmet alanı içinde yer almaktadır. Dünya Ticaret Örgütü tarafından uygulamaya sokulan GATS (*General Agreement on Trade in Services - Hizmet Ticareti Genel Anlaşması*) rejimi, hizmetler sektöründe yer alan katı atık hizmetlerinin kamu tekelinden çıkartılmasını ve [ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimi altında] uluslararası serbest rekabete açılmasını hedeflemektedir.³ Ülkemizin GATS kapsamında Dünya Bankası'na sunmuş olduğu genel taahhütnamelerden biri de katı atık hizmetleri konusunda GATS rejimine uygun hareket edilecek olmasıdır.⁴

Katı atık hizmetlerini kısaca, çevre mevzuatına uygun bir biçimde belediye sınırları içindeki katı atıkların toplanması, taşınması, depolanması, ayrıştırılması, geri kazanımı ve ortadan kaldırılması olarak tanımlayabiliriz. Yakın bir zamana kadar katı atıkların bertarafında kullanılan tek yöntem katı atıkların vahşi depolanmasıydı. Ancak belediyelerimiz, çevre kirliliği yaratan bu depolama yönteminden yavaş yavaş vazgeçerek, katı atıkların çevre mevzuatına uygun bir biçimde bertaraf edilmesini sağlamak için girişimlerde bulunmaya başlamışlardır.

Çevre mevzuatına uygun bir biçimde katı atık hizmetlerinin görülmesi ve özellikle de katı atıkların bertarafının sağlanması amacı ile kurulacak tesisler yüksek finansman ve ileri teknoloji gerektirmektedir. Bu sebeple belediyelerimiz, bu işi özel kişiler aracılığı ile gerçekleştirme yolunu tercih etmektedirler. İşbu makalenin konusu, amacı ve sınırı katı atık bertaraf hizmetinin belediyeler tarafından özel kişilere gördürülmesi sürecinde hangi yöntemlerin uygulanabileceğini ortaya koymaktır.

³ Birgül Ayman Güler, *Çöp Hizmetleri Yönetimi*, TODAİE Yayınları, Ankara, Nisan 2001, s. 42

⁴ http://www.alomaliye.com/gats_taah%20_listesi.htm (Erişim tarihi: 28 Temmuz 2010)

II. Katı Atık Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi Yöntemleri

A. Belediye Mevzuatı

Belediye Kanunu'nun belediyelerin görev ve sorumluluklarını düzenleyen 14(a) maddesinde,⁵ katı atık hizmetlerinin belediyeler tarafından yapılacağı veya yaptırılacağı hüküm altına alınmıştır. Belediye Kanunu'nun belediyenin yetki ve imtiyazlarının düzenlendiği 15(g) maddesinde ise *"katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapmak ve yaptırmak"* faaliyeti açıkça belediyenin yetkileri arasında sayılmıştır.

Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun büyükşehir belediyesinin görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen 7(i) maddesine⁶ göre *"katı atıkların ve hafriyatın yeniden değerlendirilmesi, depolanması ve bertaraf edilmesine ilişkin hizmetleri yerine getirmek, bu amaçla tesisler kurmak, kurdurmak, işletmek veya işlettirmek"* büyükşehir belediyelerinin yetkileri arasındadır.

Katı Atık Yönetmeliği'nin 5. maddesi⁷ ise katı atıkların toplanması ve bertarafı işini belediyelerin kendilerinin ya da yetkilerini devredecekleri kişi ve kuruluşlar tarafından yürütülebileceğini öngörmüştür.

⁵ Belediye Kanunu'nun 14(a) maddesi şu şekildedir: *İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafi ve kent bilgi sistemleri; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans; şehir içi trafik; defin ve mezarlıklar; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor; sosyal hizmet ve yardım, nikâh, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır. Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 50.000'i geçen belediyeler, kadınlar ve çocuklar için koruma evleri açar.*

⁶ Büyükşehir Belediye Kanunu'nun 7(i) maddesi şu şekildedir: *Sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak çevrenin, tarım alanlarının ve su havzalarının korunmasını sağlamak; ağaçlandırma yapmak; hafriyat toprağı, moloz, kum ve çakıl depolama alanlarını, odun ve kömür satışı ve depolama sahalarını belirlemek, bunların taşınmasında çevre kirliliğine meydan vermeyecek tedbirler almak; büyükşehir katı atık yönetim plânını yapmak, yaptırmak; katı atıkların kaynaktan toplanması ve aktarma istasyonuna kadar taşınması hariç katı atıkların ve hafriyatın yeniden değerlendirilmesi, depolanması ve bertaraf edilmesine ilişkin hizmetleri yerine getirmek, bu amaçla tesisler kurmak, kurdurmak, işletmek veya işlettirmek; sanayi ve tıbbî atıklara ilişkin hizmetleri yürütmek, bunun için gerekli tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek veya işlettirmek; deniz araçlarının atıklarını toplamak, toplamak, arıtmak ve bununla ilgili gerekli düzenlemeleri yapmak.*

⁷ Katı Atık Yönetmeliği'nin 5. maddesi şöyledir: *"Bu Yönetmelik kapsamına giren katı*

Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 10. maddesine göre, büyükşehir, ilçe ve ilk kademe belediyeleri; görevli oldukları konularda bu Kanun'la birlikte Belediye Kanunu ve diğer mevzuat hükümleri ile ilgisine göre belediyelere tanınan yetki, imtiyaz ve muafiyetlere sahiptir.

Yukarıdaki hükümler dikkate alındığında, katı atık hizmetlerinin yürütülmesi konusunda açıkça yetkilendirilen büyükşehir belediyeleri ve belediyeler bu hizmeti doğrudan kendi personel, araç ve gereçleriyle *emanet usulü* altında görebilecekleri gibi, özel kişilere de gördürülebilirler. Belediye Kanunu'nun 18(j) maddesine göre,⁸ belediye adına imtiyaz verilmesine ve belediye yatırımlarının Yİ veya YİD modeli ile yapılmasına karar verme yetkisi belediye meclisindedir. Bir başka deyişle, belediyelerin katı atık hizmetine ilişkin gerçekleştireceği yatırımları farklı modeller ile gerçekleştirme imkânı bulunmaktadır. Katı atık bertaraf tesisinin kurulması yüksek finansman ve ileri teknoloji gerektirdiğinden YİD veya Yİ modellerinden birisinin kullanımı da gündeme gelebilecektir.

1. İmtiyaz Yöntemi

Bilindiği üzere kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ait olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca özel hukuk kişilerin yürütülmesine *imtiyaz* denir.⁹

atıkların bertarafı sırasında belediyeler ve yetkilerini devrettiği kişi ve kuruluşlar işlettikleri katı atık tesislerinin faaliyetlerinin planlanmasında ve işletilmesinde; insanların ruh ve beden sağlığına, hayvan sağlığına, doğal bitki örtüsüne, yeşil alanlara ve binalara, toplumun düzeni ve emniyetine, yeraltı ve yüzeysel su alanları ile su rezerv sahalarına zarar vermeyecek, hava ve gürültü yönünden çevre kirlenmesini önleyecek uygun tedbirleri almak zorundadırlar."

⁸ Belediye Kanunu'nun 18(j) maddesi şöyledir:

"Belediye meclisinin görev ve yetkileri şunlardır:

(...)

j) Belediye adına imtiyaz verilmesine ve belediye yatırımlarının yap-işlet veya yap-işlet-devret modeli ile yapılmasına; belediyeye ait şirket, işletme ve iştraklerin özelleştirilmesine karar vermek.

(...)"

⁹ Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara, 2004, s. 171; Cem Çağatay Orak, *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim*, Ankara 2006.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin altında yatan temel görüş, kamu hizmeti alanında toplumsal ihtiyaçları karşılayacak hizmet ve mal üretimini gerçekleştirecek özel girişimcinin, kamu hizmetini hem kurma hem de işletme faaliyetini belirli temel ilkelere uyarak hayata geçirmesidir. İmtiyaz sözleşmeleri ile devlet aslen sahibi bulunduğu bir kamu hizmetini, kâr ve zararı üzerine alacak olan başka bir şahsa veya kuruluşa devretmektedir. Ancak bu durum, hizmetin kamu hizmeti olma niteliğini değiştirmemekte ve idareyi hizmetin gerçek sorumlusu olmaktan da kurtarmamaktadır.¹⁰

Belediye Kanunu'nun 15(g) maddesi uyarınca belediyeler, katı atık hizmetlerini Danıştay'ın görüşü ve İçişleri Bakanlığı'nın kararıyla süresi kırkdokuz yılı geçmemek üzere "imtiyaz" yoluyla üçüncü kişilere gördürebilir.

Bu bağlamda, belediyeler ve büyükşehir belediyelerinin Belediye Kanunu'nun 15. maddesindeki yetkileri kullanarak katı atık hizmetleri konusunda imtiyaz sözleşmesi imzalayabilmesi konusunda herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır.

İmtiyaz rejiminde aktif rol oynayan organlardan birisi de Danıştay'dır. Anayasa'nın 155. maddesi uyarınca, Danıştay'ın kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında 2 (iki) ay içerisinde düşüncesini bildirmek zorunda olduğu öngörülmüştür. Danıştay Kanunu'nun 23(d)¹¹ maddesinde de, Danıştay'ın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildireceği açıkça hükme bağlanmıştır. Danıştay'ın düşüncesini bildirdiği bu kararlar bağlayıcı değil ve fakat istişari nitelikte kararlardır.¹² Dolayısıyla, ilgili idareler, imtiyaz sözleşmesinin imzalanmasından önce Danıştay'ın düşüncesini almak zorundadır. Ne var ki, bu düşünce doğrultusunda hareket etmek zorunda değildir. Bu düşünceye uymak istemiyorsa Danıştay'ın görüşüne sunduğu kendi imtiyaz sözleşme ve şartlaşma tasarısını olduğu gibi kabul edebilir.

¹⁰ Metin Günday, *a. g. e.*, s. 179; Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, Bursa, 2003, s. 372.

¹¹ Danıştay Kanunu'nun 23(d) maddesi şöyledir:

"Tüzük tasarılarını inceler; kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirir."

¹² Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku*, C. I, 7. Bası, Ankara, 2010, s. 578.

Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmesine yönelik 2 (iki) aylık süre kısıtlaması, 1999 yılında Anayasa'nın 155. maddesinde 4446 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle hukukumuza girmiştir. Söz konusu değişiklikten önceki hali ile 155. maddeye göre Danıştay'dan alınan görüş kamu idareleri için bağlayıcıydı. Anayasa değişikliğinin getiriliş amacı şöyle özetlenebilir: **(i)** O dönemde Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerini incelerken çok fazla zaman harcadığı yönündeki eleştirilerin önünü kesmek;¹³ ve **(ii)** Danıştay'ın düşüncesinin "bağlayıcı" nitelikte olmadığını ortaya koymak.

Ancak, ilgili mevzuatta Danıştay'ın 2 (iki) ay içerisinde düşüncesini bildirmemesi halinde nasıl bir yol izleneceğine ilişkin açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda uygulanabilecek bir yaptırım da söz konusu değildir. Kanımızca, Danıştay'ın imtiyaz sözleşmesine ilişkin olarak 2 (iki) ay içerisinde düşüncesini bildirmemesi durumunda Danıştay'ın düşüncesini olumlu olarak değerlendirmek ve o doğrultuda işlem yapmak gerekir.¹⁴ Ne var ki, uygulamada idarelerin imtiyaz sözleşmeleri konusunda Danıştay'ın görüşleri dışında işlem tesis etmekte çekingen davrandıkları da bilinen bir gerçektir. Bu nedenle, her ne kadar hukuki bir gereklilik olmasa da ilgili idare imtiyaz sözleşmesine yönelik olarak Danıştay'ın görüşünü, 2 (iki) ay geçse de beklemeyi ve Danıştay'ın görüşüne aykırı olmayan bir metni imzalamayı tercih edebilir.

İmtiyaz sözleşmesi hukuksal niteliği itibarıyla idari bir sözleşmedir. Bir sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi ya da idari sözleşme olarak adlandırılması görevli ve yetkili yargı yolunun tespitinde önem taşımaktadır. 4446 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasına eklenen hüküm ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi olanaklı kılınmıştır.¹⁵ Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar hakkında gidilebilir.

¹³ Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss292m.htm>

¹⁴ Cem Çağatay Orak, *a. g. e.*, s. 145.

¹⁵ Anayasa'nın 125. Maddesi şöyledir:

"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hükümler: 4446 - 13.8.1999) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir."

Katı atık hizmetlerinin sunumunda, hizmeti yürütecek tüzel kişinin ortaklık yapısı, finansman koşulları, yurt dışından hizmetin ifası için getirilecek makine parkı ve teçhizatı dikkate alındığında, bu tip sözleşmelerde yabancılik unsurunun bulunması sıklıkla gözlemlenmektedir. Bu itibarla şayet katı atık hizmetleri imtiyaz yöntemi ile görürülecekse, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar –sözleşmenin unsurları gözetilerek– milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülebilir.

Eğer imtiyaz sözleşmesinde uyuşmazlıkları çözüm mekanizması olarak milli veya milletlerarası tahkim öngörülmemişse, imtiyaz sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar Danıştay tarafından çözüme kavuşturulacaktır.¹⁶

2. Özel Hukuk Sözleşmesi

Katı atık hizmeti de dahil olmak üzere Belediye Kanunu'nun 15. maddesi (e), (f) ve (g) bentlerinde sayılan hizmetlerin belediye tarafından mutlak suretle imtiyaz usulüyle¹⁷ mi görürülebileceği, yoksa özel hukuk sözleşmesi aracılığı ile görürülmesinin mümkün olup olmadığı hususu ayrıca değerlendirilmelidir.

Danıştay 2006 yılında aldığı bir karar¹⁸ ile Belediye Kanunu'nun 15(2) maddesi karşısında, toplu taşıma sistemleri kurmak ve işlet-

¹⁶ Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinin ilgili hükmü şöyledir:

"(...) ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülmeyen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar."

¹⁷ Antalya Büyükşehir Belediyesi, Dünya Bankası'ndan aldığı 100 milyon US\$'lık kredi sonrasında su hizmetleri için Fransız Lyonnaise des Eaux adlı şirkete imtiyaz vermiştir. Bkz. Gamze Öztunalı, *Su Hizmetlerinin Yönetimi - Antalya İncelemesi*, TO-DAİE, Ankara, Aralık 1999.

¹⁸ Danıştay (1). Dairenin E. 2006/203 - K. 2006/719, T. 6.7.kararının ilgili bölümü şöyledir:

"(...) Sözü edilen hükümlere göre, belediyelerin otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel, raylı sistem dahil her türlü toplu taşıma sistemleri kurmak, kurdurmak, işletmek ve işletirmek konusunda tekel niteliğinde yetkileri bulunmaktadır. Hükümde geçen kurmak ve işletmek şeklindeki ifade ile bu hizmetlerin kurulması ve işletilmesinde faaliyetin belediye tüzel kişisi tarafından, kendi örgüt, araç-gereç, personel ve malvarlığı ile yürütülmesi demek olan "emanet" usulüne işaret edilmekte, kurdurmak ve işletirmek ifadesi ile de, bu hizmetlerin kurulması ve işletilmesinin emanet usulü dışında kalan usullerden herhangi biri tercih edilerek kamu

mek konusunda sadece “*emanet*” veya “*imtiyaz*” usullerinin uygulanabileceği sonucuna ulaşmıştır. Her ne kadar Danıştay’ın bu kararı sadece toplu taşıma hizmetine ilişkin olarak verilmiş olsa da, Belediye Kanunu’nun 15. maddesine doğrudan atıf yapıldığından, katı atık hizmetlerini de kapsayacak nitelikte olduğu iddia edilebilir. Esasında, modern idare hukukunda kamu hizmetinin bizatihi kamu tüzel kişileri ya da özel hukuk kişileri tarafından görülüyor olması çok fazla önemsenmemekte ve fakat hizmetin idarenin yakın gözetimi ve denetimi altında yürütülüyor olması aranmaktadır.¹⁹

Bu prensibin dikkate alınması kaydıyla katı atık hizmetlerinin belediye mevzuatı altında dahi, imtiyaz usulü dışında özel hukuk sözleşmesi ile özel kişilere gördürülmesinin mümkün olduğunu düşünüyoruz. Bununla beraber, katı atık bertaraf tesisinin inşası ve işletilmesi yatırımının belediye mevzuatı kapsamında özel hukuka tabi YİD veya Yİ sözleşmeleri aracılığıyla özel kişilere gördürülmesinin, Danıştay’ın yukarıda bahsi geçen kararı ile ortaya koyduğu görüş nedeniyle, uygulamada hukuki problemlerle karşılaşması olasılık dâhilindedir.

Şöyle ki, Belediye Kanunu’nun 18(j) maddesinde “*belediye adına imtiyaz verilmesine ve belediye yatırımlarının Yİ veya YİD modeli ile yapılmasına karar verme yetkisi belediye meclisindedir*” şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Ancak belediye yatırım ve hizmetlerinin YİD veya Yİ modeli altında görülmesine yönelik sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olacağına dönük bir hüküm Belediye Kanunu’nda yer almamaktadır.

“*Belediye adına imtiyaz verilmesi*”ne ek ifade olarak “*belediye yatırımlarının Yİ veya YİD modeli ile yapılması*”nın kullanılmış olması nedeniyle Yİ ve YİD modeline göre gerçekleştirilecek yatırımlara ilişkin yapılacak sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak düzenleneceği söylenebilir.

hizmetinin gördürülmesine olanak sağlanmak istendiği izlenimi yaratılmakta ise de, kamu hizmetinin görülmesine ilişkin emanet usulü dışındaki diğer usullerden sadece imtiyaz usulünden söz edilen 5393 sayılı Belediye Kanununun 15 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmü karşısında, toplu taşıma sistemleri kurmak ve işletmek konusunda sadece “*emanet*” veya “*imtiyaz*” usullerinin uygulanabileceği sonucuna ulaşılmaktadır (...)

¹⁹ Ali Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ankara, 2004, s. 35 ; Uğur Yıldırım, . a. g. m., s. 21.

Anayasa'nın 47. maddesine göre "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir", hükmü karşısında bu sonuca bu kadar net ulaşmak mümkün görünmemektedir.

Keza, Belediye Kanunu'nun 18(j) maddesi YİD ve Yİ modeline göre yapılacak yatırımların özel hukuk sözleşmesi suretiyle gerçekleştirileceğini düzenlemediği gibi, YİD modeline göre gerçekleştirilecek yatırımların YİD Kanunu hükümlerine göre yapılacağına dair de bir hüküm getirmemiştir. Eğer, söz konusu 18(j) maddesi YİD Kanunu'na atıf yapmış olsaydı, YİD Kanunu'nun 5. maddesine göre bu model altındaki sözleşmelerin özel hukuka tabi olduğu açıkça hükme bağlanmış olurdu. Bunun yanı sıra, pozitif hukukumuzda elektrik sektöründe gerçekleştirilecek belli bazı yatırımlar (termik santraller) dışında Yİ modelini ve bu model altında düzenlenecek sözleşmelerin hukuki niteliğini düzenleyen²⁰ bir kanun bulunmamaktadır. Bu itibarla, Belediye Kanunu altındaki Yİ sözleşmelerinin de özel hukuk sözleşmesi olarak düzenleneceği kesin bir ifadeyle söylenemez.

Her ne kadar biz Belediye Kanunu'nun 18(j) maddesinin imtiyaz dışında YİD ve Yİ modellerine atıf yapmak suretiyle, bu modellere göre yapılacak sözleşmelerin özel hukuka tabi olmasının amaçlandığını düşünüyorsak da Anayasa'nın 47. maddesi karşısında bu tam anlamıyla hukuki bir zemine oturtulamamıştır. Bir sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejim Anayasa'nın 47. maddesine göre kanunla belirlenmişse bu takdirde idari sözleşmelere ilişkin *objektif yaklaşım* devreye girecek ve o sözleşmenin niteliğine göre idari sözleşme ya da özel hukuk sözleşmesi olduğuna karar verilecektir.

Katı atık bertaraf tesisine ilişkin bir yatırımı herhangi bir hukuki sorunla karşılaşmaksızın özel hukuk sözleşmesi aracılığı ile gördürme, söz konusu yatırımın -aşağıda inceleyeceğimiz üzere- YİD Kanunu kapsamında YİD modeline göre veya KÖİ Taslak Kanunu altında-

²⁰ 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun, sadece elektrik sektörüne mahsus olup bu Kanun'un 3. maddesinde bu kanun altında imzalanacak sözleşmelerin özel hukuka tabi olacağı açıkça belirtilmiştir.

ki finansman modellerinden birisine göre gerçekleştirmekle mümkün olabilir.

3. Belediye Şirketlerinin Durumu

Katı atık hizmetleri dahil olmak üzere belediye hizmetlerinin belediye şirketleri aracılığı ile gördürülmesi de alternatif modellerden birisidir.

Belediye şirketleri, bazı yerel hizmetlerin yürütülmesi amacıyla belediyeler tarafından kurulan ya da yönetiminin elde edilmesi koşuluyla ortak olunan bağımsız bütçeli özel hukuk tüzel kişileri biçiminde tanımlanabilir.²¹ Belediye Kanunu'nun 70. maddesinde²² belediyelerin kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre şirket kurabileceği açıkça hükme bağlanmıştır.

Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 26. maddesi²³ de büyükşehir belediyelerinin kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabileceklerini öngörmüştür.

Belediye şirketleri, belediyenin görev alanına giren bir konuda faaliyet göstermek amacıyla belediye tarafından kurulurlar. Sermayelerinin yarısından fazlası belediyeye ait olmalı ve yönetim ve kontrolleri de belediyenin elinde olmalıdır. Belediye şirketleri her ne kadar özel hukuk tüzel kişisi olsalar da, yönetim ve denetim organlarının beledi-

²¹ Nihat Yıldız, "Belediye Birlik, İşletme ve Şirketlerinin Kuruluş ve Denetimi üzerine Bir Araştırma", *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C. 7, S. 4, Ekim 1998, s. 58 vd.

²² Belediye Kanunu'nun 70. maddesi şöyledir:

"Belediye kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre şirket kurabilir."

²³ Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 26. maddesi şöyledir:

"Büyükşehir belediyesi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir. Genel sekreter ile belediye ve bağlı kuruluşlarında yöneticilik sıfatını haiz personel bu şirketlerin yönetim ve denetim kuruluşlarında görev alabilirler. Büyükşehir belediyesi, kendine ait büfe, otopark ve çay bahçelerini işletebilir; ya da bu yerlerin belediye veya bağlı kuruluşlarının %50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketler ile bu şirketlerin %50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketlere, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın belediye meclisince belirlenecek süre ve bedelle işletilmesini devredebilir."

ye tarafından belirlenmesi nedeniyle belediyenin yoğun etkisi altındadır.

Özetlemek gerekirse, Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 26. ve Belediye Kanunu'nun 70. maddeleri uyarınca katı atık hizmetlerinin belediyelerin kuracağı ya da ortak olacağı şirketler vasıtasıyla yerine getirmesinde hukuken bir engel bulunmamaktadır.

Bu noktada üzerinde durulması gereken hususlardan biri de belediyelerin belediye şirketlerine ihale yapmaksızın iş verip veremeyecekleridir. İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'nün B050MAH0740001/47577 sayılı ve 19 Aralık 2000 tarihli ve İstanbul Valiliği Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'ne hitaben düzenlenen yazısı²⁴ dikkate alındığında, belediyelerin belediye şirketlerine ihalesiz iş vermeleri söz konusu olmayacaktır. Bu durumda gördürülecek işin niteliğine göre, belediye ya Devlet İhale Kanunu ya da Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre ihaleye çıkmalıdır.

Belediyelerin, belediye mevzuatına göre, belediye şirketlerine katı atık hizmetini gördürmek istemeleri durumunda imtiyaz yöntemi uygulanabileceği gibi, YİD Kanunu veya KOİ Taslak Kanunu altında özel hukuk sözleşmesi yöntemi de uygulama alanı bulabilir. Belediye Kanunu'nun 18(j) maddesine göre YİD veya Yİ modeli uygulanması halinde, yukarıda yaptığımız açıklamalar ışığında bu modeller altında imzalanacak sözleşmelerin hukuki statüsüne, sözleşmenin niteliğine göre karar verilmelidir.

²⁴ İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'nün B050MAH0740001/47577 sayılı ve 19 Aralık 2000 tarihli İstanbul Valiliği Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'ne hitaben düzenlenen yazısında aynen şu ifadeler kullanılmaktadır:

"2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun (71). maddesinde öngörülen kamu kurumlarının ihtiyaçlarının birbirlerinden ihaleye tabi olmaksızın karşılayabilme imkânı belediye şirketleri için geçerli değildir. Çünkü belediye şirketleri kamu kurumu olmayıp, Ticaret Kanunu'na tabi özel hukuk tüzel kişileridir. Buna göre ihtiyaçların ihale yapılmaksızın belediye şirketlerinden karşılanması yasalarımıza aykırıdır. Kamu kurumlarının ihtiyaçlarının 2886 sayılı Kanununun temel ilkelerine uygun olarak serbest rekabet ortamında karşılanması gerekmektedir. Bu, tekelleşmenin önlenmesini, kamu sektörüne dahil ticari şirketlerin özel sektörle eşit şartlarda kamu pazarına girmesini dolayısıyla da kaynakların etkin kullanımını sağlayacaktır. Bu nedenle, belediye birlik, şirket ve iştiraklerinden ihale yapılmaksızın ihtiyaçların temini yoluna gidilmeyecektir"

Belediye şirketi imtiyaz usulüyle katı atık hizmetini üstlendiğinde ancak imtiyaz sözleşmesinin hükümleri elverdiği ölçüde işin bir kısmını üçüncü bir kişiye devredebilir.

Belediye şirketleri YİD Kanunu ya da KOİ Taslak Kanunu hükümlerine göre belediye ile imzaladığı özel hukuk sözleşmesine göre bu hizmeti görüyorsa üçüncü kişilerden Kamu İhale Kanunu'na göre açacağı ihale ile hizmet satın alabileceği gibi, ihale açmaksızın belediye ile arasındaki özel hukuk sözleşmesi hükümleri uyarınca işin bir kısmını ya da tamamını üçüncü kişilere devredebilecektir.

B. YİD Kanunu

YİD Kanunu ile getirilen YİD modeli, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) görevlendirilen şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini öngörür. YİD Kanunu'nun 2. maddesine göre, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve çevre kirliliğini önleyici yatırımlar gibi yatırımlar, YİD Kanunu kapsamında YİD modeline göre gerçekleştirilebilecek yatırımlardır.²⁵

YİD Kanunu'na göre ilgili idare, YPK'nın onayını müteakiben, ilgili kanunlar çerçevesinde sadece "*kendi asli görevleri*" arasında sayılan bir iş veya hizmeti²⁶ YİD Kanunu'nda öngörülen modele göre belirlecek görevli bir şirketin yapması için ihale edebilir. YİD modeli kap-

²⁵ YİD Kanunu'nun 2. maddesi şöyledir:

"Bu Kanun, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar."

²⁶ YİD Kanunu'nun 3. maddesi "*İdare*"yi aşağıdaki gibi tanımlamaktadır:

"Yüksek Planlama Kurulunca bu Kanunda öngörülen yatırım ve hizmetleri yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırmak üzere sermaye şirketi veya yabancı şirket ile sözleşme yapmaya yetkili kılınan ve hizmetin asli sahibi"

samında ele alınabilecek çevresel yatırımlar arasında, çöp ayrıştırma-yakma ve çöpten enerji elde etme tesisleri ve çöpten biogaz elde etme yatırımı sayılmaktadır. Bu anlamda, katı atık bertaraf tesislerinin de “çevre kirliliğini önleyici yatırımlar” kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve dolayısıyla YİD Kanunu hükümlerine göre gerçekleştirilmesinin mümkün olduğunu düşünüyoruz. YİD Kanunu kapsamında katı atık bertaraf tesislerinin inşası ve katı atık hizmetlerinin yerine getirilmesi işini özel kişilere gördürmek isteyen belediyeler öncelikle İçişleri Bakanlığı aracılığı ile YPK’na başvurarak bu hususta karar aldırılmalıdır.

1994 yılında çıkarılan YİD Kanunu’nun 14. maddesine göre,²⁷ Devlet İhale Kanunu hükümleri YİD Kanunu kapsamında yapılacak ihalelere uygulanmayacaktır. Her ne kadar, madde 14’te Kamu İhale Kanunu’na bir atıf yoksa da, 2002 yılında Kamu İhale Kanunu çıkarılmadan önce kamu harcaması gerektiren işlerin de Devlet İhale Kanunu altında gerçekleştirildiği düşünüldüğünde, YİD Kanunu’na göre yapılacak ihalelerde Kamu İhale Kanunu’nun da uygulanmayacağını söylemek mümkündür. YİD Kanunu’na göre gerçekleştirilecek ihale yöntemleri YİD Kararında sayılmıştır: (i) Kapalı teklif usulü, (ii) Belirli istekliler arasında kapalı teklif usulü ve (iii) Pazarlık usulü. Görevin gereğine göre, bu usullerden hangisinin uygulanacağını tespit etme işi idareye aittir. Gerektiğinde YPK yatırım ve hizmetlerin özelliğine göre görevlendirme usulüne karar verebilir.

YİD Kanunu’nun 5. maddesine göre, idare ile görevli şirket arasında imzalanan sözleşme özel hukuka tabi bir sözleşme olacaktır.²⁸ Bilindiği üzere, 1999 yılında 4446 sayılı Kanun ile Anayasa’nın 155. maddesinde yapılan değişiklikten önce YİD Kanunu kapsamında gerçekleştirilen sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak Anayasa’da yapılan değişiklik ve sonra yine aynı yıl içerisinde 4493 sayılı Kanun ile YİD Kanunu’nun 5. maddesinde yapı-

²⁷ YİD Kanunu’nun 14. maddesi şöyledir:

“4 üncü maddede belirtilen Bakanlar Kurulu kararına göre gerçekleştirilecek yatırımlar 8 Eylül 1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi değildir.”

²⁸ YİD Kanunu’nun 5. maddesi şöyledir:

“Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir.”

lan değişiklikle YİD Kanunu kapsamında gerçekleştirilecek yatırımların “*özel hukuk sözleşmesi*” ile yapılması sağlanmıştır.

Özel hukuka tabi olan söz konusu sözleşmede idare, kamusal hukuki rejimden kaynaklanan üstün haklara sahip olmayacaktır. Sözleşme müzakerelerinde yatırımcı ile idare nispeten eşit konumda olduklarından görüşmeler daha esnek bir müzakere ortamında gerçekleşebilecektir. Özel hukuk sözleşmesinden kaynaklanan ihtilafların çözümünde, Danıştay yetkili olmayacaktır ve taraflar ihtilafların tahkim ile çözümlenmesine karar verebileceklerdir.²⁹

Sözleşmenin süresi, yatırım bedelinin ve yatırım için sağlanan kredilerin geri ödeme süresi ile projenin mahiyeti, sermayenin miktarı ve işletme esasları dikkate alınarak tespit edilir. Sözleşmenin süresi 49 yıldan fazla olamaz.

C. KÖİ Taslak Kanunu

Özellikle altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesinde kamu-özel işbirliği olarak isimlendirilen bu yöntem, zaman içinde giderek yaygın uygulama alanı bulmuştur. Hukuki globalleşme sürecinde bu yöntemin uygulamada *contrat de partenariat* adı altında yeni bir sözleşme kategorisi oluşturduğu kabul edilmektedir.³⁰ Ülkemizde de şu anda gündemde olan KÖİ Taslak Kanunu'nun³¹ yakın bir tarihte yasalaşması beklenmektedir. Makalenin bu bölümündeki incelememiz, söz konusu KÖİ Taslak Kanunu'nun şu anki mevcut haliyle herhangi bir değişiklik yapılmaksızın yasalaşacağı varsayımı ile yapılmıştır.

KÖİ Taslak Kanunu, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları, mahalli idareler, bunlar tarafından kurulan birlikler ve kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından yürütülen tarım, sulama, ulaştırma, enerji, haberleşme, madencilik hizmetleri ve çevre hizmetlerinin kanunda öngörülen finansman modellerinden birisi ile gerçekleştirilmesi amacıyla düzenlenmiştir.³²

²⁹ Supra.

³⁰ Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Ankara, 2010, s. 374.

³¹ Tasarının tam metni için bkz. <http://www.basbakanlik.gov.tr>

³² KÖİ Kanunu Taslağı'nın 2. maddesi şöyledir:

KÖİ Taslak Kanunu'nda öngörülen finansman modelleri çerçevesinde özel sektör ile sözleşme yapacak olan idare, söz konusu hizmetin "asli sahibi" olmalıdır.³³ Kısacası, herhangi bir belediyenin KÖİ Taslak Kanunu kapsamında özel sektör ile gerçekleştireceği işler, Belediye Kanunu ile belediyelerin yetkisi altında olan işlerle sınırlı olacaktır. Yukarıda belirtildiği üzere, katı atık bertaraf hizmetleri belediyelerin asli görevlerinden biridir. Bu bakımdan KÖİ Taslak Kanunu'nun mevcut haliyle yasalaşması durumunda, katı atık hizmetlerinin KÖİ Taslak Kanunu ile getirilen finansman modellerinden birisi ile gerçekleştirilebilmesi mümkün olacaktır.

KÖİ Taslak Kanunu ile YİD modeli, Yİ modeli, Yap-Kirala modeli ve İşletme Hakkı Devri modeli gibi çeşitli finansman modelleri düzenlenmiştir.

KÖİ Taslak Kanunu'na göre gerçekleştirilecek yatırımlar Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu'na tabi olmayacaklardır. Çünkü KÖİ Taslak Kanunu KÖİ yatırımlarına uygulanacak ihale yöntemlerini de düzenlemiştir: **(i)** belli istekliler arasında ihale, **(ii)** açık ihale, **(iii)** rekabetçi diyalog usulü, **(iv)** müzakere usulü (diğerlerinin bir şekilde uygun olmaması nedeniyle istisnai olarak uygulanan yöntem).

KÖİ Taslak Kanunu'na göre gerçekleştirilecek KÖİ yatırımları için idare ile imzalanacak sözleşme özel hukuka tabi olacaktır ve süresi 49 yıldan daha fazla olamayacaktır. Uyuşmazlıkların çözümünde Türk hukuku uygulanacak ve Türk mahkemeleri yetkili olacaktır. Ancak taraflar Türk hukukuna tabi tahkim yolunu da seçebilirler.³⁴ Görüldüğü gibi KÖİ Taslak Kanunu ile belediyelerin hizmetlerini imtiyaz usulü

"Bu Kanun merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları, mahalli idareler ve kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından yürütülen tarım, sulama, madencilik, imalat, enerji, ulaştırma, haberleşme, bilgi teknolojileri, turizmi konut, kültür, kentsel ve kırsal altyapı, belediye hizmetleri, kentsel dönüşüm, çevre, araştırma-geliştirme, hizmetleri ile eğitim sağlık, adalet, güvenlik ve genel idare altyapısı yatırım ve hizmetlerinin bu Kanunda tanımlanan Kamu-Özel İşbirliği modelleri çerçevesinde gerçekleştirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar."

³³ KÖİ Kanunu Taslağı'nın 3. maddesi "İdare"yi şöyle tanımlar:

"Bu Kanun kapsamındaki yatırım ve hizmetleri KÖİ modelleri çerçevesinde yaptırmak üzer özel sektör ile mevzuatı gereği sözleşme yapmaya yetkili ve hizmetin asli sahibi olan kamu kurum ve kuruluşlarını,"

³⁴ Supra.

dışında özel hukuk sözleşmesi aracılığıyla özel hukuk kişilerine yaptırma imkânı getirilmektedir.

III. Belediye Mevzuatı Altında Gerçekleştirilecek İhalelerde Sözleşmecinin Seçiminde Kullanılacak İhale Yöntemleri

Yukarıda belirttiğimiz üzere YİD Kanunu ve KÖİ Taslak Kanunu altında gerçekleştirilecek yatırım ve hizmetlere Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu uygulanmaz. Bu nedenle bu başlık altında incelenecek olan ihale yöntemleri, sadece Belediye Mevzuatı altında gerçekleştirilmesi düşünülen katı atık bertaraf hizmetlerine uygulanabilecek ihale yöntemleridir.

A. Genel Olarak

Devlet İhale Kanunu kapsamındaki kuruluşlar, gelir elde etmeye yönelik işlemlerini Devlet İhale Kanunu'na göre yapacaklardır.

Devlet İhale Kanunu kapsamına girmeyen kamu kurum ve kuruluşları ise gelir elde etmeye yönelik ihale işlemlerini önceden olduğu gibi hangi usule tabi iseler ona göre yürüteceklerdir.

Kamu İhale Kanunu ise bu kanun kapsamına giren kurum ve kuruluşlara, kamu harcaması gerektiren durumlarda uygulanacaktır.³⁵

Kısacası, idarelerin mal ve hizmet alımlarıyla yapım işlerinde Kamu İhale Kanunu uygulanacak, bunun dışında idarelerin satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri, kamuya gelir sağlanmasına yönelik olduğundan, Devlet İhale Kanunu'na tabi olarak yürütülecektir.

³⁵ Aynı yönde bkz. Uğur Emek, "Kamu İhalelerinde Etkinlik Arayışında Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun İşlevi", *Anara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*, Ankara, 2002, C. I, s. 333, dipnot (1)

B. Devlet İhale Kanunu

1. Kapsamı ve İhale Yöntemleri

Devlet İhale Kanunu'nun 1. maddesinde, belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin, gayri aynî hak tesisi ve taşıma işlerinin de bu Kanun'da yazılı hükümlere göre yürütüleceği açıkça hükme bağlanmıştır.³⁶

Devlet İhale Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca ihalelerde kapalı teklif usulünün esas olduğu belirtilmekle beraber, bazı işlerin farklı usuller ile ihale edilebileceği de düzenlenmiştir.³⁷ Belli istekliler arasında ihale usulünde, zorunlu nedenlerle üçten az istekliden teklif almak gerektiği takdirde Maliye Bakanlığı'nın görüşüne dayanılarak Bakanlar Kurulu'ndan bu hususta ayrıca karar alınması şarttır. Bu usule göre yapılacak ihalelerde, ihaleye katılacak isteklilerin isimleri belirtilmek suretiyle bizzat ilgili veya bağlı bulunulan bakanın onayının alınması zorunludur.

2. Devlet İhale Kanunu'nun 51(g) Maddesi

Devlet İhale Kanunu'nun 51(g) maddesinde “*Kullanışlarının özelliği, idarelere yararlı olması veya ivediliği nedeniyle kapalı veya açık teklif yöntemleriyle ihalesi uygun görülmeyen, Devletin özel mülkiyetindeki taşınır ve taşınmaz malların kiralınması, trampası ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi*” ile “*Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiralınması ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi*” nin pazarlık usulüyle ihalesinin yapılabilme-

³⁶ Devlet İhale Kanunu'nun 1. maddesi şöyledir:

“Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve **belediyelerin** alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin, gayri aynî hak tesisi ve taşıma işlerinin bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütüleceği açıkça hükme bağlanmıştır.”

³⁷ Devlet İhale Kanunu'nun 35. maddesi şu şekildedir:

Bu Kanununun 1 inci maddesinde yazılı işlerin ihalelerinde aşağıdaki usuller uygulanır:

- a) Kapalı teklif usulü,
- b) Belli istekliler arasında kapalı teklif usulü,
- c) Açık teklif usulü,
- d) Pazarlık usulü,
- e) Yarışma usulü.

İşin gereğine göre bu usullerden hangisinin uygulanacağı, bu Kanun hükümlerine uyularak idarelerince tespit edilir.

sine olanak sağlanmıştır. Buna göre, taşınır veya taşınmaz malın kullanılmasının özelliğinin pazarlık usulüyle ihaleyi gerektirmesi, pazarlık usulünün tatbikinde idareye yararlı olması ve işin ivedilik gerektirdiği hallerde pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilir.

Uygulamada bazı katı atık bertaraf hizmetleri projelerinin sadece Devlet İhale Kanunu'nun 51(g) maddesine göre ihaleye çıkarıldığına tanık olunmaktadır. Şu hususu açıkça vurgulamak isteriz ki, bir yapım işinin ya da belediye adına katı atık bertaraf tesisinin inşası ve belli bir süre işletilmesi işinin tek başına Devlet İhale Kanunu'nun 51(g) maddesine göre ihale edilmesi hukuken doğru bir yöntem değildir. Devlet İhale Kanunu'nun 51(g) maddesinin ihale hukuku ile doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Devlet İhale Kanunu'nun 51(g) maddesi devletin özel mülkiyetindeki taşınır ve taşınmaz malların nasıl ve ne şekilde tasarrufa konu olabileceğini gösteren bir hükümdür. Bu madde Kamu İhale Kanunu'na tabi olan yapım işlerinde de uygulama alanı bulabilir. Ne var ki, kamu harcaması gerektiren bir yapım ya da hizmet alımı (yapım ve hizmet işi birlikte de olabilir) işinin sadece Devlet İhale Kanunu'nun 51(g) maddesine göre ihaleye çıkarılması hukuken mümkün değildir.

Kamu harcaması gerektiren bir mal alım, yapım ya da hizmet işi mutlak suretle Kamu İhale Kanunu'na göre ihaleye çıkarılmalıdır. Şayet yapım ya da hizmet işinin gerçekleştirileceği taşınmaz mal ya da ihaleye konu taşınır mal söz konusu yapım ya da hizmet işinin bir parçasını teşkil ediyorsa; o takdirde bununla sınırlı olmak üzere Devlet İhale Kanunu'nun 51(g) maddesi uygulama alanı bulabilir.

3. Katı Atık Bertaraf Tesislerinin Devlet İhale Kanunu'na Göre Gerçekleştirilmesi

Katı atık bertaraf tesislerinin Devlet İhale Kanunu'na göre gerçekleştirilmesi ihtimalinde, esas itibarıyla ihalesi yapılan şey "*katı atık*" olmalı ve fakat katı atık bertaraf tesisinin yapımı ve işletilmesi olmamalıdır. Bir başka deyişle Devlet İhale Kanunu'na göre katı atık bertaraf tesisinin ihalesinin yapımında, belediyenin görevli şirkete belli bir miktarda katı atığı yıllık olarak ihale etmeyi taahhüt etmesi esastır. Bu taahhüdün karşılığında belediyenin bir gelir elde etmesi gerekmektedir.

Ancak şu hususu vurgulamak gerekir ki, katı atık bertaraf hizmetinin yerine getirilmesi için ihtiyaç duyulan bir katı atık bertaraf tesisinin inşası ve söz konusu tesisin belli bir süre işletilmesi ve sonunda da tesisin belediyeye devrini düzenleyecek unsurları barındıran bir yatırım belediyelerin her ne ad altında olursa olsun harcama yapmasını gerektiren bir sözleşme düzenlenmesini gerektirecektir.

Bu tür unsurları içeren bir yatırımın salt katı atığın özel şirkete satılması suretiyle gerçekleştirilecek şekilde Devlet İhale Kanunu'na göre ihale edilmesi mümkün görülmektedir.

Bütün bu unsurlar ve sözleşmenin karma niteliği dikkate alınmaksızın, söz konusu yatırımın Devlet İhale Kanunu'na göre ihale edilmesi çeşitli hukuki ve fiili sorunlar yaratabilecektir. Örnek vermek gerekirse, belirtilen işletme süresi içinde görevli özel şirketin katı atığı değerlendirip hizmet sunarken belediyeden bir bedel alması halinde veya işletme süresinin sonunda belediyeye devredilecek olan ve esasen belediyeye ait olan bertaraf tesisinin yapımı nedeniyle bir yapım bedeli alması halinde, Devlet İhale Kanunu'nun genel sistematığı bozulmaktadır.

C. Kamu İhale Kanunu

1. Kapsamı ve İhale Yöntemleri

2003/5 sayılı Kamu İhale Tebliği'nde bütçe gideri oluşturan ve harcama gerektiren iş ve işlemlerin Kamu İhale Kanunu'nun konusunu oluşturduğu, kamu harcaması yapılmasını gerektirmeyen ve bütçeden ödenek kullanımı söz konusu olmayan işlerin ise Kamu İhale Kanunu kapsamında yer almadığı düzenlenmiştir.

Kamu İhale Kanunu'nun 1. maddesinde, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan ya da kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşların Kamu İhale Kanunu'na tabi olacağı belirtilmek suretiyle kanunun kapsamı oldukça geniş tutulmuştur. Kamu İhale Kanunu'nun 2. maddesi bu konuda daha somut bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, belediyeler ve belediye şirketleri tarafından yapılacak ve kamu harcaması gerektiren ihaleler de Kamu İhale Kanunu'nun kapsamına girmektedir.

İdarelerin mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde uygulanacak ihale usulleri Kamu İhale Kanunu'nun 18. maddesinde (i) açık ihale usulü; (ii) belli istekliler arasında ihale usulü; ve (iii) pazarlık usulü olarak belirlenmiş ve böylece Devlet İhale Kanunu'ndaki kapalı teklif usulünden vazgeçilmiştir.

Kamu İhale Kanunu'na göre³⁸ idareler, Kamu İhale Kanunu'na tabi alımlarında, kural olarak açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale yapmak durumundadırlar. İdareler ihale konusu mal, hizmet ya da yapım işinin niteliğine veya yaklaşık maliyetine göre belirlenen ayrık durumlarında pazarlık usulü ya da ihale usulü olarak öngörülmemiş olmakla birlikte belli durumlarda kullanılabilir olan doğrudan temin yöntemini işletebileceklerdir.

2. Katı Atık Bertaraf Tesislerinin Kamu İhale Kanunu'na Göre Gerçekleştirilmesi

İleri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren katı atık bertaraf tesislerinin yapımı için Kamu İhale Kanunu altında uygulanacak ihale yöntemi sadece açık ihale usulü ya da belli istekliler arasında ihale usulü olabilir. Katı atık bertaraf tesislerine ilişkin ihalelerin pazarlık usulü ile ihale edilmesi mümkün gözükmemektedir.

Ancak, her ne kadar katı atık bertaraf tesisinin yapımı Kamu İhale Kanunu'na göre ihale edilse de, amaçlanan hedef sadece bu tür bir tesisin üçüncü kişiler tarafından yapımı değil, aynı zamanda da belli bir süre katı atık bertaraf hizmetinin üçüncü kişiler tarafından yerine getirilmesini sağlamak olduğu için, Kamu İhale Kanunu altında gerçekleştirecek ihale de ve sonunda görevli şirket ile imzalanacak sözleşme de karma nitelik taşıyacaktır. Bu nedenle de Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu altındaki standart ihale şartnamesi ve sözleşmesinden farklı şartname ve sözleşme metni kullanılması olağandır.

³⁸ Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesi şöyledir:

"Bu kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir."

IV. Sonuç ve Öneriler

Belediye Kanunu ve Büyükşehir Belediyesi Kanunu hükümleri dikkate alındığında, katı atık bertaraf hizmetini belediyeler *emanet usulü* altında bizzat kendileri yapabilecekleri gibi imtiyaz ya da özel hukuk sözleşmesi yoluyla özel kişilere de gördürebilirler. Belediyelerin pozitif mevzuatımız çerçevesinde YİD Kanunu altında YİD Modellerinden faydalanmaları da mümkün olduğu gibi, yakın tarihte yasalaşması beklenen KÖİ Taslak Kanunu ile getirilen finansman modellerinden birisi ile de bu hizmetleri özel sektör ile birlikte gerçekleştirmesi olanaklıdır.

1. Gerek Kamu İhale Kanunu gerekse Devlet İhale Kanunu idarelerin sözleşme akdetme yöntemini ortaya koyar. Ne var ki, imzalanacak sözleşmelerin hukuksal nitelikleri (özel hukuk sözleşmesi ya da imtiyaz sözleşmesi olarak düzenlenmesi), izlenecek ihale yöntemi için belirleyici değildir.³⁹ Burada daha çok belirleyici olan (i) Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu'nun kapsamı ile (ii) sözleşmelerin konusudur.

2. Kanımızca, kamu harcaması gerektiren ve içerisinde yapım ve hizmet işlerini barındıran bir katı atık bertaraf tesislerinin yapımı ve belli bir süre işletilmesi işinin Devlet İhale Kanunu'na göre ihaleye çıkarılması hukuken sakıncalıdır. Devlet İhale Kanunu'nun 51(g) maddesindeki pazarlık yöntemi sadece katı atık projesinde kullanılacak iş sahasının özel kişiye tahsisi için kullanılabilecek bir alternatiftir. Dolayısıyla, katı atık bertaraf tesisleri için Devlet İhale Kanunu'nun 51(g) maddesi tek başına bir ihale metodu olarak değerlendirilmemelidir.

3. Katı atık bertaraf tesislerinin yapımı ve belli bir süre işletilmesini konu alan sözleşmeler yapım ve hizmet işlerini kapsayan karma sözleşmelerdir.⁴⁰ Bu çerçevede esasında kamu harcamasını gerektirir. Dolayısıyla, kamu harcamasını gerektiren her iş gibi katı atık bertaraf tesislerinin de -YİD Kanunu ve KÖİ Taslak Kanunu'na göre⁴¹ ihale edilmemeleri halinde- Kamu İhale Kanunu'na göre ihale edilmesi-

³⁹ Dan. (1) Daire, E. 2006/203 - K. 2006/719, t. 6.7.2006

⁴⁰ Kamu İhale Kanunu'nun (5). maddesine göre aralarında doğal bağlantı bulunan yapım ve hizmet işleri bir arada ihale edilebilir.

⁴¹ Bu şekilde yasalaşacağı dikkate alınarak yazılmıştır.

nin çok daha yerinde olacağını düşünüyoruz.⁴² Kamu İhale Kanunu'na göre ihale edilen katı atık hizmetleri için imtiyaz⁴³ veya özel hukuk sözleşmesinin yapılması olanaklıdır.

4. Her ne kadar, katı atık bertaraf tesisi ihalelerinin Kamu İhale Kanunu'na göre düzenlenmesi halinde, yapılacak sözleşmenin “*imtiyaz*” niteliğinde olmasının şart olmadığına inansak da, son dönemde Danıştay'ın Belediye Kanunu madde 15 altındaki hizmetleri sadece imtiyaz yöntemi ile görülebilecek bir hizmet olarak değerlendirme eğilimi dikkate alındığında, Kamu İhale Kanunu'na göre belediye mevzuatı altında yapılacak katı atık bertaraf tesislerine ilişkin sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olarak düzenlenmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

5. Benzer şekilde, Danıştay'ın geçmiş yaklaşımlarından yapılan bir kıyas ile belediyelerin belediye şirketlerine katı atık hizmetini gördürmek istemeleri durumunda imtiyaz yöntemi uygulanabileceği gibi, YİD Kanunu veya KOİ Taslak Kanunu altında özel hukuk sözleşmesi yöntemi de uygulama alanı bulabilir. Belediye şirketi imtiyaz usulüyle katı atık hizmetini üstlendiğinde, bu hizmeti ancak kısmen üçüncü kişiye devredebilecektir. Ne var ki, YİD Kanunu ya da KOİ Taslak Kanunu altında bu hizmeti görüyorsa üçüncü kişilerden Kamu İhale Kanunu'na göre açacağı ihale ile hizmet satın alabileceği gibi, ihale açmaksızın belediye ile imzaladığı özel hukuk sözleşmesi hükümleri uyarınca işin bir kısmını ya da tamamını üçüncü kişilere devredebilecektir.

⁴² Bir başka ifadeyle KİK, hem imtiyaz sözleşmeleri gibi *idari sözleşmelere* hem de idarenin özel hukuk sözleşmelerine uygulanabilir. Aynı yönde bkz. Kemal Gözler, *a. g. e.*, C. I, s. 98

⁴³ İdare hukukunda imtiyaz temelde kişiye bağlı bir işlemdir. Dolayısıyla, yetkisi açık bir biçimde sınırlandırılmadıkça idarenin imtiyazcayı seçme konusunda serbestisi vardır. Buna *intuitu personae* prensibi adı verilmektedir. Bu serbesti, imtiyazcı şirketin seçilmesinde izlenebilecek yöntem için de geçerlidir. Bu itibarla, Belediye 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nu uygulamak suretiyle de imtiyazcayı seçebilir.

KISALTMALAR CETVELİ

Belediye Kanunu	:	13 Temmuz 2005 tarih ve 25874 sayılı <i>Resmi Gazete'</i> de yayımlanan 5393 sayılı Belediye Kanunu
Büyükşehir Belediyesi Kanunu	:	23 Temmuz 2004 tarih ve 25531 sayılı <i>Resmi Gazete'</i> de yayımlanan 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu
Belediye Mevzuatı	:	Belediye Kanunu ve Büyükşehir Belediyesi Kanunu
Devlet İhale Kanunu	:	10 Eylül 1983 tarih ve 18161 sayılı <i>Resmi Gazete'</i> de yayımlanan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu
Kamu İhale Kanunu	:	22 Ocak 2002 tarih ve 24648 sayılı <i>Resmi Gazete'</i> de yayımlanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
Katı Atık Yönetmeliği:	:	14 Mart 1991 tarih ve 20814 sayılı <i>Resmi Gazete'</i> de yayımlanan Katı Atıkların Kontrolü Yönetmeliği
KÖİ	:	Kamu-Özel İşbirliği
KOİ Taslak Kanunu	:	Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi ile Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Taslağı
Yİ	:	Yap-İşlet
YİD	:	Yap-İşlet-Devret
YİD Kanunu	:	13 Haziran 1994 tarih ve 21959 sayılı <i>Resmi Gazete'</i> de yayımlanan Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun
YPK	:	Yüksek Planlama Kurulu

KAYNAKLAR

Emek, U., Kamu İhalelerinde Etkinlik Arayışında Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun İşlevi, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*, C. I, Ankara 2002.

- Gözler, K., *İdare Hukuku*, Bursa, 2003.
- Gözübüyük, Ş./Tan, T., *İdare Hukuku*, Ankara, 2010.
- Günday, M., *İdare Hukuku*, Ankara 2004.
- Orak, C. Ç., *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim*, Ankara 2006.
- Öztunalı, G., *Su Hizmetleri Yönetimi – Antalya İncelemesi*, TODAİE, Ankara Aralık 1999.
- Tan, T., *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Ankara 2010.
- Ulusoy, A., *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, İstanbul 2004.
- Yıldırım, U. / Güler, B. A., *Çöp Hizmetleri Yönetimi*, TODAİE Yayınları, Ankara Nisan 2001.
- Yıldız, N., *Belediye Birlik, İşletme ve Şirketlerinin Kuruluş ve Denetimi Üzerine Bir Araştırma*, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C. 7, S. 4, Ekim 1998.

TAKİP HUKUKUNDA “NAFAKA BORCUNU ÖDEMEME” SUÇU (İİK Madde 344)

CRIME OF “DEFAULTING IN PAYING MAINTENANCE ALLOWANCE”
IN ENFORCEMENT LAW

Talih UYAR*

Özet: Bu çalışmada, nafaka borcunu ödememe suçunun unsurları, yargılama aşaması, usulü ve takibi ile bu suçtan dolayı hükümlülük kararı verilmesinden sonra ve hükmedilen ceza infaz oluncaya kadar işleyecek olan nafakaların ödenmemesi konuları; doktrin görüşleri ve yüksek mahkeme kararları ışığında ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler: İİK m. 344, takip hukuku, nafaka, nafaka borcu.

Abstract: In this study, the elements, the proceedings stage, the procedure and the pursuit of the crime of defaulting in paying maintenance allowance are reviewed as well as the issues concerning the default in paying maintenance allowance after sentence is held and until the implementation, in the light of doctrinal opinions and judgments of high courts.

Keywords: Article 344 of the Enforcement and Bankruptcy Law, enforcement law, maintenance, maintenance debt.

İİK'nın 344. maddesinde '*mahkeme ilanı ya da mahkemenin ara kararı ile ödemeye mahkum olduğu nafaka borcunu ödememe eylemi*' suç sayılarak cezalandırılmıştır.

* Av., İzmir Barosu.

I. Suçun Unsurları¹

A. Mahkemece hükmedilen nafakaya ilişkin ilama ya da ara kararına dayanılarak icra takibi yapılmış olmalıdır.

Nafaka borcunun ödenmemesinin bu maddeye göre suç sayılıp cezalandırılabilmesi için, takip konusu yapılmış olan ilamın (nafaka ilamının) kesinleşmiş olması da gerekli midir? 4949 sayılı Kanun'la -17.7.2003 tarihinde- "*ara kararları ile hükmedilen nafakaların da ödenmemesi*"nin suç sayılmadığı dönemde bu konu **doktrinde** tartışmalı idi.

Gerçekten bir görüşe göre;² "*İİK m. 344'e göre, ceza verebilmek -yani; "nafaka borcunu ödememe" eyleminin suç teşkil edebilmesi için- nafaka ilamının kesinleşmiş olması gerekmez. Çünkü nafaka ilamının yerine getirilebilmesi (takip konusu yapılabilmesi, infazı) için, kesinleşmesi gerekmemektedir. Hukukta, "ilam sözü", kesinleşsin kesinleşmesin bütün nihai kararları kapsamına aldığından (bkz. HUMK m. 429, 438, 440/2; İİK m. 36, 40) nafaka borcunu ödememe suçunun oluşması için, nafaka ilamının kesinleşmesine gerek yoktur.*"³

Kanımızca da isabetli olan, dayanağını HUMK m. 434/3'de bulunan, nafaka hukukunun gayelerine ve nafaka alacağının niteliğine⁴ uygun bulunan bu görüş, doktrindeki diğer yazarlarca⁵ benimsenmediği gibi **Yargıtay**⁶ da, -o dönemde- "*ancak kesinleşmiş nafaka ilamındaki*

¹ Uyar, T., *İcra ve İflâs Hukukunda Suç Sayılan Fiiller (İcra-İflâs Suçları)*, s. 417 vd.

² Postacıoğlu, İ., *İcra Hukuku Esasları*, s. 750; Berkin, N., *İcra Hukuku Rehberi*, s. 489; Türkes, Ş., *İcra-İflâs Suç ve Cezaları*, s. 45.

³ Doğrul, V., *İcra ve İflâs Kanununun 344 üncü Maddesinin Uygulanması ve Beliren Boşluklar*, *Ad. D.*, 1946/II, s. 1219.

⁴ İnal, N., *Uygulamada Nafaka ve Boşanma Davları*, s. 1 vd.; Doğanay, İ., *Nazari ve Tatbiki Muhtelif Nafaka Davaları*, s. 11 vd.

⁵ Ergenekon, Y., *Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakaları*, s. 120 vd.; İnan, Y. Z., *İcra Tatbikatında Suç Sayılan Fiiller ve Ceza Davaları*, s. 64; Olgaç, S. / Köymen, H., *İçtihatlarla İcra ve İflâs Kanunu*, s. 1351; Ögütçü, T., *İcra ve İflâs Kanunundaki Yenilikler*, s. 203; Tuna, Y., *İcra Takibi Suçları*, *İBD*, 1955/9-10, s. 451; Akın, V., *İçtihat Notu*, *Jurisdictio*, s. 1374; Nayir, H., *Bizde İcra Ceza Davaları*, s. 86; Olgaç, S., *İcra-İflâs*, s. 1685; Özcengiz, M. N., *a. g. e.*, s. 179.

⁶ Bkz. 17. HD, 15.9.2003 T. 7156/7948; 30.5.2002 T. 2396/4421; 13.9.2002 T. 8461/7654; 7.2.2002 T. 180/579; 8. CD, 10.2.2000 T. 399/2036; 27.1.2000 T. 19448/944; 1.3.1999 T. 573/2472; 22.9.1997 T. 11586/12119 vb.

borcun ödenmemesinin İİK m. 344’e göre suç teşkil edeceğini” belirtmiştir...

4949 sayılı Kanun’la, 344. maddeye yeni bir fıkra eklenerek, “mahkemeler tarafından ara kararı ile kararlaştırılan nafakayı ödemeyen borçlular hakkında da bu maddenin birinci fıkrasındaki hükmün uygulanması” sağlanmıştı. İcra ve İflâs Kanunu’nun 344. maddesinin değişiklikten önceki şeklinde; ancak (kesinleşmiş) nafaka ilamında yazılı olan nafakayı ödemeyen borçlu, alacaklının şikayeti üzerine, icra mahkemesi tarafından cezalandırılmaktaydı. Yargıtay, madde metnindeki “ilam” terimini dar yorumladığı için, uygulamada, nafaka veya boşanma davası sırasında, tedbir olarak mahkemelerce ara kararı ile takdir olunan nafaka kararları müeyyidesiz kalmaktaydı. Aslında, muhtaç durumda olduğu için hemen alacaklısının eline geçmesi düşüncesiyle takdir edilmiş bulunan tedbir nafakalarının bu maddedeki himayeden yararlandırılması için maddede bu doğrultuda değişiklik yapılmıştı.⁷

4949 sayılı Kanun’la -17.7.2003 tarihinde- İİK’nın 344. maddesinde -yukarıda belirttiğimiz şekilde- değişiklik yapıp “ara kararı ile hükmedilen nafakaları ödememek de suç haline getirildikten sonra” takip konusu yapılan nafaka ilamında yer alan nafaka borcunu ödememesinin İİK m. 344’e göre suç sayılabilmesi için, nafaka ilamının -eskiden olduğu gibi- kesinleşmiş olması aranacak mıdır? **Doktrinde kimi hukukçular**⁸ “nafaka ilamının şikayet tarihinde kesinleşmiş olması gerektiğini” belirtirken **kimi hukukçular**⁹ ise “İİK’nın 344. maddesinde öngörülen nafaka borcunu ödememe suçunun oluşması için, takip konusu nafaka ilamının kesinleşmiş olmasına gerek bulunmadığını” -kanımızca da isabetli olarak- belirtmişlerdir... Bu konunun **yüksek mahkemenin içtihatlarında** da henüz kesin bir çözüme kavuşmadığını görüyoruz. Gerçekten, **yüksek mahkeme** kimi içtihatlarında¹⁰ -eskiden olduğu gibi- “icra ceza mahkemesindeki yargılamanın sonuçlanmasına (hüküm tarihine) kadar kesinleşmemiş olan nafaka ilamında yer alan nafaka borcunu ödememenin suç sayılma-

⁷ Uyar, T., “İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”ların Getirdiği Yenilikler, 2005, s. 139.

⁸ Coşkun, M., Açıklamalı-İçtihatlı İİK, C: 3, s. 3328; Çetin, E. H., Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflâs Suçları, s. 238.

⁹ Özmen, İ., İcra Mahkemesinin Görevine Giren Suçlar, s. 462.

¹⁰ Bkz. 17. HD, 9.12.2004 T. 10559/13196; 4.11.2004 T. 9168/11804; 28.10.2004 T. 4385/11463 vb.

yacağını” belirtmişken, kimi içtihatlarında¹¹ “nafaka borcunun ödenmemesinin İİK m. 344’e göre suç teşkil edebilmesi için, takip dayanağı ilamın kesinleşmesine gerek bulunmadığını” belirtmiştir...

Yüksek mahkeme;

“Birikmiş (işlemiş) nafaka borcunu ödememenin –bu borç ‘adi borç’ niteliğinde olduğundan– ‘suç’ sayılmayacağını”¹²

“Borçlu sanığa gönderilen ve tebliğ edilen icra emrinde birikmiş nafakanın yanında aylık nafakanın da talep edilmesi halinde ‘nafaka borcunu ödeme’ suçunun oluşacağını”¹³

“Tedbir nafakasını ödememenin de İİK. 344’e göre ‘suç’ teşkil ettiğini”¹⁴

belirtmiştir.

5358 sayılı Kanun’la bu madde yeniden düzenlenirken “nafakaya ilişkin kararların gereğini yerine getirmeyen borçlunun, alacaklının şikayeti üzerine cezalandırılacağı” belirtilmiş ve ne bu maddede ve ne de İİK’nın yürürlükten kalkan maddelerini belirten 23. maddede, 344/son hükümden bahsedilmemiştir. Kanımızca bu madde –yeni şekliyle– “nafakaya ilişkin kararların gereğini yerine getirmeyen” borçluyu cezalandırdığına göre, borçlunun yerine getirmediği nafakaya ilişkin karar “nafaka ilamı” olabileceği gibi “nafakaya ilişkin ara kararı” da olabilir. Yani; 5358 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonucunda –4949 sayılı Kanun’la suç haline getirilmiş olan– “ara kararı ile hükmedilen nafakayı ödememe eylemi”, bugün için de İİK m. 344’e göre suç olmaya devam etmektedir.¹⁵

Ancak; “sözleşme ile taahhüt edilen” nafaka borcunu ödememek de, bu maddeye göre suç teşkil etmez.¹⁶

¹¹ Bkz. 17. HD, 4.3.2004 T. 11285/2654; 17.11.2003 T. 676/10996.

¹² Bkz. 16. HD, 12.6.2007 T. 2336/2258; 17. HD, 8.5.2005 T. 1881/5558; 17. HD, 17.2.2005 T. 11515/1187 vb.

¹³ Bkz. 17. HD, 31.5.2005 T. 4215/436; 5.7.2004 T. 2482/8485; 26.2.2004 T. 12001/2224 vb.

¹⁴ Bkz. 16. HD, 23.2.2005 T. 11589/1116; 8.11.2004 T. 7803/11896 .

¹⁵ Uyar, T., “İİK’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”ların Getirdiği Yenilikler, s. 139 vd.

¹⁶ Akyazan, S., İcra ve İflâs Kanunundaki Yeni ve Değişik Hükümler Üzerinde Bir İnceleme, s. 220; Özcengiz, M.N., a. g. e., s. 47.

B. Nafaka ilamında yer alan nafaka borcu maddi hukuk bakımından devam ediyor olmalıdır.

Eğer, borçlunun nafaka ödeme yükümlülüğü maddi hukuk bakımından sona ermiş olmasına rağmen, nafaka ilamına dayanan takip, borçlu tarafından iptal ettirilmemiş olduğu için hala devam ediyor gözükyorsa, borçlunun böyle bir takibe konu olan nafaka borcunu ödememesi suç sayılmaz. Örneğin,182/II gereğince hükmolunan “*iştirak nafakası*” çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. İşte, iştirak nafakasına ilişkin bu duruma gelmiş bir takibi borçlu, “*lehine nafaka hükmedilen çocuğun ergin olması nedeniyle*” icra mahkemesinden¹⁷ ya da mahkemeden karar alıp, iptal ettirmemiş dahi olsa, nafaka borcu maddi hukuk bakımından sona ermiş olduğundan, bu nafakayı ödememiş olmasından dolayı –İİK. m. 344’e göre- cezalandırılmaz. Aynı şekilde, nafaka borçlusu nafaka alacaklısına bir süre yanında bakmışsa, bu süreye ilişkin olarak nafaka borcu –maddi hukuk bakımından- sona ermiş olduğundan,¹⁸ bu dönemdeki nafaka borcunu ödemeyen borçlu cezalandırılmaz.

C. “Nafaka İlamı” icraya konulmuş ve borçluya “icra emri” gönderilmiş veya “nafaka ödenmesine ilişkin ara kararı” icraya konulup, borçluya “örnek: 7 ödeme emri” gönderilmiş olmalıdır.

Nafaka borçlusu, “*icra emrini*” ya da “*ödeme emrini*” aldıktan sonra –işleyen- nafaka borcunu ödemezse, bu eylemi suç sayılır.

Nafaka alacağı her ay doğan ve ödenmesi gereken bir borç olduğu için, borçlunun “*icra emrini*” ya da “*ödeme emrini*” aldıktan sonra işleyen bir aya ait nafaka borcunu ödememesi ile daha teknik bir ifade ile “*icra emrinin (ödeme emrinin) tebliği ile şikayet tarihi arasında*” işlemiş ve ödenmemiş –en az bir aylık- nafaka borcunun bulunması halinde nafaka borcunu ödememe suçu oluşur.¹⁹

İlamda hükmedilen nafaka hakkında *icra takibi yapılmamışsa* –yani,

¹⁷ Uyar, T., *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C. 2, s. 3048.

¹⁸ Uyar, T., a. g. e., Şerh, C. 2, s. 1814

¹⁹ Bkz. 17. HD, 18.5.2005 T. 11541/5504; 9.5.2005 T. 3579/4987; 21.3.2005 T. 733/2603 vb.

borçluya "icra emri" gönderilmemişse- nafaka ilamındaki borcun ödenmemesi suç teşkil etmez.²⁰ Başka bir deyişle, icra emrinin tebliğinden önceki döneme ait nafaka borcunun ödenmemesi suç sayılmaz.²¹

Ayrıca önemi nedeniyle belirtelim ki, ödenmemesi suç teşkil eden nafaka, "icra emrinin tebliğinden sonra işleyecek olan" nafakadır. Bundan önceki döneme ait birikmiş (işlemiş) nafakaları ödememek -bunlar adi alacak niteliğinde olduğundan- "suç" teşkil etmez.²²

Eğer borçlu hakkında İİK m. 344 gereğince açılmış bulunan dava, herhangi bir nedenle -örneğin; şikayetçinin vazgeçmesi, davanın takip edilmemesi, borcun ödenmemesi vb. nedeniyle- düşmüşse, düşme kararının kesinleşmesi tarihinden itibaren²³ işleyen (işleyecek olan) bir aylık nafakanın ödenmemesi ile "nafaka borcunu ödememe" suçu oluşur.

Yine önemi nedeniyle belirtelim ki, şikayet tarihinde nafaka dosyası işleminden kaldırılmış durumda ise, nafaka borcunu ödememe suçu oluşmaz.²⁴ Ancak, takipten düşmüş dosyadan gönderilecek yenileme bildirisi ile şikayet tarihi arasında işlemiş ve ödenmemiş nafaka borcu bulunursa, bu borcu ödememek suç sayılır.²⁵

D. "Nafaka borcunu ödememe suçu"ndan dolayı mahkumiyet kararı verilebilmesi için, borçlu vekiline "icra emri" tebliğ edilmiş olması yeterli olmayıp, ayrıca borçluya da "icra emri" tebliğ edilmiş olması gerekir.²⁶ Çünkü icra emrinin, borçlu vekiline tebliği ile, icra takibi kesinleşirse de, bu durum, cezai sorumluluk bakımından, borçlu aleyhine sonuç doğurmaz...

²⁰ Bkz. 2. HD, 27.10.1983 T. 9418/8138.

²¹ Bkz. 12. HD, 27.10.1983 T. 9250/8134.

²² Bkz. 16. HD, 12.6.2007 T. 2336/2258; 17. HD, 18.5.2005 T. 1881/5558; 17. HD, 17.2.2005 T. 11515/1187 vb.

²³ Bkz. 12. HD, 11.3.1985 T. 2511/2180; 25.2.2005 T. 1193/1604.

²⁴ Bkz. 17. HD, 14.3.2005 T. 929/2223; 11.11.2004 T. 3285/7545; 16. HD, 23.3.2004 T. 13172/4666 vb.

²⁵ Bkz. 17. HD, 8.7.2004 T. 5540/8662; 8. CD, 6.4.1987 T. 2352/3204.

²⁶ Bkz. 17. HD, 9.12.2004 T. 10559/13196; 23.9.2004 T. 6504/9906; 23.9.2004 T. 4930/9902 vb.

E. Cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren nedenler bulunmamalıdır.

Nafakaya ilişkin ilam, takip konusu yapıldıktan sonra borçlu “*nafakanın kaldırılması veya azaltılması*” için dava açmış olabilir. Bu davada, borçlunun ileri sürdüğü sebepler, şikayet hakkında karar verecek olan icra ceza mahkemesinde haklı (hükmedilecek cezanın geri bırakılmasını gerektirecek nitelikte) bulunduğu takdirde, İİK m. 344/II gereğince, ceza verilmesi yargılamanın sonuna kadar ertelenir. Yani icra ceza mahkemesi, borçlunun açtığı “*nafakanın kaldırılması veya azaltılması*” davasını “*bekletici mesele*” sayar. Ancak hemen belirtelim ki, borçlunun açtığı her “*nafakanın kaldırılması veya azaltılması*” davası, icra ceza mahkemesindeki davayı etkilemez. Borçlunun açtığı bu davada haklı çıkabileceği tahmin edilebilen, ciddi davalar, ceza davasının ertelenmesine neden olabilir. Bu husus gerek *maddenin gerekçesinde*²⁷ ve gerekse *metninde* “...borçlunun ileri sürdüğü sebepler göz önünde bulundurulurak...” şeklinde açıkça belirtilmiştir.

İşte bu nedendir ki, borçlu hakkında, “*nafaka borcunu ödememe*” suçundan dolayı ceza verilebilmesi için, “*nafakanın kaldırılması veya azaltılması*” hususunda bir davanın açılmamış olması veya böyle bir dava açılmış olsa bile, (icra ceza mahkemesinin) bu davada ileri sürülen sebepleri, yargılamanın ertelenmesi için yeterli bulmaması gerekir...

II. Duruşma sırasında ve hükümden önce nafaka borcunun ödendiğinin anlaşılması halinde –İİK m. 354 gereğince– “*davanın düşürülmesine*” karar verilmesi gerekir.²⁸ Eğer temyiz dilekçesine ekli “*tahsilat makbuzu*”ndan, suç konusu nafaka borcunun ödendiği anlaşılırsa, “*düşme kararı*” verilmek üzere dosyanın icra ceza mahkemesine iadesi gerekir.²⁹

Sanık hakkında verilen “*cezanın, ödeme nedeniyle İİK'nın 354. maddesi uyarınca düşürülmesine*” karar verildikten sonra işleyecek bir ay-

²⁷ Bkz. Yuk. “538 sayılı Kanuna ait Hükümet Tasarısı Gerekçesi” – “Adalet Komisyonu Raporu Gerekçesi” – “Adliye Encümeni Mazbatası Gerekçesi”.

²⁸ Bkz. 17. HD, 7.10.2004 T. 7137/10445; 16.9.2004 T. 4950/9462; 16. HD, 8.3.2004 T. 584/3673 vb.

²⁹ Bkz. 12. HD, 9.12.1985 T. 14058/1069.

lık nafaka alacağıının ödenmemesi ile İİK'nın 344. maddesindeki suç oluşur...³⁰

Yüksek mahkeme³¹ "ahlaki bir görevin yerine getirilmesi için küçüğe gönderilen paranın, nafaka borcuna mahsuben yapılmış bir ödeme sayılamayacağına" -isabetli olarak- karar vermiştir.

III. "Nafaka borcunu ödememe" suçundan dolayı -İİK m. 344'e göre- hükümlülük kararı verilmesinden sonra, hükmedilen ceza infaz olununcaya kadar işleyecek olan nafakaları ödememek "suç" sayılmaz. "Nafaka borcunu ödememe suçun"dan dolayı hükmedilen cezanın infazından sonra -en az bir aya ait- nafaka borcunun ödenmemesi halinde, yine borçlu İİK m. 344'e göre cezalandırılır.³²

IV. "Nafaka borcunu ödememe" (İİK m. 344) suçunun "yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi" ile -yani; Anayasa'nın 38. maddesinin 9. fıkrası ile- bir ilgisi bulunmadığı, **yüksek mahkemece** ısrarla belirtilmiştir...³³

V. "Nafaka borcunu ödememe" suçunun takibi, alacaklının şikayetine bağlıdır (İİK m. 344/I, c.1).

Şikayet süresi, İİK m. 347'de öngörüldüğü şekilde "suçun işlendiğinin öğrenilmesinden itibaren üç ay ve suçun işlendiği tarihten itibaren bir sene"dir.³⁴

Yüksek mahkeme, "alacaklının 'en geç icra dosyasında beyanda bulunduğu tarihte",³⁵ "icra dairesinde haciz isteminde bulunduğu tarihte"³⁶ 'nafaka borcunu ödememe' suçunun işlenmiş olduğunu öğrenmiş sayılacağını" belirtmiştir.

"Nafaka borcunu ödememek" suçunda, suç tarihi "şikayetin gerçek-

³⁰ Bkz. 16. HD, 5.5.2004 T. 3647/6807; 12. HD, 11.3.1985 T. 2511/2180; 25.2.1985 T. 1193/1604.

³¹ Bkz. 12. HD, 5.5.1983 T. 3771/3569.

³² Bkz. 17. HD, 23.9.2004 T. 6119/9943; 12.7.2004 T. 5255/8879; 10.5.2004 T. 13197/5925 vb.

³³ Bkz. 17. HD, 2.5.2002 T. 4488/3412; CGK, 11.12.2001 T. 17-281/284.

³⁴ Bkz. 17. HD, 1.7.2004 T. 3287/8288; 12. HD, 7.10.1986 T. 11758/10115.

³⁵ Bkz. 12. HD, 7.10.1986 T. 11758/10115.

³⁶ Bkz. 17. HD, 9.2.2004 T. 13656-1325; 8. CD, 26.3.1987 T. 1138/2842.

leştiği tarihten geriye doğru bir aylık nafaka alacağıının muaccel olduğu tarih"tir.³⁷

Yargılama Usulü

a. Yetkili ve Görevli Mahkeme: İcra takibinin yapıldığı yerdeki icra ceza mahkemesi, yetkili ve görevli mahkemedir (İİK m. 346/I, III; 348).

b. Davanın Açılma Usulü: Nafaka alacaklısının -yetkili ve görevli icra ceza mahkemesine 'yazılı' veya 'sözlü' başvurusu "*şahsi dava dilekçesi*" ile dava açılır. İddianame ile "*kamu davası*" şeklinde açılmaz...³⁸

c. Suçun Cezası: İİK m. 344'de öngörülen suçun sabit görülmesi halinde, borçluya *üç aya kadar tazyik hapsi* verilir.³⁹

5358 sayılı Kanun'la maddede yer alan "*hapis cezası*", "*tazyik hapsine*" dönüşmüştür. Maddede öngörülen "*tazyik hapsi*"nin tanımı -"*disiplin hapsi*" gibi- CMK m. 2'de yapılmamıştır. Ancak, "*tazyik hapsi*"nin de -"*disiplin hapsi*" gibi- "*seçenek yaptırımlara çevrilemeyen*", "*ön ödeme uygulanamayan*", "*tekerrüre esas olmayan*", "*şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan*", "*ertelenemeyen*" ve "*adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen*" hapis olduğu gerek doktrinde ve gerekse uygulamada kabul edilmektedir. Bu nedenle, maddede öngörülen ve alacaklının şikayeti üzerine, icra mahkemesince İİK 344 uyarınca hükmedilecek "*üç aya kadar tazyik hapsi*" ertelenemeyecek, paraya çevrilemeyecektir.

"*Hapsin tatbikine başlandıktan sonra, ilamın gereği yerine getirilirse, borçlunun tahliye edileceği*" maddede ayrıca vurgulanmıştır.⁴⁰

Ç. Zamanaşımı: İİK'da herhangi bir *dava zamanaşımı* öngörülmemiştir.

d. Ceza zamanaşımı: Kararın kesinleşmesinden itibaren iki yıllık *ceza zamanaşımı* işlemeye başlar (İİK m. 354/II).

³⁷ Bkz. 16. HD, 13.11.2007 T. 3047/4418; 10.7.2007 T. 2658/2795; 1.3.2007 T. 522/412.

³⁸ Bkz. 8. CD, 22.12.1999 T. 18342/18913; 18.3.1996 T. 2587/3715.

³⁹ Bkz. 16. HD, 1.3.2007 T. 427/453; CGK, 5.12.2006 T. 16-304/273; 16. HD, 6.2.2007 T. 437/234; 17.11.2006 T. 5765/7335.

⁴⁰ Uyar, T. "*İİK'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*"ların Getirdiği Yenilikler, s. 140

KAYNAKLAR

- Akın, V., İçtihat Notu, *Jurisdictio*, s. 1374.
- Akyazan, S., *İcra ve İflâs Kanunundaki Yeni ve Değişik Hükümler Üzerinde Bir İnceleme*, s. 220.
- Berkin, N., *İcra Hukuku Rehberi*, s. 489.
- Coşkun, M., *Açıklamalı-İçtihatlı İİK*, C: 3, s. 3328.
- Çetin, E. H., *Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflâs Suçları*, s. 238.
- Doğanay, İ., *Nazari ve Tatbiki Muhtelif Nafaka Davaları*, s. 11 vd.
- Doğrul, V., *İcra ve İflâs Kanununun 344 üncü Maddesinin Uygulanması ve Beliren Boşluklar*, *Ad. D.*, 1946/II, s. 1219.
- Ergenekon, Y., *Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakaları*, s. 120 vd.
- İnal, N., *Uygulamada Nafaka ve Boşanma Davaları*, s. 1 vd.
- İnan, Y. Z., *İcra Tatbikatında Suç Sayılan Fiiller ve Ceza Davaları*, s. 64.
- Nayir, H., *Bizde İcra Ceza Davaları*, s. 86.
- Olgaç, S. / Köymen, H., *İçtihatlarla İcra ve İflâs Kanunu*, s. 1351.
- Olgaç, S., *İcra-İflâs*, s. 1685.
- Öğütçü, T., *İcra ve İflâs Kanunundaki Yenilikler*, s.203.
- Özcengiz, M.N., *a. g. e.*, s. 47.
- Özcengiz, M. N., *a. g. e.*, s. 179.
- Özmen, İ., *İcra Mahkemesinin Görevine Giren Suçlar*, s. 462.
- Postacioğlu, İ., *İcra Hukuku Esasları*, s. 750.
- Tuna, Y., *İcra Takibi Suçları*, *İBD*, 1955/9-10, s. 451.
- Türkeş, Ş., *İcra-İflâs Suç ve Cezaları*, s. 45.
- Uyar, T., *İcra ve İflâs Hukukunda Suç Sayılan Fiiller (İcra-İflâs Suçları)*, s. 417 vd.
- Uyar, T., *“İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”ların Getirdiği Yenilikler*, 2005, s. 139.
- Uyar, T., *“İİK’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”ların Getirdiği Yenilikler*, s. 139 vd.
- Uyar, T., *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C. 2, s. 3048.
- Uyar, T., *a. g. e.*, Şerh, C. 2, s. 1814.
- Uyar, T., *“İİK’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”ların Getirdiği Yenilikler*, s. 140

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 05.12.2007
E. 2007/5-932
K. 2007/952

- * Kamulaştırma konusu irtifak hakkı bedelinin tespiti
- * Kamulaştırma konusu irtifak hakkının tapuya tescili
- * Satın alma usulü kamulaştırma için anlaşma yolu
- * İdarenin uzlaşma davetiyesini taşınmaz mal malikine bizzat tebliği
(4650 sayılı K. ile değişik 2942 sayılı Kamulaştırma K. m. 1, 5, 6, 7, 8, 10, 14; Anayasa m. 46; 7201 sayılı Tebligat K. m. 1, 16, 17)

Taraflar arasındaki “kamulaştırma konusu irtifak hakkı bedelinin tespiti ve bu hakkın tapuya tescili” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Dicle Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 20.04.2006 gün ve 2005/157-2006/73 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 19.12.2006 gün ve 2006/11329-2006/14466 sayılı ilamı ile (...Dava, 4650 sayılı Kanun’la değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 10. maddesine dayanan) kamulaştırma konusu irtifak hakkı bedelinin tespiti ve bu hakkın davacı idare adına tescili istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın ön şart yokluğu nedeni ile reddine karar verilmiş, hüküm davacı idare vekilince temyiz edilmiştir.

Yapılan incelemede; tensip kararından sonra davalıların adreslerine tebligat çıkarıldığı, davalılardan H. K.'nin ölü olduğu anlaşılmış, mahkemece işin esasına girildiği görülmüştür.

Bu nedenle; Kamulaştırma Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca ölü olan tapu malikinin mirasçıları davaya dahil edilerek işin esası hakkında hüküm kurulması gerekirken, ön şart yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesi,

Doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, 4650 sayılı Kanun'la değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesine dayanan kamulaştırma konusu irtifak hakkı bedelinin tespiti ve bu hakkın tapuya tescili istemine ilişkindir.

Davacı TEİAŞ Genel Müdürlüğü vekili; müvekkili idarece alınan kamu yararı kararına dayanılarak, mülkiyeti davalılara ait bulunan Diyarbakır İli, Dicle İlçesi Kuru Köyü 143 parsel sayılı taşınmazın 1744,16 m2lik bölümünde ve aynı köy 117 parsel sayılı taşınmazın 1414,46 m2lik bölümünde irtifak hakkı tesisi ile ilgili olarak 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4650 sayılı Kanun'la değişik 8. maddesi uyarınca davalılara taahhütlü mektupla bildirim yapıldığını, ancak pazarlıkta anlaşma sağlanamadığını ileri sürerek; 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4650 sayılı Kanun'la değişik 10. maddesi uyarınca, kamulaştırma konusu irtifak hakkı bedellerinin tespiti ile davacı idare adına tapuya tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar Hasan K. ve M. E. K.'ye dava dilekçesi ve duruşma gününü bildirir davetiye usulüne uygun tebliğ edildiği halde duruşmalara katılmamışlar; davalı M. E. K. vekili olduğunu beyan eden Av. R. E. tarafından adı geçen davalıdan alınmış vekaletname dosyaya ibraz edilmemiştir.

Davalılar Hanife K. ve H. K.'ye tebliğe çıkarılan dava dilekçesi ve duruşma gününü bildirir davetiye bila tebliğ iade edilmiş; Mahkemece dava tarihinden önce vefat ettiği tespit edilen davalı Hadi K.'nin mirasçıları belirlenmemiş ve davaya dahil edilmemişlerdir. Mahkemenin, *"davacı idarece 2942 sayılı Kanununun 7. maddesine uygun araştırma yapıp, bunun sonucuna göre aynı Kanununun 8. maddesinin öngördüğü anlamda satın alma usulünün denenmediği, anlaşarak satın alma teşebbüsünün yapılması ve sonuçsuz kalmasının davanın ön şartı olduğu"* gerekçesiyle *"davanın reddine"* dair verdiği karar, Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkemece *"dava aşamasında tapu paydaşlarının adres araştırması yapıp tebligat çıkarılmasının esasa ilişkin değil, taraf teşkiline dair usulü bir işlem olduğu, işin esasına girilmiş olsa dahi satın alma aşamasında dava şartı gerçekleşmemiş bulunduğundan esasa ilişkin hüküm kurulamayacağı"* gerekçesiyle önceki kararda direnilmiştir.

Dava konusu 143 ve 117 parsel sayılı taşınmazların müşterek paydaşı olan davalılar Hasan K., Hanife K., M. E. K. ve H. K.'ye davacı idarece taahhütlü posta ile tebliğe çıkarılan pazarlığa çağrı belgelerinde; davalılardan Hasan K. ve Hanife K. yönünden *"Muhtar M. M. D. imzasına teslim edildi"* şerhi verilerek 28.9.2005 tarihinde tebliğ edildiği belirtilmiş, diğer davalılar H. K. ve M. E. K. yönünden *"Muhatap vefat etmiştir"* şerhi verilmiştir. Davacı idarece, tebliğ belgesinde ölü olduğu belirtilen davalılar H. K. ve M. E. K.'nin gerçekten vefat edip etmedikleri, mirasçıları ve bunların adresleri araştırılmamış, tüm paydaşlar yönünden satın alma aşamasının anlaşmazlıkla sonuçlandığına dair her hangi bir belge düzenlenmemiş ve tapu paydaşları aleyhine, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4650 sayılı Kanun'la değişik 10. maddesi uyarınca görülmekte olan dava açılmıştır.

Bilindiği üzere; 4.11.1983 gün ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun uygulanması sırasında ortaya çıkan sorunların sağlıklı bir biçimde çözümü ve Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen ve asıl kural olan, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarının nakden ve peşin olarak ödenmesi koşuluyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların objektif esaslara göre hızlı, doğru ve sağlıklı bir şekilde kamulaştırılması esasının tam olarak uygulanmasının sağlanması amaçlanarak, 24.4.2001 gün ve 4650 sayılı Kanun'la değişik hükümler getirilmiştir.

Kanun'un genel gerekçesinde de ifade edildiği üzere; "...Devlet ve kamu tüzelkişilerinin ancak zorunlu hallerde ve başka şekillerde taşınmaz mal sağlayamamaları durumunda hızlı, doğru ve sağlıklı bir şekilde kamulaştırma yapmalarının sağlanması, kamulaştırma sebebiyle adli ve idari yargıda açılacak davaların önlenmesi veya en aza indirgenmesi, buna rağmen açılacak davaların hızla sonuçlandırılması, doğru bedel tespiti yapılarak kamulaştırma sebebiyle devlet veya diğer kamu tüzelkişileri ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinin haksızlığa uğramasının önlenmesi, kamulaştırma işlemlerinin hızla sonuçlandırılarak, devletin veya diğer kamu tüzelkişilerinin işlerinin ve yatırımlarının çabuklaştırılmasının sağlanması, uygulamada ortaya çıkan sorunların süratle çözümlenmesi amacıyla;

1) Anayasamızın 46. maddesi hükmüne uygun olarak, devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinin ancak zorunlu ve gerçekten kamu yararının gerektirdiği hallerde ortaya çıkan ihtiyaçlarını başka şekillerde (pazarlıkla satın alma, Maliye Bakanlığı'ndan veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarından tahsis suretiyle taşınmaz mal edinme gibi) karşılayamamaları halinde kamulaştırma yapmalarının temini amacıyla, kamulaştırma yetkisi tanınan devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinin kamulaştırma ihtiyacı ortaya çıktığında, Kamulaştırma Kanunu'nun 5. maddesinde sayılan mercilerce verilecek kamu yararı kararlarının 6. maddesi uyarınca onaylanmasından veya 6 ncı maddenin son fıkrası uyarınca yapılacak kamulaştırmalarda, yetkili icra organınca verilecek karardan sonra, idarelerin kıymet takdir komisyonu ve uzlaşma komisyonu kurarak öncelikle Kanun'un 8. maddesinde öngörülen satın alma usulü uygulamalarının sağlanabilmesi;

2) Kamulaştırma Kanunu'ndaki mevcut kamulaştırma sistemi değiştirilerek, kıymet takdir komisyonları eliyle yaptırılan kıymet takdiri usulü ve esaslarının ve buna bağlı diğer işlemlerinin ve keza, bedel artırım davaları açılabileceği yönündeki hükümlerin kaldırılarak, yeniden düzenlenen 10. maddeyle kamulaştırma işleminin tek davayla ve hızlı bir şekilde çözümlenmesi amacıyla, kamulaştırmayı yapacak olan devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinin doğrudan mahkemeye başvurarak, kamulaştırılacak taşınmaz malın gerçek kamulaştırma bedelinin tespiti ile, bu bedel karşılığında ve bu bedelin ödenmesi kaydıyla kamulaştırma yapılmasına ve taşınmaz malın kamulaştırma yapan idare adına tesciline karar verilmesinin sağlanması, bu davaların seri olarak ve hızla sonuçlandırılması..." öngörülmüştür. Görüldüğü gibi; 4650 sayılı Kanun ile, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'ndaki mevcut kamulaştırma sisteminin değiştirilmesinin amacı, uygulanabi-

lir, gecikmeleri ortadan kaldıran ve süratli şekilde sonuca ulaşan bir sistem kurmaktır.

O halde, Kamulaştırma Kanunu'nda, 4650 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucu getirilen yeni sistemde; anılan Kanun'un 5. maddesinde sayılan mercilerce verilecek kamu yararı kararlarınının 6. maddede uyarınca onaylanmasından sonra, 8. maddede belirtilen esaslar çerçevesinde idarenin, kıymet takdir komisyonu ve uzlaşma komisyonu kurarak, tespit edilen tahmini bedeli belirtmeksizin, taşınmaz pazarlıkla ve anlaşarak satın alma iradesini malike bildirmesi; tarafların anlaşamaması veya ferağ verilmemesi halinde 10. madde gereğince kamulaştırma bedelinin mahkemece tespiti ve idare adına tescili öngörülmüştür. Konuyla ilgisi bakımından öncelikle; 4650 sayılı Kanun'la değiştirilen 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun, "*Kamulaştırmada Önce Yapılacak İşlemler*" başlığı altında düzenlenen 7. maddesi ile "*Satın Alma Usulü*" başlığı altında düzenlenen 8. maddesi üzerinde durulmasında yarar vardır.

Burada önemle vurgulanmalıdır ki; Kanun'da yapılan değişiklik sonucu, idarelerin tapuda kayıtlı olan taşınmaz mallar hakkında yapacağı kamulaştırma işlemlerinde öncelikle pazarlıkta satın alma veya trampa usulünü uygulamaları esastır. Kamulaştırma kararının alınmasından sonra kamulaştırmayı yapacak idare, taşınmaz malın bedelini belirleyebilmek için yöntemine uygun bir biçimde kıymet takdir komisyonu oluşturarak taşınmazın tahmini bedelini belirler ve ayrıca bu bedel üzerinden pazarlıkla satın alma ve trampa işlemlerini yürütmek ve sonuçlandırmak üzere üç kişilik bir uzlaşma komisyonu kurar (m. 8). Kanun'un 7. maddesi uyarınca, kamulaştırma işlemlerini yapan idarenin, tapu kayıtlarını getirtip mal sahiplerinin adreslerini tapu, vergi ve nüfus kayıtları üzerinden veya ayrıca haricen yaptıracağı araştırma ile belgeye bağlamak suretiyle tespit ettirmesi ve tüm bu araştırmalar sonucunda tebligat adresi tespit edilemediği takdirde ilanen tebligat yapılması gerekir.

Hemen belirtilmelidir ki, kamulaştırılacak veya üzerinde irtifak hakkı kurulacak taşınmaz malın malik veya zilyedinin belirlenmesi ve adreslerinin araştırılması hususu, 7. maddenin değişiklik gerekçesinde de ifade edildiği gibi, kamulaştırmanın kısa süre içerisinde tamamlanması ve sürüncemede bırakılmaması açısından son derece önem arz

ettiği gibi; malı kamulaştırılan kişinin bundan haberdar edilmesinin önemi de izahtan varestedir. Görüldüğü üzere idarenin; malik veya zilyedin adresini tapu, vergi ve nüfus müdürlükleri ile ayrıca köylerde jandarma, polis teşkilatı bulunan yerlerde ilgili birimlerden sorarak tespit etmesi, tebligat adresinin belirlenmemesi halinde ilan tebligat yaptırması; nüfus kayıtlarında malikin veya zilyedin ölü olduğu belirlendiği takdirde, bu kez kamulaştırma işlemlerini mirasçılar adına yaparak, mirasçılarının adreslerini de aynı makamlardan araştırması, Kamulaştırma Kanunu'nun 7. maddesinin amir hükmü gereğidir. Bu aşamadan sonra idarece, satın alma usulüyle kamulaştırma için anlaşma yolunun denenmesi; eş söyleyişle 4650 sayılı Kanun'la önemli değişiklikler getirilen 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 8. maddesine göre idarenin kendi bünyesinde oluşturduğu kıymet takdir komisyonunca belirlenen tahmini bedeli belirtmeksizin, malikin 7. maddede uyarınca tespit edilen adresine resmi taahhütlü bir yazı ile uzlaşma davetiyesi gönderilmesi ve malik ya da temsilcisinin 15 gün içinde uzlaşma görüşmesi yapmak üzere idareye başvurması halinde, pazarlık görüşmesi yapılması; anlaşma olmaması veya ferağ verilmemesi halinde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4650 sayılı Kanun'la değişik 10. maddesine göre, kamulaştırma bedelinin tespiti ve taşınmazın idare adına tescili için idare tarafından mahkemeye dava açılması gereklidir.

Kamulaştırma Kanunu'nun açıklanan 8. maddesinin 4650 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki metninde, *“Kamulaştırmayı yapacak idarenin, kamulaştırma kararının alınmasından sonra kamulaştırmanın her safhasında mal sahibi ile anlaşarak taşınmaz mal veya kaynağı ya da bunlar üzerinde bulunan irtifak haklarını satın alabileceği”* öngörülmüş ve bu suretle idareye satın alma usulü ile kamulaştırma yapma zorunluluğu getirilmemiş iken; 8. maddenin 4650 sayılı Kanun'la değiştirilen metninde yer alan *“idarelerin, tapuda kayıtlı olan taşınmaz mallar hakkında yapacağı kamulaştırmalarda satın alma usulünü öncelikle uygulamaları esastır”* hükmü ile satın alma usulüyle kamulaştırma için idarenin anlaşma yolunu denemesi yasal bir zorunluluk haline getirilmiş ve ayrıca mal sahibi ile anlaşmanın nasıl yapılacağı hususu kapsamlı olarak düzenlenmiştir.

Bu noktada; 8. maddede, idarenin uzlaşma davetiyesini *“...resmi taahhütlü bir yazıyla malike bildirir”* hükmü yer almasına karşın, tebligat-

tın (bildirimin) hangi kanuna göre yapılacağına dair açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

O halde bu yönün; Kamulaştırma Kanunu'nun genel yapısı, ruhu ve öngördüğü ilkeler çerçevesinde, genel hukuk kuralları da dikkate alınarak, yargısal içtihatlarla açıklığa kavuşturulması; bu noktadan hareketle, Kamulaştırma Kanunundaki hükümler Tebligat Kanunu hükümlerine göre özel hükümler niteliğinde olduğundan öncelikle bu hükümlerin uygulanması, burada açıklık bulunmayan durumlarda Tebligat Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanması, Tebligat Kanunu hükümlerinde yer almayan gönderi türlerinin de, Posta Kanunu hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır. Yargısal uygulamada üst norm olarak kabul edilen, eş söyleyişle tebligatın nasıl yapılacağına ilişkin içerdiği düzenlemelere atıf yapılan, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun I. maddesi; *"Kazai merciler, genel ve katma bütçeli daireler, belediyeler, köy hükmi şahsiyetleri, barolar ve noterler tarafından yapılacak bilcümle tebligat, bu Kanun hükümleri dairesinde Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü veya memur vasıtasıyla yapılır."* hükmünü amirdir. Şu halde, anılan maddede sayılan kamu kuruluşları tebligatlarını 7201 sayılı Tebligat Kanunu ve bu Kanun'a göre çıkarılmış Tüzük hükümleri uyarınca yapmalıdırlar. Bu cümleden olarak; somut olaydaki gibi, 8.6.1984 tarih ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve değişiklikleri ile 22.1.1990 tarih ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye dayanılarak çıkarılan 2001/2026 sayılı Kararname'nin eki Bakanlar Kurulu kararı ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu çerçevesinde faaliyette bulunmak üzere kurulan Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi, anılan Kanun uyarınca lehine kamulaştırma yapma yetkisini haiz ve Kamulaştırma Kanunu'nun I ve 6. maddelerinde belirtilen kamu kurumlarından sayıldığından; davacı idarece tebligatın, Kamulaştırma Kanununda hüküm bulunduğu takdirde bu kanuna göre, aksi halde Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılması gerektiği kuşku ve duraksamadan uzaktır.

Bilindiği gibi, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'na göre esas olan, tebligatın muhatabın bizzat kendisine yapılmasıdır. Esasen, Kamulaştırma Kanununun değişik 8. maddesinde de, bildirim taşınmaz mal malikine yapılması gerektiği belirtilmiş, ancak tebligatın yapılacağı kimse-ler açısından başka bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Bu noktada; 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 16. maddesinde, *"Kendisine tebliğ yapılacak şahıs adresinde bulunmazsa tebliğ kendisi ile aynı konutta oturan kişilere veya hizmetçilerinden birine yapılır"* hükmü yer almakta olup; buna paralel bir düzenlemeyi içeren 5584 sayılı Posta Kanunu'nun *"Posta Maddelerinin Yetkili Yerlere Verilmesi"* başlıklı 1. maddesinin üçüncü fıkrasında, *"Alıcılar veya yukarıda belirtilen kişiler konutlarında bulunmazlarsa taahhütlü maddeler ve havale, koli, değerli mektup ve kutuların haber verme kâğıtları kendisiyle birlikte oturan ailesinden veya hizmetçilerinden yetişmiş olan birine, bunların da bulunamamaları halinde aynı yerde oturan, müdür, kâtip, mal sahibi gibi kimselere verilebilir."* denilmektedir.

Kısaca; idarece Kamulaştırma Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca uzlaşma davetiyesinin resmi taahhütlü bir yazı ile taşınmaz mal malikine bizzat tebliğ edilmesi; mal sahibinin adreste bulunmaması durumunda, Tebligat Kanunu'nun yukarıda açıklanan buna ilişkin hükümleri uygulanarak, tebligatın muhatap adına kabule yetkili kimselere (örneğin aynı çatı altında oturan aile efradına) yapılması gerekir.

Tebligatın, muhatap (taşınmaz mal sahibi) veya muhatap adına tebligatı kabule yetkili kimselere yapılmamış olması halinde, geçerli kabul edilmesi olanaklı değildir. Şu açıklamalardan anlaşıldığı üzere; idarelerin, tapuda kayıtlı olan taşınmaz mallar hakkında yapacağı kamulaştırma işlemlerinde pazarlıkla satın alma usulünü uygulamaları yasal bir zorunluluk olup; idarece öncelikle, Kamulaştırma Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca taşınmaz mal sahibinin, onun ölümü halinde mirasçılarının adreslerinin tapu, vergi ve nüfus kayıtları üzerinden veya ayrıca haricen yaptıracağı araştırma ile tespit ettirilmesi, bu aşamadan sonra 8. madde gereğince anlaşma yolu denenerek, malikin veya mirasçılarının 7. madde uyarınca tespit edilen adresine resmi taahhütlü bir yazı ile uzlaşma davetiyesinin gönderilmesi ve tebligatın, Tebligat Kanunu'na göre mal sahibine bizzat ya da onun adına kabule yetkili kimselere yapılması; mal sahibi bu davete icabet etmez veya gelip de tahmini bedelde anlaşma sağlanamaz ise, ancak bu takdirde 10. maddeye göre bedel tespiti ve tescil istemiyle mahkemeye dava açılması gerekir.

Eğer 7 ve 8. maddelerdeki şartlar yerine getirildikten sonra ve dava açma aşamasında malikin öldüğü tespit edilirse, işte o zaman

ve sadece bu duruma hasren 4650 sayılı Kanunla değişik 2942 sayılı Kanunun'un 14. maddesinin 5. fıkrası gereğince tapu malikinin mirasçıları davaya dahil edilerek davanın görülmesine devam edilir.

Burada üzerinde önemle durulması gereken bir başka yön ise, idarece 7 ve 8. maddelerde öngörülen prosedüre uyulmadan bedel tespiti ve taşınmazın idare adına tescili istemiyle mahkemeye dava açılması durumunda nasıl bir karar verilmesi gerektiği sorunudur. 4650 sayılı Kanun'la 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda yapılan değişikliklerle, kamulaştırmanın uluslararası normlara ve Anayasa'ya en uygun ve en süratli bir şekilde sonuçlandırılması ve değişiklikten önceki Kanunda kamulaştırma işlemlerindeki kural hataları nedeniyle meydana gelen gecikmelerin önüne geçilmesi ayrıca 8. maddenin, 7. maddede açıklanan şekilde gereği gibi uygulanarak dava açılmasının asgariye indirilmesinin amaçlanmış olmasına göre; mahkeme önünde görülmekte olan ve taraf teşkili sağlanıp esasına girilmiş bulunan bir davanın reddedilip, yeniden kamulaştırma işlemlerinin baştan yapılmasının istenmesi, Kanun'un gerek lafzına gerekse ruhuna aykırı olacaktır. Bu itibarla mahkemece, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesine göre açılmış bedel tespiti ve tescil davasında taraf teşkili sağlanmadan ve işin esasına girilmeden önce, davanın aynı Kanun'un 7 ve 8. maddelerinde öngörülen uzlaşma şartlarına uyulmadan açıldığının saptanması durumunda reddine karar verilmesi gerektiği; aksi takdirde, taraf teşkili tamamlanıp işin esasına girilerek, kamulaştırma bedelinin keşfen tespit ve idarece mal sahipleri adına bankaya bloke edilmesinden sonra, artık bu eksiklik nedeniyle davanın reddine karar verilemeyeceği açıktır.

Nitekim; yukarıdan beri açıklanan bu ilkeler, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 29.1.2006 gün ve E-.2006/5-748 K:2006/756; 5.7.2006 gün ve E:2006/5-498 K:2006/503; 28.2.2007 gün ve E:2007/5-85 K:2007/92 ve 28.2.2007 gün ve E:2007/5-86 K:2007/93; 19.09.2007 gün ve E:2007/5-639K:2007/601; 17.10.2007 gün ve E:2007/5-713 K:2007/736; 17.10.2007 gün ve E:2007/5-714 K:2007/737; 17.10.2007 gün ve E:2007/5-715 K: 2007/738; 17.10.2007 gün ve E:2007/5-716K: 2007/739; 17.10.2007 gün veE:2007/5-717 K:2007/740; 17.10.2007 gün ve E:2007/5-742 K: 2007/741; 17.10.2007 gün ve E:2007/5-743 K: 2007/742 sayılı kararlarında da aynen benimsenmiş ve istikrarlı olarak uygulana gelmiştir.

Somut olaya gelince; davacı Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi yararına irtifak hakkı tesisi için kamu yararı kararı alınan dava konusu 143 ve 117 parsel sayılı taşınmazların tapuda müşterek paydaşları olan Hasan K., Hanife K., M. E. K. ve H. K.'nin, pazarlıkla satın alma aşamasında nüfus kayıtları getirtilerek sağ olup olmadıklarının belirlenmesi; paydaşların ya da ölü ise mirasçılarının adreslerinin 7. madde uyarınca tapu, vergi ve nüfus kayıtları üzerinden veya ayrıca haricen yaptıracağı araştırma ile tespit ettirilmesi, belirtilen yöntemle adresleri tespit edilen paydaşlara ve ölü paydaşların mirasçılara 8. madde gereğince resmi taahhütlü bir yazı ile uzlaşma davetiyesinin gönderilmesi ve bildirim Tebligat Kanunu hükümlerine göre mal sahibine bizzat ya da onun adına kabule yetkili kimselere yapılmasının aranması, bu araştırmalar sonucunda adres tespiti yapılamaması halinde ilan tebligat yapılarak; öncelikle satın alma usulü denendikten sonra, taşınmazın paydaşları ve mirasçılar davete icabet etmedikleri ya da gelip de tahmini bedeli kabul etmedikleri takdirde görülmekte olan bedel tespiti ve tescil davasının açılması gerekirken; idarece tapu paydaşlarının sağ olup olmadıklarına dair nüfus kayıtları getirilmemiş, 7. maddede sayılan kuruluşlardan adresleri araştırılmamış ve bunun sonucu olarak pazarlığa çağrı belgeleri, taşınmazların bulunduğu köy adresine tebliğe çıkarılarak, davalılar Hasan K. ve Hanife K. yönünden tebligatı kabule yetkili bulunmayan ve Tebligat Kanunu'na aykırı usulle muhtara yapılan bildirimle yetinilmiş, tebliğ belgelerinde diğer davalılar M. E. K. ve H. K.'nin vefat ettikleri bildirildiği halde, yine yukarıda açıklanan usulle bir araştırma ve mirasçılara tebligat yapılmadan, pazarlıkla anlaşma sağlanamadığından bahisle görülmekte olan dava açılmıştır. İlke olarak, idarenin, öncelikle 8. maddenin şartlarını gözetmesi ve yerine getirmesi gerekir.

Yargılama aşamasında ise; dava dilekçesi ve duruşma günü bildirir davetiye tebliğ edilen davalılar Hasan K. ve M. E. K. duruşmaya katılmadıkları gibi, cevap dilekçesi de ibraz etmemişler, M. E. K. vekili olduğunu beyan eden avukatın adı geçen davalıdan alınmış vekaletnamesi dosyaya ibraz edilmemiş; davalılardan Hanife K.'nin tespit edilen adreslerine çıkarılan tebligatlar ise bila tebliğ iade edilmiştir. Diğer davalı H. K.'ye, dava dilekçesi ve duruşma gününün tebliği için çıkarılan davetiye ile bila tebliğ iade edilmesi üzerine nüfus kaydı getirtilmiş, ancak uzlaşma tutanağının tebliğ ve dava tarihi itibarıyla ölü

olduğu belirlenen adı geçen davalının tekmlil nüfus aile kaydı dosyaya celbedilmediği gibi, mirasçılarında her hangi bir tebligat da yapılmamış; böylece Yerel Mahkemece, taraf teşkili tamamlanmadan ve işin esasına girilmeden yargılama sonuçlandırılmıştır. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere; davacı idarece pazarlıkla satın alma aşamasında, tapu paydaşlarından H. K.'nin ölü olduğu nüfus kayıtlarından belirlenerek mirasçılarının ve bunların adreslerinin, ayrıca diğer paydaşlar Hasan K., Hanife K. ve M. E. K.'nin adreslerinin, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 7. maddesinde öngörülen şartlar yerine getirilmek suretiyle araştırılmadığı ve buna bağılı olarak 8. maddede belirtilen anlamda satın alma usulünün uygulanmadığı, dolayısıyla idarece uzlaşma şartlarına uyulmadan görülmekte olan davanın açıldığı belirgin olup; Mahkemece davalı Hanife K.'nin adresi tespit edilerek, davalılardan Hasan K. ve M. E. K.'ye tebligat yapılması ve diğer davalı H. K.'nin nüfus kaydının getirilmesi ile yetinildiği, ölü olduğu belirlenen H. K. mirasçılarında tebligat dahi yapılmadan, 8. maddede öngörülen şartların oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği anlaşıldığından; işin esasına girildiğine işaret eden bozma gerekçesinin aksine, Mahkemenin henüz taraf teşkilini dahi sağlamadan davanın reddine dair verdiği direnme kararı usul ve yasaya uygundur.

Hal böyle olunca; davacı idarece uzlaşma şartlarına uyulmadan açılan davanın reddine ilişkin olarak verilen direnme kararı, bu nedenle onanmalıdır.

Sonuç: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle onanmasına, gerekli ilam harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına gerek olmadığına, 05.12.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

- | | |
|----------------|--|
| T. 23.5.2007 | * Eser sözleşmesi |
| E. 2007/15-296 | * Alacak davası |
| K. 2007/289 | * Borç ilişkisinin devrinde taraf teşkili
(818 sayılı BK m. 162 vd;
1086 sayılı HUMK m. 187) |

Taraflar arasındaki “*alacak*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Uşak 1. Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 10.2.2005 gün ve 2004/119 E. 2005/47 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 15.6.2006 gün ve 2005/4000 E. 2006/3605 K. sayılı ilamı ile (...Dava eser sözleşmesine dayalı imalat bedelinin tahsiline ilişkin olup davanın kabulüne dair verilen karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında yapılmış bir sözleşme bulunmamaktadır. Eser sözleşmesi 16.04.1996 tarihinde noterde düzenleme biçiminde davacı ile dava dışı Z. E. arasında imzalanmıştır. Z. E. taşınmazın tapu kayıtlarını davalı Ü.’ye devretmiş ise de devir tarihinden sonra düzenlenen 04.03.1999 tarihli sözleşmede yeni sözleşmenin tarafı olarak Z. E. gösterilmiştir. Taraf teşkili kamu düzeninden olup mahkemece re’sen gözetilmesi gerekmektedir. Bu durumda mahkemece davalıya husumet düşmeyeceği gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken davanın esastan kabulü doğru olmamış kararın bozulması uygun bulunmuştur...) 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, eser sözleşmesinden kaynaklanan alacak istemine ilişkindir.

Davacı yüklenici, davalının kusurlu ve kötü niyetli davranışı nedeniyle inşaatın tamamlanamadığını ileri sürerek, davalının arsasına yapılan inşaat nedeniyle meydana gelen artı değer bedelinin tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, arsa sahibine karşı açılan

davada davacı yüklenicinin sadece faydalı ve zorunlu masrafı talebi hakkının bulunduğu, müteahhitlik kârı ve stopaj gibi değerleri talep edemeyeceği gerekçesiyle kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Özel Dairece; davalının eser sözleşmesinin tarafı olmadığından, davalıya husumet düşmeyeceği gerekçesiyle hüküm bozulmuş, mahkemece; davalının husumete itiraz etmediği ve davanın esası ile ilgili savunma ve beyanlarda bulunduğundan, artık husumeti kabul ettiği sonucuna varılarak ilk hükümde direnilmiştir.

Hemen belirtelim ki; husumet konusu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 187. maddesinde yer alan ilk itirazdan olmadığından davanın her aşamasında ileri sürülebilir.

Taraflarca ileri sürülmesi dahi gerek mahkemece, gerekse Yargıtay'ca tarafların bu yönde bir savunmasının olup olmadığına bakılmaksızın kendiliğinden göz önünde tutulur.

Bilindiği üzere Borçlar Kanunu'nun 162. ve devamı maddeleri gereğince; Kanun veya sözleşme ile veya işin mahiyeti icabı olarak menedilmiş olmadıkça, borçlunun rızasını aramaksızın alacaklı, alacağını üçüncü bir şahsa temlik edebilir. Borçlar Kanunu'nun 162. vd. maddeleri ile düzenlenen alacağın temlik işleminin konusunun alacak hakları ile sınırlandırılmış olması karşısında, alacak niteliği taşımayan hakların, aynı hakların ve yenilik doğurucu hakların devri alacağın temlik hükümlerine tabi değildir. Aynı şekilde bir borç ilişkisinin doğurduğu bütün haklar, borçlar ve yetkilerle birlikte devredilmesi de (borç ilişkisinin devri) alacağın temlik hükümlerine tabi değildir. Buna göre, bir borç ilişkisinin diğer tarafın rızası dışında bir üçüncü kişiye devredilebilecekken, o ilişkiye taraf olma durumunu karşı tarafın rızası dışında devretmesine imkan yoktur. Bir sözleşmenin tarafı olan kişi bu sözleşmeden doğan tüm alacaklarını temlik etmiş olsa bile, sözleşmenin tarafı yine de kendisidir; sözleşmeden doğan borçlarla bu kişi yükümlü olduğu gibi, sözleşme ilişkisine bağlı yenilik doğurucu hakların sahibi de yine aynı kişidir (Yrd. Doç. Dr. Baki İlkay Engin, *Alacağı Temlik Ede nin Garanti Sorumluluğu*, s. 23 vd).

Hal böyle olunca ilk kat karşılığı inşaat sözleşmesini 16.4.1996 tarihinde yüklenici ile birlikte Z.'nin yapmasına, her ne kadar tapununun 24.9.1998 tarihinde davalı Ü.'ye devredilmesine karşın, 4.3.1999 tari-

hinde yapılan tadil sözleşmesinin de Z. adına yapılmış bulunmasına, tapunun devrinin sözleşmenin de devredilmesi anlamına gelmemesine göre, usul ve yasaya uygun bulunan Özel Dairenin bozma kararına uyulması gerekirken, ilk kararda direnilmesi doğru olmamıştır.

Sonuç: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. maddesi gereğince bozulmasına, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 23.5.2007 gününde oy-çokluğu ile karar verildi.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 16.05.2007

E. 2007/9-298

K. 2007/270

- * Tazminat davası
- * Hakimi ret talebinin reddi
- * Hakimlerin, verdikleri kararlardan dolayı kanunda sınırlı sayıda sayılan sorumluluk halleri
(1086 sayılı HUMK m. 29, 36/4, 573)

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan incelemesi sonucunda ilk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nce; davacı tarafından Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'ne verilen dava dilekçesi ile davalı Hakim A. E. aleyhine HUMK'nın 573. maddesine dayanılarak açılan tazminat davasında görevsizlik kararı ile dava dosyası dairemize intikal ettirilmiştir.

Karar gereği dava dosyası gönderilmiş anılan dairenin 2006 / 1-1 D.İŞ sayılı kararı ekindeki dava dosyası Dairemizce ilk derece mahkemesi olarak kaydı yapıldıktan sonra taraf vekillerinin yüzlerine karşı yapılan açık yargılama sonunda dosya incelenip gereği düşünüldü:

Davacı tarafından verilen dava dilekçesinde özetle; avukatlık yaptığını Ankara 5. İş Mahkemesi'nin 2004/315 E. sayılı dosyasında HUMK'nın 29. maddesi gereğince müvekkilinin talimatı doğrultusunda yasal haklarını kullanarak hakim taraflara yol gösterir şekilde hareket ettiğinden bahisle reddi hakim talebinde bulunması üzerine talebin 10. İş Mahkemesi hakimi davalı A. E. tarafından incelenerek ha-

kimin reddedilme talebinin yasada öngörülen hiçbir sebebe dayanmaması, delil ibraz edilmemesi nedeniyle reddine; ret talebinde bulunan davacı vekillerinden ayrı ayrı HUMK'nın 36/4 maddesi gereğince "23.580.000.000 (yirmiüçmilyarbesyüzseksenmilyon) TL para cezasının alınmasına", karar verdiğini, oysa HUMK 36/4 maddesi gereğince 27/5/2005 tarihinde verilebilecek para cezasının alt ve üst sınırının 123.877.000 TL olduğunu, davalı hakim yasal dayanağı olmayan ve fahiş bir şekilde, olması gerekenden 50 kat fazla verilen para cezasının nasıl ve ne şekilde hesaplandığı anlaşılmadığını, kararın gerekçeli olması zorunluluğuna uyulmadığını, davalının hakimlik görevini yerine getirirken, müvekkilin imzası dahi bulunmayan bir dilekçe nedeniyle, kasıtlı olarak ve hakimliğin kendisine tanıdığı yetkiyi ağır kusurlu bir şekilde kötüye kullanarak açık ve kesin kanun hükümlerine aykırı olarak, bir hakim reddedilmesinden dolayı, bir avukatı cezalandırma kastıyla ve bir avukata para cezası verilemeyeceğini bile bile sınırın 50 kat üstünde bir para cezası vererek mesleki onurunu rencide etmiş olduğunu, uzunca bir süre müvekkil kararın psikolojik etki ve baskısından kurtulamayarak ruhsal bütünlüğünü ve dengesini bozduğunu, incinen mesleki onuru ve duyduğu manevi acıların giderilmesi, hukuka ve adalete olan güvenin bir nebze olsun eski haline getirilebilmesi için 6.000,00- YTL manevi tazminatın hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalıya usulüne uygun olarak dava dilekçesi ve duruşma günü tebliğ edildiği halde duruşmaya gelmemiş ve cevap vermemiştir.

Davacının dava dilekçesinde belirttiği ve yukarıda özetlenen reddi hakim talebiyle ilgili davalı hakim tarafından verilen karar davacı tarafca temyiz edilmiştir. Anılan karar Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin 15/11/2005 tarih ve E.2005/12329, K.2005/13658 sayılı kararıyla, hakim ret talebinin reddine dair kararın isabetli olduğu kabul edilerek bu yöne ilişkin temyiz itirazları reddedilmiştir. Kararda müvekkili nam ve hesabına hareket eden avukat aleyhine para cezasına hükmedilemeyeceği ve verilen para cezasının fahiş olduğu belirtilerek, 124 YTL para cezasına hükmedilmesi gerektiği doğrultusunda bozulmuştur.

Hakimin yargısal görevini yerine getirirken yaptığı hataların düzeltilmesi için kanun yolları öngörülmüştür. Temyizen bozulan karardaki hata yasanın açık hükmüne aykırılık taşımamaktadır. Gerçekten para cezalarının artan enflasyona göre uyarlanması sırasında hata yapılması olağandır. Zira reddi hakim talebinin reddi için nadiren para

cezası uygulayan hukuk hakiminin bu tür hesabı bilmemesi mazur görülebilir. Kaldı ki hatalı bu karar Yargıtay tarafından bozulmuştur.

Öte yandan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 36/4. maddesinde para cezasının ret talebinde bulunandan alınmasına ilişkin hüküm, Yargıtay içtihatlarıyla müvekkili adına hareket eden avukat yerine taraftan alınacağı kabul edildiğinden; bu durum hakimin açık bir yasa hükmüne aykırı hareket ettiğini göstermez. Hakimi ret dilekçesi başlığında kızlık soyadını taşıyan hukuk bürosunun antedi bulunmaktadır. Hakimi ret talebini içeren dilekçede adı yazılı davacının bu dilekçede imzasının bulunmamasına rağmen adının yer alması ve "ederiz" şeklinde çoğul ifade kullanıldığı görülmektedir. Davalı hakim davacı vekillerinden ayrı ayrı para cezası alınmasına karar vermesinin maddi hataya dayandığı bellidir. Gerçekten ret talebinde imzası bulunmayan kişiden para cezası alınması sadece vekalet hükümleri nedeniyle mümkün olacağından, yargısal işleyle ilgili bu hatanın düzeltilmesi her zaman mümkündür.

Hakimler verdikleri kararlardan dolayı kural olarak sorumlu değildir. Ancak, hakimlerin kasıtlı veya ağır ihmali ile kanuna aykırı karar vermiş oldukları bazı hallerde mali (hukuki) sorumlulukları kabul edilmiştir. Bu sorumluluk halleri de HUMK'nın 573. maddesinde sınırlı olarak sayılmıştır.

Yargılama işlevinin bir parçasını oluşturan taraf vekili avukatın yanlış olsa da bir para cezası ile mesleki onurunun rencide edilmesinden söz edilemez. Profesyonel olarak vekalet görevi yapan bir kişinin yargısal kararlardan etkilenmesi yargılama sürecinin olağan sonuçlarındanıdır. Bu nedenle davacının uzun bir süre kararın psikolojik etki ve baskısından kurtulamayarak ruhsal bütünlüğünün ve dengesinin bozulduğu kabul edilemez.

Bu durumda davacı vekilinin tanık dinletme talebi tanıkların sadece müvekkilinin bu olay nedeniyle uğradığı üzüntüye ilişkin olduğunu açıkladığından dinlendiğinde sonuca etkili olmayacağından, tanık dinletme talebi yerinde görülmemiştir.

Davacı, davalı hakimın yaptığı yargılama sırasında HUMK'nın 573. maddesindeki koşulları oluşturacak şekilde taraflardan birini korumak veya zararlandırmak amacıyla kasıtlı olarak, hakimliğin kendisine tanıdığı yetkiyi ağır kusurlu bir şekilde kötüye kullanarak, açık ve

kesin kanun hükümlerine aykırı olarak karar verdiğini, somut delillerle kanıtlayabilmiş değildir.

Açıklanan bu nedenlerle aşağıdaki kararın verilmesi gerektiği “sonuç ve vicdani kanaatine ulaşılmıştır.” Gerekçesiyle;

“HÜKÜM 1- HUMK’nın 573. maddesinde öngörülen koşulları oluşmadığından davanın reddine,

2- HUMK’nın 576/2 maddesi uyarınca takdiren 500 YTL tazminatın davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

3- Anılan Kanununun aynı maddesi uyarınca ayrıca davacınının 140 YTL para cezası ile cezalandırılmasına,

4- Peşin alınan harç mahsup edildikten sonra bakiye 12.20 YTL ret harcının davacıdan tahsiline,

5- Davalı lehine hükmedilen tazminatla ilgili olarak 27,00 YTL harcın davacıdan alınmasına,

6- Davacı tarafından yapılan yargılama giderlerinin üzerinde bırakılmasına”

dair oybirliği ile verilen 07.10.2006 gün ve 23181-27483 sayılı kararın davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine, süresinde temyiz edildiğinin anlaşılmasından ve dosyadaki tüm kağıtların okunmasından sonra gereği düşünüldü:

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin hükmüne yönelik temyiz itirazları incelendi:

Dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bilgi ve belgelere, daire kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun olduğu tespit edilen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararın onanması gerekir.

Sonuç: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile 9. Hukuk Dairesi’nin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararın yukarıda açıklanan nedenlerle onanmasına, aşağıda dökümü yazılı (27.90) YTL harcın temyiz edenden alınmasına, 16.05.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 13.03.2009
E. 2009/8
K. 2009/150

* Avukatın taraflarla ilgili anlaşmazlıkların dışında kalması, objektif olması gerektiği (1136 sayılı Av. K. m. 34, 134; TBB Meslek Kuralları m. 5, 6)

Şikayetli avukatlar hakkında, Üsküdar 2. Aile Mahkemesi'nin 2005/... Esas sayılı dosyasına sundukları 19.09.2005 tarihli dilekçe-de kullandıkları sözler ve duruşmada sergiledikleri tavırla Avukatlık Yasası'nın 34, 134, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5 ve 6. maddelerine aykırı davrandıkları iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülme-yerek disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar verilmiştir.

İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin 03.04.2007 gün ve 2006/... Esas, 2007/... Karar sayılı kararı, Kurulumuzun 07.12.2007 gün ve 2007/... Esas, 2007... Karar sayılı kararı ile "Üsküdar 2. Aile Mahkemesi'nde şikayetçinin eşinin vekili sıfatıyla 2005/... Esas sayılı Ailenin Korunması Kanunu'nun uygulanması talebiyle açtıkları davaya verdikleri iddia olunan ve Yönetim Kurulu'nun disiplin kovuşturmasına dayanak aldığı 19.09.2005 (bazı yazılarda 18.09.2005 olarak geçmektedir) tarihli dilekçenin dosyada bulunmadığı ve eksik inceleme ile karar verildiği" gerekçesi ile bozulmasına karar verilmiş ve Baro Disiplin Kurulu'nca yeniden yapılan incelemede 19.09.2005 havale tarihli olduğu anlaşılan dilekçe getirtilmek ve tanık-

lar dinlenerek sonuç itibarıyla disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetçi 19.09.2005 tarihli dilekçe içeriği ve 16.09.2008 günlü duruşmada dinlenen Y. E. ve M. A.'nın beyanları ile eylem sabit olduğu halde disiplin cezası tayinine yer olmadığına ilişkin kararın usul ve yasa aykırı olduğunu bildirerek karara itiraz etmiştir.

Şikayetli avukatlar disiplin kovuşturmasına konu dilekçenin (5) numaralı bölümü altında;

“Çocuklarına kendisinin bile değil, ablasının bakacağını söyleyen davaltının ailesiyle ilgili aşağıdaki bilgiler Mahkemenizin velayeti anneye bırakmak hususundaki kanaatlerine katkıda bulunacaktır.

** R.G., ağabeyi, alkolik, iki kez evlenmiş, ancak her iki eşi tarafından da kendisine şiddet uyguladığı için terk edilmiştir. İkinci eşini hamileyken ikinci katın balkonundan aşağıya sarkıtıp dövdüğü vakıadır. Alkol ve şeker komasından ölmüştür. Kardeşiyle aynı evde yaşadığı halde, öldükten ancak bir hafta sonra odasından gelen kokular üzerine öldüğü anlaşılmıştır.*

** K.G., ablası, hiç evlenmemiş, nikahsız yaşamakta ve sinirsel problemleri nedeniyle tedavi görmektedir.*

** G.S., ablası, ruhsal problemleri nedeniyle raporu vardır ve sürekli tedavi görmektedir.*

** G.S., yeğeni, okul müdürünü bıçakladığı için liseden tasdikname almıştır. Sabikalıdır. İki defa intihar teşebbüsünde bulunmuştur.*

** N.S., yeğeni, spastik özürdür. Bir defa ilaç içerek intihar girişiminde bulunmuştur.”*

şeklindeki sözlerinin müvekkilleri tarafından iletilen bilgiler olup, davayı savunmak ve velayetin bu tip bir aileye verilmemesini temin için savunma sınırları kapsamında dile getirdiklerini, duruşmada olduğu bildirilen dil çıkartma, el ve kol hareketleri iddiasının gerçek dışı olduğunu savunmuşlardır.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun söylenen bu sözlerin savunma hakkı kapsamında dile getirilip getirilmemiş olduğudur.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 02.05.1975 tarih, 1974/1160 Esas ve 1975/5782 Karar sayılı kararında da, “Avukat, müvekkillerinin çıkarları-

nı hasmının zararlarını gözetmeden, sert bir biçimde savunmak zorundadır. Çünkü meslek ödevi bunu gerektirir. Ancak karşılık avukatın, temsil ettiği tarafın çıkarlarını korumasının gerektirdiği ölçüyü ve objektif tartışma sınırını aşan, yersiz ve icapsız olarak karşı tarafın kişiliğini hedef tutan, onu küçük düşürmeye ve dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeye yönelik saldırılar hukuka aykırıdır ve avukatın sorumluluğunu gerektirir. Başka bir deyişle karşı tarafın kişisel ilişkilerini rencide edebilecek savunmasını, davanın amacı haklı gösterdiği, savunma gerçekten esasa yararlı ve etkili olduğu, hatta zaruri bulunduğu takdirde hukuka aykırılıktan söz edilmesi olanaksızdır.” denilmektedir.

Karar metninden de görüldüğü üzere avukat müvekkilinin çıkarlarını hasmının zararlarını gözetmeden savunmak zorundadır. Ancak bu halde şikayetli avukatın dilekçesinde kullandığı sözlerin, yargılamanın hukuksal yönü ile ilgili olarak “*hakkın ortaya çıkarılmasına yararlı, etkili ve hatta zaruri açıklama*”, “*objektiflik, gerçek ve somut vakualara dayanma*”, “*uyuşmazlıkla bağlantılılık*” ve “*hukuki açıklama*” esaslarına uygun açıklama olması gerektiği de tartışmasızdır.

Davada taraf olmayan ve ölüsünden dirisine tüm aile fertlerinin belgeye dayanmayan, kişisel gözleme dayalı yaşamlarının özür durumu da dahil dile getirilmesinin objektif olmadığı ve yargılamanın niteliği itibariyle uyuşmazlıkla bağlantılı bulunmadığı açıktır. Duruşmada dinlenen tanık anlatımları ile de şikayetli Av. A. İ.’nin dil çıkartmak ve el kol hareketleri ile tacizde bulunduğu da anlaşılmaktadır.

Avukat taraflarla ilgili anlaşmazlıkların dışında kalmalı, objektif olmalıdır.

Dosya kapsamına göre eylem Avukatlık Yasası’nın 34, 134, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 5 ve 6. maddelerine aykırı olduğundan Baro Disiplin Kurulu’nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmamış ve yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararın kaldırılarak şikayetlinin uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak şikayetçi C. G.’nin itirazının kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu’nun disiplin cezası tayinine yer olmadığına ilişkin kararın kaldırılmasına, şikayetli avukatlar H. İ. K. ve Av. A. İ.’nin ayrı ayrı uyarma cezası ile cezalandırılmalarına oybirliği ile karar verildi.

T. 24.04.2009
E. 2009/78
K. 2009/220

*** Disiplin işlerinde hükmün
açıklanmasının geri
bırakılmayacağı**
(5271 sayılı CMK m. 231/5)

Şikayetli avukat hakkında yapılan ceza yargılaması sonucunda Tarsus Ağır Ceza Mahkemesi'nin 15.07.2008 tarih ve 2008/... Esas, 2008/... Karar sayılı kararıyla görevi ihmal suçundan dolayı hapis cezası ile cezalandırılmasına ve CMK'nın 231/5 maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş, karar 31.07.2008 tarihinde kesinleşmiştir. Baro Disiplin Kurulu, aynı eylem nedeniyle yaptığı disiplin kovuşturması sonucunda şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına ve verdiği disiplin ceza kararının CMK'nın 231/5 maddesi uyarınca açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararı taraflara tebliğ edilmiş, karara Mersin Cumhuriyet Başsavcılığı itiraz etmiştir.

Cumhuriyet Başsavcılığı itirazında; *"CMK'nın 231/5 maddesinin disiplin suçlarında uygulanamayacağını belirterek, Baro Disiplin Kurulu kararının ilgili kısmının kaldırılmasını"* talep etmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetli avukat hakkında açılan disiplin kovuşturması sonucunda Tarsus Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararının sonucunun kesinleşmesinin beklendiği ve daha sonra şikayete konu eyleme uygun olarak kınama cezası verildiği anlaşılmaktadır.

Baro Disiplin Kurulu'nun eylemi ve karşılığı cezayı saptayıp uygulamasında bir isabetsizlik görülmemiştir. Ancak yasayla yetki verilmediği ve disiplin hukukunun amaç ve anlamı ile de bağdaşmadığı halde CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulamasının disiplin işlerinde yerine getirilmesinin hukuksal dayanağı olmamasına karşın verilen ceza kararının geri bırakılmasına karar verilmesi yerinde bulunmamıştır.

Bu nedenle yasal ve hukuksal zemini bulunmadığı halde, verilen disiplin cezası kararının açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesine ilişkin itirazın kabulü ile *"CMK'nın 231/5 maddesi uyarınca şikayetli avukat hakkında belirlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına"*

kısının hükümden çıkarılmasına, ancak Tarsus Ağır Ceza Mahkemesi kararında suç tarihinin 19.07.2001 olarak belirtilmesi karşısında Avukatlık Yasası'nın 159/3 maddesi uyarınca zamanaşımın 19.01.2009 tarihinde dosya barosunda iken dolduğu anlaşıldığından disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle düşmesine karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak Mersin Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının kaldırılmasına, disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle düşmesine katılanların oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 24.04.2009
E. 2009/83
K. 2009/221

*** Reklam yasağına aykırılık**
*** Kesin zorunluluk bulunmadıkça avukatın müvekkili adına basına açıklamada bulunamaması**
(TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği m. 8/b, e; TBB Meslek Kuralları m. 40)

Şikayetli avukat hakkında, Adalet Bakanlığı tarafından Tekirdağ Cumhuriyet Başsavcılığı'na soruşturma başlatıldığı bildirilerek disiplin yönünden de işlem yapılması istemi ve Trabzon Terörle Mücadele Şube Müdürü Y. Ö.'nün Baro Başkanlığı'na verdiği 12.02.2007 tarihli dilekçesi ile şikayetlinin Hırant Dink'in öldürülmesi olayı zanlılarından tutuklu Y. H. ile görüşmesinden sızdırdığı bilgilerle şahsını ve teşkilatını suçladığını, soruşturmanın gizliliğini ihlal ettiğini, gönüllü avukat diye adının geçtiğini, bu eylemlerinin suç oluşturduğunu ve reklam yasağına aykırı davrandığını iddia ederek yaptığı şikayet üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda şikayetli avukat hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikayetçi itiraz etmiştir. Şikayetçi itirazında; "şikayetli avukatın gazetecilerle Trabzon'dan İstanbul'a aynı uçakla birlikte gidip döndüklerini, birbirleri ile telefonla görüştiklerini haberini tasarlayarak yaptıklarını, bu konudaki kayıtların Disiplin Kurulu tarafından incelenmediğini, bu nedenle ajandadaki bilgilere gazetecilerin gizlice ulaştıkları iddiasının doğru olmadığını, E. T.'nin verdiği ifadesinde 'bu bay-

rağî ya sen yerden kaldıracaksın ya da Y. kaldırır.' şeklindeki ifadeyi kesin dile yalanladığı, şikayetli avukatın Y. H.'yi yönlendirdiğini, yaşananların senaryonun bir parçası olduğunu" belirterek karara itiraz etmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetli avukat hakkındaki kovuşturmanın, görevi kötüye kullanmak ve soruşturmanın gizliliğini ihlal etmek suçlarından ve reklam yasağına aykırılıktan açıldığı anlaşılmaktadır. Şikayetli avukat hakkında yargılandığı "görevi kötüye kullanmak ve gizliliği ihlal" suçlarından Tekirdağ 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2007/... Esas 2008/... Karar sayılı kararıyla CMK'nın 232/2-b maddesine göre beraat kararı verilmiş ve karar kesinleşmiştir.

Kesinleşmiş bir mahkeme kararı karşısında şikayetçinin bu eylemlere yönelik itirazının reddine karar vermek gerekmiştir. Ancak dosyadaki bilgi ve belgelerden ve çok sayıdaki gazete kupüründen, şikayetli avukatın gazetelere demeç verdiği anlaşılmaktadır. Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 8/b ve e maddelerine göre şikayetli avukatın bu davranışı Yönetmelik hükümlerine açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Şikayetli avukat ayrıca Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 40. maddesinde belirtilen "Avukat kesin olarak zorunlu bulunmadıkça müvekkili adına basına açıklamada bulunamaz." kuralına da aykırı davranmıştır.

Dosyadaki bilgi ve belgeler ile şikayetçinin iddia ve açıklamalarından, basına demeç verilmediği ve ajandasından bilgilerin gizlice gazeteciler tarafından elde edildiği savunması yerinde ve hayatın olağan akışına uygun bulunmamış ve Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirilmesine itibar edilmesi mümkün görülmediğinden, şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçinin itirazının kabulüne, Trabzon Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin 26.12.2008 tarih ve 2007/... Esas., 2008/... Karar sayılı kararının kaldırılmasına, incelenecek başka bir husus bulunmadığından şikayetli Av. F. Ç.'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına katılanların oybirliğiyle karar verildi.

T. 24.04.2009
E. 2009/90
K. 2009/226

* **Avukatın yardımcı doçent unvanı ile öğretim görevliliği yaptığı sırada serbest avukatlık yapamaması**
(1136 sayılı Av. K. m. 4, 5/d, 11, 12/b)

Şikayetçi, babasının yanlış tedavi sonucu vefat ettiğini ve bununla ilgili sorumlular hakkında dava açıldığını ve şikayetli avukatın bir kısım davalılar vekili olarak davalara girdiğini, oysa şikayetli avukatın İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü'nde "Yardımcı Doçent" sıfatıyla öğretim elemanı olarak çalıştığını ve bunun da Avukatlık Yasası'na aykırı olduğunu beyan ederek şikayetçi olmuştur.

Şikayetli avukat ve vekili savunmalarında; "avukatlığa kabul şartlarını taşıdığını, üniversitede öğretim üyeliği yaptığını ve bu üyelik görevinden de istifa ettiğini ve üniversitede hakkında yapılan soruşturmanın takip-sizlikle sonuçlandığını ve ilgili davada ticari kazanç elde edilmediğini" beyan etmiştir.

Baro Yönetim Kurulu, şikayetli avukatın yardımcı doçent olduğunu, Avukatlık Yasası'nın 12. maddesinde belirtilen istisnalardan sadece profesör ve doçentlerin yararlandığını, bu durumda serbest avukatlık yapmasının yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Avukatlık Yasası'nın 34 ve 134. maddeleri gereğince disiplin kovuşturması açılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan disiplin kovuşturması sonucunda şikayetli avukat hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiş, karara şikayetçi itiraz etmiştir.

Şikayetçi avukat vekili itirazında; "şikayetli hakkında YÖK Yüksek Disiplin Kurulu tarafından 'öğretim üyeliği görevinden çekilmiş sayılma' cezası verildiğini, bu durumun şikayetli avukatın öğretim görevliliği ile avukatlığı bir arada yürüttüğünü kanıtladığını, Avukatlık Yasası'nın 11. maddesine göre, mesleki onur ile bağdaşır bağdaşmadığına bakılmaksızın aylık ve ücret karşılığı görülen her türlü işin avukatlıkla birleşmeyeceğinin esas olduğunu, yardımcı doçentliğin ücret karşılığı yapılan bir iş olduğunu, kanunda bu konuda özel bir hüküm bulunmadığını, Avukatlık Yasası'nın 12. maddesinin b bendinin 02.05.2001 tarihli değişikliğinden önce yardımcı doçentliğin avukatlıkla bağdaşabilen bir iş olduğu düzenlenmiş iken, bu tarihte yapılan değişiklikle bu hakkın yardımcı doçentlerden alındığını, Baro Disiplin Kurulu

kararının Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun emsal kararlarına aykırı olduğunu, YÖK gereğince de yardımcı doçentlerin üniversite dışında ücretli veya ücretsiz iş görmesi ve serbest meslek icra etmesinin yasaklanmış olduğunu, şikayetli avukatın bu nedenle cezalandırıldığını, Baro Disiplin Kurulu gerekçesinin hatalı ve usule ve yasaya aykırı olduğunu, sorunun avukatlığa kabule engel bir hal değil, avukatlıkla birleşmeyen bir iş icra edip etmeme sorunu olduğu, zorlama yorumlarla karar verildiğini ve 12. maddenin b bendinin dikkate alınmamasının usule aykırı olduğunu, karşı oy gerekçesinin duruma uygun bulunduğunu belirterek kararın kaldırılmasına ve şikayetli avukatın cezalandırılmasına karar verilmesini" talep etmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun şikayetli avukatın yardımcı doçent unvanı ile üniversitede öğretim görevlisi olarak görev yaparken aynı zamanda avukatlık yapip yapamayacağına ilişkindir.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetli avukatın şikayet tarihinde yardımcı doçent unvanı ile öğretim görevi yaptığı ve aynı zamanda şikayetçinin açtığı davada avukat sıfatıyla karşı taraf vekilliğini yürüttüğü anlaşılmaktadır. Taraflar arasında bu konuda bir anlaşmazlık da bulunmamaktadır.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın "Avukatlıkla Birleşemeyen İşler" başlıklı 11. maddesine göre, "Aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görev, sigorta produktörlüğü, tircilik ve esnaflık veya meslekin onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü iş avukatlıkla birleşemez."

Aynı yasanın "Avukatlıkla Birleşebilen İşler" başlıklı 12. maddesiyle yukarıda anılan genel hükme bazı istisnalar getirilmiştir. Kovuşturma konusu olayla ilgili istisna hükmü 12. maddenin b bendinde yer almakta olup, 4667 sayılı yasayla bu bent hükmü, "Hukuk alanında profesör ve doçentlik" şeklinde düzenlenmiştir. Yasanın değişiklikten önceki halinde profesör ve doçentlere tanınan haktan yardımcı doçentlerin yararlandığı anlaşılmaktadır. Yasa koyucu, değişiklikle yardımcı doçentleri istisna kapsamından çıkartmıştır.

Her ne kadar avukatlığa kabul ile ilgili olarak yasanın 4. maddesinde, "(...) yardımcı doçentlik görevlerinde dört yıl hizmet etmiş olanlarda 3. maddenin (c) ve (d) bentlerinde yazılı koşullar aranmaz." şeklinde bir ibare bulunmakta ise de, bu olanak sadece staj yükümlülüğünden mu-

afiyet için yardımcı doçentlere getirilmiş bir kolaylık olup, bu hükmü başka şekilde değerlendirmek mümkün değildir. Bu bakımdan Baro Disiplin Kurulu'nun olayı bağlamı dışında değerlendiren yorumuna katılmak mümkün görülmemiştir. Kaldı ki yasanın 5. maddesinin (d) fıkrasında, avukatlık mesleği ile birleşmeyen bir işle uğraşmak, avukatlığa kabulde engel olarak sayılmıştır.

Bu nedenlerle, şikayetli avukatın yardımcı doçent unvanı ile öğretim görevliliği yaptığı sırada serbest avukat olarak duruşmalara giderek avukatlık yapması yasal olarak mümkün görülmediğinden şikayetli avukatın eylemi disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Şikayetli avukatın daha sonra öğretim görevliliğinden ayrılmış olması, sicil durumu ve takdiri diğer nedenler de dikkate alınarak Baro Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılarak, şikayetlinin uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçi vekilinin itirazının kabulüne, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin 07.10.2008 tarih ve 2007/... Esas, 2008/... Karar sayılı kararının kaldırılmasına, incelenecek başkaca bir husus bulunmadığından şikayetli Av. T. M. B.'nin uyarma cezası ile cezalandırılmasına katılanların oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 24.04.2009
E. 2009/92
K. 2009/228

* Kararı temyiz etmeyen avukatın,
işine ve müvekkiline karşı
yeterli özeni göstermediği
* Bir haktan vazgeçmeyi gerektiren
işlemlerde müvekkilin yazılı
muvafakatının zorunlu olması
(1136 sayılı Av. K. m. 34, 171;
TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukat hakkında, şikayetçinin vekili olarak takip ettiği Kadıköy 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2007/... Esas sayılı dava sonucunda verilen kararı temyiz etmediği iddiası ile başlatılan disiplin ko-

vuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülebilmektedir. Bu kararın uygulanmasıyla ilgili olarak Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülebilmektedir.

Şikayetli savunmasında, “şikayetçinin davasını gereği gibi takip ettiğini, Mahkemenin bozma öncesindeki gibi karar verdiğini, adli tatil içinde süresinde olduğunu zannederek süre tutum dilekçesi verdiğini, ancak talebin reddine karar verilmiş olduğunu, temyizi reddeden Mahkeme kararı yerinde olduğundan bu kararı temyiz etmediğini, şikayetçiye durumu bildirmek istediğini ancak ulaşamadığını” bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu şikayetlinin eylemini Avukatlık Yasası'nın 34 ve 134. maddelerine aykırılığı sebebiyle kınama cezası tayin etmiş, karara şikayetli itiraz etmiştir.

Şikayetli itirazında, “aynı konuda hakkında Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen cezalandırmaya ilişkin kararın kesinleşmesini beklenmeden yasaya aykırı şekilde verilen disiplin kurulu kararının kaldırılmasını” talep etmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, disiplin kovuşturmasına konu eylemle ilgili olarak şikayetli avukat hakkında “görevi kötüye kullanmak, görevi ihmal” suçlarından dolayı Kadıköy 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nde 2007/... Esas sayılı kamu davası açıldığı, Mahkemece 25.06.2008 tarih, 2008/... Karar sayılı ve temyiz edilmeden kesinleşen kararda, “Sanığın, müvekkili olan B. K. hakkında Kadıköy 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nce verilen mahkumiyet kararını temyiz etmemek suretiyle görevi ihmal suçunu işlediği, eylemine uyan 765 sayılı TCK'nin 230/1, 59, 72 ve 647 sayılı Yasa'nın 4/1 maddeleri gereğince sonuç olarak 1.191 YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına ve cezanın ertelenmesine” karar verildiği dosya içindeki karar örneğinden anlaşılmıştır.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikayetli avukatın kararı temyiz etmeyerek avukatlık görevini ihmal edip etmediği ve müvekkilini zarara uğratarak uğratmadığına ilişkindir.

Şikayetli avukatın, takip ettiği davada Mahkemece verilen mahkumiyet kararını süresinde temyiz etmeyerek kesinleşmesine sebebiyet verdiği tartışmasızdır.

Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine göre, “Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene

uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdür." Avukatlık Yasası'nın 171. maddesine göre de avukat, yüklendiği işi sonuna kadar takip etmekle yükümlüdür.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesinde,

"Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür."

4. maddede ise,

"Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır."

ilkelerine yer verilerek avukatların işine ve müvekkillerine karşı gereken özeni göstermeleri gerektiği vurgulanmıştır.

Şikayetli avukatın yukarıdaki ilkeler dikkate alındığında, kararı temyiz etmeyerek işine ve müvekkiline karşı yeterli özeni göstermediği anlaşılmaktadır.

Bir haktan vazgeçmeyi gerektiren işlemlerde vekil edenin yazılı muvafakatının alınması zorunlu olup, avukat kararın temyizinde hukuksal yarar görmediği kanısında ise, görüşünü iş sahibine yazılı olarak bildirmek ve nedenlerini açıklamakla yükümlüdür.

Dosya içerisinde şikayetli avukatın, şikayetçiye yazılı olarak kararın temyizinde hukuki yarar görmediğini bildirdiğine dair yazılı hiçbir belge ibraz edilmemesi karşısında, Mahkemece de suç olarak kabul edilen şikayetlinin eylemi aynı zamanda disiplin suçunu teşkil ettiğinden, Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde hukuksal isabet-sizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddi ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına katılanların oybirliğiyle karar verildi.

T. 24.04.2009
E. 2009/ 94
K. 2009/230

*** Avukatın, CMK uygulama servisinde sanık müdafii olarak görevlendirilmesine karşın duruşmalara mazeret bildirmeksizin katılmaması (Av. K. m. 34; TBB Meslek Kuralları m. 3)**

Şikayetli avukat hakkında, CMK servisi tarafından sanık müdafii olarak görevlendirilmesine karşın duruşmalara mazeret bildirmeksizin katılmadığı iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'na eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat soruşturma ve kovuşturma aşamalarında usulüne uygun tebligat yapılmasına karşın savunma vermemiştir.

Baro Disiplin Kurulu şikayetli avukatın eylemini Avukatlık Kanunu'nun 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesine aykırı bularak, şikayetli avukat hakkında uyarma cezası tayin etmiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikayetli avukat tarafından itiraz edilmiştir. Şikayetli avukat itirazlarında, kararın zaman yönünden yetkisiz olduğunu, ihmal, kusur ve kastının bulunmadığını, istifa etmesi sebebiyle hakkında disiplin soruşturması açılmasının doğru olmadığını, herhangi bir ceza davasının açılmamış olduğunu, Disiplin Kurulunun mahkeme dosyasını yeterince incelemeyen, sanık ve tanıkları dinlemeden karar vermiş olduğunu, görevin usulüne uygun bir tebligatla bildirilmemiş olduğunu, kararın kaldırılmasını istemiştir.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetli avukatın İstanbul Barosu CMK uygulama servisi tarafından Beyoğlu 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2004/231 Esas sayılı davanın sanıklarından F. C. ve A. D. müdafii olarak görevlendirilmesine rağmen, duruşmalara katılmadığı ve mazeret de bildirmediği Beyoğlu 1. Ağır Ceza Mahkeme Başkanlığı'nın 14.12.2006 tarihli ve İstanbul Barosu CMK Uygulama servisi sorumlusunun 14.06.2007 tarihli yazısından anlaşılmıştır.

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine göre, *"Avukatlar, yüklenedikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve*

onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdür.”

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesine göre *“Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür.”*

Şikayetli avukat, Baro tarafından kendisine tevdi edilmiş sanık müdafiliği görevini yerine getirmeyerek sanığın yasal ve doğal hakkı olan avukatı ile birlikte savunma yapmak hakkını engellemekle, Avukatlık Kanunu'nun 34 ve Türkiye Barolar Birliği meslek Kuralları'nın 3. maddesinde kabul edilen görevin *“özen”, “doğruluk”* ve *“Onur içinde yerine getirilmesi”* ilkelerine aykırı davranmıştır.

Bu nedenlerle, şikayetlinin eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiştir. Her ne kadar şikayetlinin eylemi Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine aykırı olup, Avukatlık Kanunu'nun 136/1. maddesi uyarınca en az kınama cezası tayini gerekmekte ise de aleyhe itiraz olmadığından bu husus inceleme ve değerlendirme dışında tutulmuştur.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddi ile, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

LAMBERT /FRANSA DAVASI

(88/1997/872/1084)

Çev.: İzmir Barosu Mesleki
İngilizce Çalışma Grubu*

Lambert / Fransa davasında;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") 43. maddesi ve Mahkeme İçtüzüğü'nün ilgili hükümlerine uygun olarak, hakimler, Bay R. Bernhardt (Başkan), Bay L. E. Pettiti, Bay L. Vildhaber, Bay K. Jungwiert, Bay M. Voicu, Bay V. Butkevych ve yanı sıra Yazı İşleri Müdürü Bay H. Petzold ve Yazı İşleri Müdür Yardımcısı P. J. Mahoney'den teşekkür eden Daire olarak 23 Nisan ve 27 Temmuz 1998 tarihlerinde kapalı oturumda toplanmış, müzakere etmek suretiyle, son belirtilen tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

* İzmir Barosu Mesleki İngilizce Çalışma Grubu (İBMİÇG), İzmir Barosu tarafından düzenlenen "Mesleki İngilizce" kursuna eğitmen ve öğrenci olarak katılan Av. Serkan Cengiz, Av. Ata Sabri Atılğan, Av. İsmail Kavak, Av. Nuray Rüzgar, Av. Elçin Kurt, Av. Emine Çileli, Av. Erkul Erdem ve Av. Serap Kervan'dan oluşmakta olup, İzmir Barosu tüzel kişiliğinden bağımsız, gönüllülük temelinde faaliyet gösterir.

USUL

1. Dava, Mahkeme'ye Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ("Komisyon") tarafından 22 Eylül 1997 tarihinde ve Fransız Hükümeti ("Hükümet") tarafından 24 Ekim 1997 tarihinde Sözleşme'nin 32/1 ve 47. maddelerince şart koşulan 3 aylık süre içerisinde gönderilmiştir. Dava, Fransız vatandaşı olan Bay Michel Lambert tarafından, 25. madde gereğince, 8 Şubat 1994 tarihinde Komisyon'a sunulan 23618/94 no.lu başvurudan kaynaklanmaktadır.

Komisyon'un istemi, Sözleşme'nin 44 ve 48. maddeleri ile Fransa'nın Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini kabul ettiğine dair bildirimine (madde 46); Hükümetin başvurusu ise 48. maddeye dayanmaktadır. İstem ve başvurunun gayesi, davanın olaylarının, davalı devletin, Sözleşme'nin 8. maddesindeki yükümlülüklerinin ihlali ni oluşturup oluşturmadığı hususunda bir karar verilmesidir.

2. Mahkeme İç Tüzüğü'nün 33/3-d maddesine uygun olarak sorulan soruya cevaben başvuran, yargılamaya katılmak ve kendisini temsil etmek üzere bir avukatı görevlendirmek istediğini beyan etmiştir (madde30).

3. Oluşturulacak Daire'ye, resen Fransız tabiiyetinden seçilen hakim Bay L. E. Pettiti (Sözleşme madde 43) ve Mahkemenin Başkan Yardımcısı Mr. R. Bernhardt (Sözleşme'nin 21/4-b maddesi) dahil edilmiştir. Mahkeme Başkanı Bay R. Ryssdal, 25 Eylül 1997 tarihinde, Yazı İşleri Müdürü huzurunda kura çekerek diğer yedi üyenin adlarını; Bay B.Walsh, Bay A. Spielmann, Bay N. Valticos, Bay L. Vildhaber, Bay K. Jungviert, Bay M. Voicu, Bay V. Butkevych olarak belirlemiştir (Sözleşme m. 43 ve Mahkeme İç Tüzüğü m. 21/5). Daha sonra, 9 Mart 1998'de ölen Mr. Walsh'in yerini, yedek hakim Sir John Freeland almıştır (Mahkeme İç Tüzüğü m.22/1).

4. Daire Başkanı olarak (Mahkeme İç Tüzüğü m. 21/6) Bay Bernhardt, Yazı İşleri Müdürü aracılığıyla, Hükümet ajanının, başvuranın avukatının ve Komisyon Delegatesinin, yargılamanın usulü hususundaki görüşlerini almıştır (Mahkeme İç Tüzüğü m. 37/1 ve 38). Sonuç olarak verilen talimatlar uyarınca Yazı İşleri Müdürü, başvuranın esas hakkındaki beyan dilekçelerini 23 Aralık 1997 ve 12 Ocak 1998 tarih-

lerinde ve hükümetin esas hakkındaki beyan dilekçesini ise 20 Mart 1998 tarihinde almıştır.

5. Komisyon, Mahkeme Başkanı'nın talimatlarına dayanarak Yazı İşleri Müdürü tarafından talep edilmesi üzerine, 30 Mart 1998 tarihinde, görmekte olduğu başvuruya ilişkin dava dosyasını oluşturmuştur.

6. Duruşma Başkanın Kararı'na uygun olarak, 20 Nisan 1998 tarihinde Strasbourg'da bulunan İnsan Hakları Binası'nda açık olarak yapılmıştır. Mahkeme öncesinde bir hazırlık duruşması yapmıştır.

Mahkeme önünde;

a. Hükümet adına,

Bay B.Nedelec, Ajan (Dışişleri Bakanlığı Adli İşler Departmanı)

Bay A. Buchet, Danışman (Adalet Bakanlığı, Avrupa ve Uluslararası İlişkiler Departmanı)

b. Komisyon adına, Bay J. C. Soyer, Delege

c. Başvuran adına, Bay O. De Nervo, Avukat

hazır bulunmuştur.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

7. Fransız vatandaşı olan Bay Lambert 1957 doğumlu olup, Buzet-Sur-Tarn'da yaşamaktadır.

A. Adli Soruşturma ve Başvuranın Telefon Görüşmelerinin Dinlenmesi

8. Hırsızlık, soygun, hırsızlık malı bulundurmamak, nitelikli hırsızlık ve yasadışı Class 4 tipi silahlar ve cephane bulundurmamak suçlarına ilişkin yürütülen bir adli soruşturma sırasında, Riom'daki bir soruşturma yargıcınca 11 Aralık 1991 tarihinde, R. B. isimli şahsın telefonunun 31 Ocak 1992 tarihine kadar dinlenmesi için jandarmayı talimatlandıran bir dinleme kararı verilmiştir.

9. Soruşturma yargıcı, 31 Ocak, 28 Şubat ve 30 Mart 1992 tarihli standart talimatlar yoluyla, telefonun dinleme sürelerini, sırasıyla 29 Şubat, 31 Mart ve 31 Mayıs 1992 tarihlerine kadar uzatmıştır.

10. Başvuran, görüşmelerinin bir kısmının dinlenmesi ve kayda alınmasının bir sonucu olarak, nitelikli hırsızlık sonucu elde edilmiş malı bulundurmakla suçlanmış, 15 Mayıs 1992 tarihinden, adli denetlemeye tabi tutularak salıverildiği zaman olan 30 Kasım 1992 tarihine kadar tutuklu kalmıştır.

B. Başvuranın Müracaat Ettiği Kanun Yolları

1. Riom İstinaf Mahkemesine (Ceza Bölümü) Başvuru

11. Başvuranın avukatı, 5 Nisan 1993 tarihli bir dilekçe ile 31 Ocak ve 28 Şubat 1992 tarihli süre uzatımlarının, telefon dinlemesini haklı gösterecek herhangi bir suça atıfta bulunmaksızın yalnızca matbu formlar şeklinde düzenlediğini ve 11 Aralık 1991 tarihli müzekkere ile 11 Nisan 1992 tarihinde sona erecek şekilde 4 aylık bir periyoda izin verilebileceğini iddia ederek adı geçen süre uzatımlarının geçersiz olduğuna dair bir karar verilmesi için Riom İstinaf Mahkemesi'ne başvurmuştur

12. Riom İstinaf Mahkemesi, 25 Mayıs 1993 tarihli kararında, aşağıdaki gerekçelerle Bay Lambert'in başvurusunu reddetmiştir:

"...ceza usul yasasının 100,100-1 ve 100-2. maddeleri birlikte ele alındığında, telekomünikasyon görüşmelerine müdahale kararları, yazılı olmalı ve müdahale edilen hattı tanımlayan gerekli bilgiyi, dinlemeyi haklı kılacak suçu ve dinlemenin süresini içermelidir ki, bu süre dört aydan fazla olamaz ve ancak aynı yasal gerekçelerle ve maksimum süreye kadar uzatılabilir.

İşbu davada, 11 Aralık 1991 tarihli müzekkerenin, müdahale edilen hattın numarasını, dört aydan daha kısa bir süreyi ve dinlemeyi haklı kılacak suçları ve iki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren yaptırımları ihtiva ediyor olması nedeniyle yukarıda bahsedilen maddelerin gereklilikleri ile uygun olduğuna hiç kuşku yoktur.

Bunun yanı sıra, dinleme süresinin uzatılmasına dair standart matbu talimatlar olarak düzenlenen kararların, yazılı olduğu ve ilgili hattın numara-

sının bahsedildiği; bunların 11 Nisan 1991 tarihli orijinal kararın uzatımı niteliğinde olduğu ve zorunlu olarak buna atıfta bulunduğu ve geçerlilik süresinin 4 aydan az olduğu açıktır. Bundan dolayı, ceza usul yasasının 100-2 maddesinin gereklerine uygundur.”

2.Temyiz Mahkemesine Başvuru

13. Başvuran 25 Mayıs 1993 tarihli karara karşı, hukuki bir gerekçe ileri sürerek temyize başvurmuştur. Başvuranın yegane gerekçesi de, söz konusu telefon dinleme süresi uzatımlarının herhangi bir gerekçe içermeyen standart matbu talimatlar yoluyla olması nedeniyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin ve ceza usul yasasının 100 vd. maddelerinin ihlal edildiğidir.

14. Temyiz Mahkemesi 27 Eylül 1993 tarihli kararı ile temyiz edilen hükmü onamış ve başvuranın üçüncü bir kişinin telefon hattının dinlenmesi süresinin uzatılması yöntemi açısından bir taraf ehliyeti olmadığına ve dolayısıyla da bundan dolayı İstinaf Mahkemesi'nin geçersizlik itirazlarını yanlışlıkla inceleyen ve akabinde reddeden kararındaki gerekçesini tartışan temyiz itirazlarının kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK

16. Ceza Usul Yasası'nın (10 Temmuz 1991 tarihli, 91-646 sayılı Telekomünikasyon İletişiminin Gizliliğine dair) ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

Madde 100

“Ciddi bir suç ya da en az iki yıl hapis cezasını gerektiren nitelikli bir suçun var olması durumunda, soruşturma yargıcı, soruşturmanın gerektirmesi halinde, telekomünikasyon iletişimine müdahale edilmesine, kayıt altına alınmasına ve çözümlenmesine karar verebilir. Bu gibi operasyonlar ancak hakim yetki ve gözetiminde gerçekleştirilir.

Dinleme kararları yazılı olmalıdır. Bunlar yargısal karar teşkil etmezler ve aleyhine temyiz yoluna başvurulamaz.”

Madde 100-1

“100. madde uyarınca verilen kararlar, dinlenen hattı tanımlayan gerekli tüm bilgileri, dinlemeyi haklı kılan suçu ve dinlemenin süresini içermelidir.”

Madde 100-2

“Bu gibi kararlar en fazla 4 aylık bir süre için geçerli olabilir. Bunların geçerliliği ancak aynı gerekliliklere tabi olarak maksimum süre kadar uzatılabilir.”

Madde 100-3

“Soruşturma yargıcı ya da onun talimatıyla hareket eden adli polis memuru İletişim Bakanlığının denetim yetkisi altında bulunan bir bölüm veya kuruluştaki uzman bir memuruna ya da yetkili bir şebeke operatörü veya telekomünikasyon hizmetleri sağlayıcısının herhangi bir uzman memuruna kayıt ekipmanlarının kurulumu amacıyla başvurma yoluna gidebilir.”

Madde 100-4

“Soruşturma yargıcı ya da onun talimatıyla hareket eden adli polis memuru, her bir dinleme ve kayıt altına alma işlemi için bir rapor düzenler. Bu rapor her operasyonun başlangıç ve bitim tarihini ve saatini içermelidir.”

Madde 100-5

“Soruşturma yargıcı ya da onun talimatıyla hareket eden adli polis memuru, gerçeğin tespitine yararlı iletileri çözümler. Bir çözümlenme tutanağı düzenlenir ve dava dosyası içerisine konulur.

Yabancı dildeki herhangi bir ileti, bu amaçla çağrılan bir tercüman yardımıyla Fransızca olarak çözümlenir.”

Madde 100-6

“Cumhuriyet Savcısı ya da Başsavcı, soruşturma zamanaşımı nedeniyle sona erdiğinde bu kayıtların imhasını sağlamalıdır.

Resmi bir imha tutanağı da düzenlenmelidir.”

Madde 100-7

“Parlamento üyesi birinin veya bir senatörün telefon hattı, bağlı bulunduğu Meclis Başkanı, soruşturma yargıcı tarafından bilgilendirilmedikçe dinlenemez.

Baro üyelerinin ev ve büro telefon hatları da, Baro Başkanı, soruşturma yargıcı tarafından bilgilendirilmedikçe dinlenemez.

Bu maddenin gereklerine aykırı bir şekilde yürütülen dinlemeler geçersiz ve hükümsüz sayılacaktır.”

KOMİSYON ÖNÜNDEKİ YARGILAMA

16. Bay Lambert, 8 Şubat 1994 tarihinde Komisyon'a başvurmuştur. Başvuran, aleyhine kullanılmış olan birtakım telefon görüşmesi kayıtlarının, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olarak, özel yaşamına ve haberleşme hakkına müdahale teşkil ettiğini ileri sürmektedir. Başvuran ayrıca, Sözleşme'nin 13. maddesine aykırı olarak, Yargıtay nezdinde etkin bir iç hukuk yoluna başvurma hakkının bulunmadığını iddia etmektedir.

17. Komisyon 2 Eylül 1996 tarihinde, başvurunun (no.23618/94) kabul edilebilir olduğunu bildirmiştir. Komisyon 1 Temmuz 1997 tarihli raporunda (m. 31) yirmiye karşı on iki oyla Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği ve yirmi yediye karşı beş oyla da ayrıca Sözleşme'nin 13. maddesi açısından bir değerlendirme yapılmasına gerek olmadığı şeklinde görüşünü açıklamıştır. Komisyon görüşünün tam metni ve iki ayrıık görüşü içeren rapor ek olarak karara iliştilmiştir.

MAHKEMEYE YAPILAN SON SUNUMLAR

18. Hükümet son beyanlarında Bay Lambert tarafından yapılan başvurunun reddedilmesini talep etmiştir.

19. Başvuran Mahkeme'den,

"Sözleşmenin 8. maddesinin ihlalinin tespitini;

kendisine hakkaniyete uygun tazminat olarak 500.000.Frank ödenmesine karar verilmesini"

talep etmiştir.

İLGİLİ HUKUK

I. SÖZLEŞME'NİN 8. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

20. Bay Lambert, Temyiz Mahkemesi'nin, dinlenen hattın üçüncü kişiye ait olduğu gerekçesiyle kendisinin telefon görüşmelerinin dinlenmesine dair herhangi bir şikayet hakkı bulunmadığını kabul eden kararının Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Madde aşağıdaki gibidir:

"1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir."

A. HERHANGİ BİR MÜDAHALENİN BULUNUP BULUNMADIĞI

21. Mahkeme, telefon görüşmelerinin 8.madde çerçevesinde özel yaşam ve haberleşme kavramlarının kapsamı içerisinde kalması nedeniyle, bu maddenin 1. fıkrasıyla güvence altına alınan başvuranın hakkının kullanılmasında kabul edilen dinleme tedbirinin, kamu otoritesi tarafından yapılan bir müdahale oluşturduğuna işaret etmekte-

dir (bkz. diğer referans kararlar arasında takip eden Malone / Birleşik Krallık, 2 Ağustos 1984, Seri A.no. 82, prg. 30,&64; Kruslin / Fransa ve Huvig / Fransa, 24 Nisan 1990, Seri A.no.176-A ve B, prg.20,&26 ve prg.52,&25; Halfod / Birleşik Krallık, 25 Haziran 1997, Raporlar, Kararlar ve Hükümler 1997-III, s. 1016-17, &48; ve Kropp / İsviçre, 25 Mart 1998, Raporlar 1998-II, prg. 540, &53). Bu bağlamda telefon dinlemesinin üçüncü bir kişinin hattı üzerinde yapılmış olması çok az öneme sahip bir olgudur.

Hükümet buna itiraz etmemiştir(tartışma konusu yapmamıştır).

B. MÜDAHALENİN HAKLILIĞI

22. Böylesi bir müdahale, kanuna uygun olmadığı, 2. paragrafta bahsedilen bir ya da birden fazla meşru amacı hedeflemediği ve ilave-ten bütün bunları başarmak amacıyla demokratik bir toplumda zorunlu olmadığı sürece 8.maddeyi ihlal edecektir.

1. Müdahale Yasaya Uygun muydu?

23. 8. maddenin 2.fıkrası çerçevesinde yasaya uygunluk tabiri, öncelikle itiraz edilen tedbirin iç hukukta bir dayanağının olmasını gerektirmektedir. Bu tedbir ayrıca söz konusu yasanın niteliğine atıfta bulunur ki, bu düzenleme de ilgili şahıs için erişilebilir olmalı, hatta bu kişinin yaptığı eylemin sonuçlarını öngörebilmesini sağlamalı ve hukukun üstünlüğüne uygun olmalıdır.

a. Fransız Hukukuna Göre Yasal Dayanağın Bulunup Bulunmadığı

24. Mahkeme, soruşturma yargıcının söz konusu telefon dinleme kararının Ceza Usul Yasası'nın 100 vd. maddelerine uygun olduğunu belirtir (bkz. yukarıda prg.12 ve 15).

25. Bundan dolayı, şikayet edilen müdahalenin Fransız hukukunda yasal dayanağı vardır.

b. Yasanın Niteliği

26. Yasaya uygunluk ibaresinden çıkarılan ikinci gereklilik –yani yasaya erişim- bu davada herhangi bir sorun yaratmamıştır.

27. “Hukuki öngörülebilirliğe” ilişkin olarak da; Hükümet, Kruslin ve Huvig davalarının (bkz. yukarıda prg. 21) kararlarını müteakiben, Fransız yasa koyucusunun, dinleme süresi boyunca rapor düzenlenmesi, bildirim yapılması ve kayıtların imhası yoluyla telefonları dinlenen kişileri güvence altına alarak, telefon dinlemeye ilişkin iç hukuktaki hata ve zaafılar bakımından yeterli hukuki çareleri sağladığını ileri sürmüştür.

28. Mahkeme, aynen Komisyon gibi, Telekomünikasyon İletişiminin Gizliliğine İlişkin 10 Temmuz 1991 tarihli Kanunla eklenen Ceza Usul Kanunu’nun 100 vd. maddelerinin açık ve detaylı hükümler ortaya koyduğu ve kamu otoritelerine bırakılan konuyla ilgili takdir hakkının icrasının kapsam ve usulünü yeterli bir açıklıkla belirttiği kanaatindedir (bkz. yukarıda bahsedilen Kruslin ve Huvig kararları, sırasıyla s. 24-25, &&35-36 ve 56, &&34-35 ve yine yukarıda bahsedilen Kopp kararı, s. 541-43, &&62-75).

2. Müdahalenin Amacı ve Gerekliliği

29. Mahkeme, Hükümet’in ve Komisyon’un görüşünü paylaşmakta ve müdahalenin ceza yargılaması bağlamında gerçeği tesis etmek ve dolayısıyla kamu düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla yapıldığı kanaatindedir.

30. Geride, müdahalenin demokratik bir toplumda tüm bu sonuçları gerçekleştirmek için zorunlu olup olmadığının tespiti kalmaktadır. Mahkemenin yerleşik içtihatları gereğince, sözleşmeci devletler böyle bir zorunluluğun varlığı ve kapsamının değerlendirilmesinde belirli bir takdir marjını kullanırlar. Ancak bu takdir marjı hem mevzuatı hem de uygulamaya ilişkin kararları, her ne kadar bunlar bağimsiz bir mahkeme tarafından alınmış olsalar da, içine alacak şekilde AİHM’nin denetimine tabidir (bkz., Silver ve Diğerleri / Birleşik Krallık kararı, 25 Mart 1983 tarih, Seri A no.61, s. 37-38,&97 ve Barfod / Danimarka kararı, 22 Şubat 1989 tarihli, Seri A no.149, p.12,&28).

31. Mahkeme, müdahalenin gerekliliğinin değerlendirilmesinde, kendisinin 6 Eylül 1978 tarihli Klas ve Diğerleri / Almanya kararına başvurmuştur (Seri A no. 28, s. 23 ve 25-26, &&50-54 ve 55):

“Mahkeme kabul edilen denetim sistemi ne olursa olsun, suiistimale karşı yeterli ve etkin güvencelerin var olduğu hususunda ikna edilmelidir. Bu değerlendirmenin bağlantılı tek özelliği vardır: ...bu da (diğerlerinin yeni sıra), ulusal yasa ile sağlanan giderimin / telafinin / iç hukuk yolunun şeklidir.

...

Dolayısıyla kısıtlayıcı tedbirlere karar verilmesi ve uygulanmasına dair denetim usullerinin itiraz edilen mevzuatın bir sonucu olan “müdahaleyi” “demokratik bir toplumda gereklilik” sınırları içerisinde tutup tutmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

... İlâveten, 8. maddenin 2. fıkrası kapsamında gereklilik sınırı aşılmayacak ise, denetim usullerinde, demokratik toplum değerleri olabildiğince samimi bir şekilde izlenmelidir. Demokratik toplumun gereklerinden biri de, hukukun üstünlüğü ilkesidir ki, bu da açıkça Sözleşmenin önsözüne dayanmaktadır. Hukukun üstünlüğü ilkesi, diğerlerinin yanı sıra, bireyin haklarına idari makamlarca yapılan müdahalenin etkin bir kontrole tabi tutulmasını gerektirmektedir.”

32. Başvuran, soruşturma yargıcınca verilen telefon dinleme süresinin uzatımı kararına ilişkin koşullar bakımından şikayette bulunmak istediğini (bkz. yukarıda prg. 13), ancak Yargıtay kararının kendisini, resmi makamlar tarafından yapılan usulsüzlüklerin cezalandırılmasına ilişkin yasayla düzenlenen iç hukuk yollarını kullanma imkanından pratik olarak yoksun bıraktığını söylemektedir.

33. Hükümetin beyanına göre, şikayet olunan müdahale demokratik bir toplumda zorunlu idi. Görülen bu davada, telefon dinlemesi, özellikle başvuranın da içlerinde bulunduğu farklı kişilerin dahil olduğu büyük ölçekli yasa dışı mobilya ticaretindeki ilişkilerin ispatında, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım eden en önemli soruşturma yöntemlerinden birisidir. Dahası Bay Lambert, bizzat İstinaf (ceza kısmı) Mahkemesine başvurma hakkına sahip olmuştur ve ilave bir iç hukuk yolu olarak Yargıtay’a başvurmak, etkin kontrol zorunluluğunun tatmini için tamamen gereksizdir.

34. Dolayısıyla Mahkeme, Bay Lambert'in kendisine uygulanan telefon dinlemesine karşı itiraz için etkin bir kontrol olanağına sahip olup olmadığını tespit etmelidir.

35. Mahkeme ilk olarak, Yargıtay'ın 27 Eylül 1993 tarihli kararında başvuranın üçüncü bir kişinin telefon hattının dinlenmesi süresinin uzatılması yöntemi açısından bir taraf ehliyeti olmadığına ve dolayısıyla da bundan dolayı İstinaf Mahkemesinin geçersizlik itirazlarını yanlışlıkla inceleyen ve akabinde reddeden kararındaki gerekçesini tartışan temyiz itirazlarının kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

36. Dolayısıyla Yargıtay, hükmünde, başvuran tarafından ileri sürülen telefon dinleme süresinin uzatılmasına ilişkin gerekçenin ötesine geçmiş ve kendisine ait olmayan bir telefon hattının dinlenmesinin mağduru olan birisinin, ulusal hukukun ya da Sözleşme'nin 8.maddesinin korumasını talep etme anlamında itiraz etme hakkı bulunmadığına karar vermiştir. İşbu davadan, başvuran tarafından kendisine ait olmayan telefon hattının dinlenmesine ilişkin olarak ortaya konan hükümsüzlük iddialarının istinaf mahkemesince incelenmesinin yanlış olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

37. Kabul edildiği üzere, başvuran uyuşmazlık konusu bakımından İstinaf Mahkemesine başvurma yoluna sahip olmuştur ki, bu Mahkeme, soruşturma yargıcının telefon dinleme sürelerinin uzatımının Ceza Usul Yasası'nın 100 vd. maddelerine uygun olduğuna hükmetmiştir (bkz. yuk. prg. 12) ve yorum yapmak öncelikle ulusal mahkemelere ait olmakla, AİHM'nin işlevi iç hukukun yorumlanması anlamında bir görüş beyan etmek değildir (bkz. yukarıda bahsedilen sırasıyla Kruslin ve Huvig kararları, prg. 21, &29 ve prg. 53, &28). Bununla beraber, hukukun koruyucusu olan Yargıtay, istinaf mahkemesinin Bay Lambert'in başvurusunun esasını incelemesini eleştirmiştir.

38. AİHM'nin halihazırda ifade ettiği üzere, telefon dinlemelerini düzenleyen 1991 tarihli yasa hükümleri, Sözleşme'nin 8. maddesinin gereklerini (bkz. yukarıda prg.28) ve Kruslin ve Huvig kararlarında ortaya konan tüm bu hususları karşılamaktadır. Ancak, Yargıtay'ın gerekçesinin, kendisine ait bir telefon hattı dışında başka bir telefonla iletişimde bulunan pek çok sayıda insanı hukukun korumasından yoksun bırakacak kararlara yol açabileceği kabul edilmelidir. Bu du-

rum, uygulamada koruma mekanizmasını gücünden büyük ölçüde mahrum kılacaktır.

39. Bu dava, dinlenen hattın kime ait olduğu konusunda herhangi bir ayırım yapmayan ulusal hukukun etkin korumasından faydalanamayan başvurularla ilgilidir (Ceza Usul Kanunu m. 100 vd. -bkz yukarıda prg.15).

40. Mahkeme dolayısıyla, Komisyon gibi, başvurucuya hukukun üstünlüğü gereği vatandaşlara tanınan ve mesele konusu müdahaleyi “demokratik bir toplumda gereklilik” sınırları içinde tutmaya muktedir bir etkin kontrol sağlanmadığı kanaatindedir.

41. Sonuçta Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlali mevcuttur.

II. SÖZLEŞME’NİN 13. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

42. Başvuran ayrıca Sözleşme’nin 13. maddesinin de ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Madde şöyledir:

“Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuruyu yapabilme hakkına sahiptir.”

43. Mahkeme, yukarıdaki sonuç bağlamında (bkz. yukarıda prg. 41), söz konusu maddeden bir karar vermenin gereksiz olduğunu değerlendirmiştir.

III. SÖZLEŞME’NİN 50. MADDESİNCE YAPILAN BAŞVURU

44. Sözleşme’nin 50. maddesi şöyledir:

“Mahkeme, bir yüksek sözleşen tarafın yargı mercileri veya herhangi başka bir resmi mercii tarafından verilmiş olan bir kararın veya alınmış olan bir tedbirin bu Sözleşmeden doğan yükümlülüklerle tamamen veya kısmen aykırı düştüğü hükmüne varırsa ve eğer ilgili tarafın iç hukuku bu karar veya tedbirin sonuçlarını ancak kısmen gidermeye elverişli ise, Mahkeme kararında gerektiği takdirde zarar gören tarafa adil bir tazmin şeklinde hükmolunur.”

A. Manevi Zarar

45. Bay Lambert manevi zararı için 500.000 Fransız Frangı talep etmiştir.

46. Hükümet, ihlal tespitinin adil karşılık olarak yeterli olacağı kanaatinde değildir.

47. Komisyon delegesi bu konuda herhangi bir görüş açıklamamıştır.

48. Mahkeme, hiç kuşkusuz ki, başvuruçunun manevi zarara maruz kaldığı görüşündedir ve onun lehine 10.000 Fransız Frangına hükmeder.

B. Masraf ve Giderler

49. Başvuran ayrıca mahkeme huzurundaki gider ve harcamalar bakımından 15.000 Fransız Frangı talep etmiştir.

50. Hükümet talep edilen miktarı makul bulmamış ve bu hususu Mahkemenin takdirine bırakmıştır.

51. Komisyon Delegesi herhangi bir görüş bildirmemiştir.

52. Mahkeme adil bir temelde ve olağan kriteri ile bir değerlendirme yaparak, talep edilen meblağın ödenmesine karar vermiştir.

C. Gecikme Faizi

53. Mahkemenin elindeki bilgiye göre, işbu kararın verildiği tarihte Fransa'da uygulanan yasal faiz oranı, yıllık %3,36'dır.

BU NEDENLERLE MAHKEME,

1. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlalinin mevcut olduğuna,
2. Sözleşme'nin 13. maddesine dayanan şikayetin incelenmesinin gereksiz olduğuna,

3. a. Davalı Devletin başvurana üç ay içerisinde 10.000 Fransız Frangı manevi tazminat ve 15.000 Fransız Frangı masraf ve giderler bakımından ödeme yapmasına,

b. Yukarıda bahsedilen üç ayın sona ermesinden ödeme tarihine kadar bu miktara yıllık %3,36 oranında basit faiz işletilmesine,

4. Adil tazminat taleplerinin kalan kısmının reddine,

karar vermiştir.

Karar İngilizce ve Fransızca yazılmış ve 24 Ağustos 1998 tarihinde, insan hakları binasında açık duruşmada verilmiştir.

İmza: Rudolf Bernhardt
Başkan

İmza: Herbert Petzold
Yazı İşleri Müdürü

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, Resmi Gazete yayımlanma tarih ve numarası ile yayımlanmaktadır. Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine **Ekler** bölümünde yer verilmektedir.

Y A S A L A R

RG 19 Haziran 2010/27616

- 5994 Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Eki Cetvellerin Dış Ticaret Müsteşarlığına Ait Bölümünde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
- 5997 Bazı Kanunlarda ve 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 24 Haziran 2010/27621

- 5995 Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5998 Belediye Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun

RG 30 Haziran 2010/27627

- 5999 Kamulaştırma Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 6000 Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 04 Temmuz 2010/27631

- 6003 Türkiye Cumhuriyeti ile Kazakistan Cumhuriyeti Arasında Stratejik Ortaklık Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

RG 13 Temmuz 2010/27640

- 6001 Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun
- 6002 Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 6004 Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun

RG 21 Temmuz 2010/27648

- 6005 Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 6006 Milletlerarası Para Fonu ile Milletlerarası İmar ve Kalkınma Bankasına Katılmak İçin Hükümete Yetki Verilmesine Dair Kanuna Ek Milletlerarası Para Fonu Ana Sözleşmesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Belgelerin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun
- 6007 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyetinde Akkuyu Sahasında Bir Nükleer Güç Santralinin Tesisine ve İşletimine Dair İşbirliğine İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulduğu Hakkında Kanun

RG 25 Temmuz 2010/27652

- 6008 Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 31 Temmuz 2010/27658

- 6010 Güneydoğu Asyada Dostluk ve İşbirliği Andlaşması ile Andlaşmada Değişiklik Yapan Protokollere Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6011 Uluslararası Telekomünikasyon Birliği (ITU) Kuruluş Yasası ve Sözleşmesinde Değişiklik Yapan Antalya Tam Yetkili Temsilciler Konferansı Sonuç Belgelerinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6012 Uluslararası Telekomünikasyon Birliği (ITU) 2003 Dünya Radyokomünikasyon Konferansı Sonuç Belgelerinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6013 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Elektrik, Petrol, Gaz ve Maden Kaynakları Alanlarında İşbirliği Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6014 Karayolları Trafik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 01 Ağustos 2010/27659

- 6009 Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

T Ü Z Ü K L E R

RG 30 Haziran 2010/27627

- 2010/566 Ticaret Gemilerinin Yükleme Sınırı Tüzüğünün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük

Y Ö N E T M E L İ K L E R

RG 16 Haziran 2010/27613

- İthalatta Kota ve Tarife Kontenjanı İdaresi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Haziran 2010/27614

- Çalışma Bakanlığı Merkez Birimleri Evrak ve Dosya Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Şeker Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Altın Borsası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Artvin Çoruh Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- Fatih Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gedik Meslek Yüksekokulu Ana Yönetmeliği
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Kuruluş ve Ana Teşkilat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dar Yönetmelik
- Rize Üniversitesi Bitki ve Toprak Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 18 Haziran 2010/27615

- Diyaliz Merkezleri Hakkında Yönetmelik
- Sosyal Güvenlik Kurumu Genel Kurulunun Toplanması, Çalışması, Temsilcilerin Görevlendirilmesi ve Yönetim Kurulunun Seçilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Reklam Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Müzikoloji Bölümü Genel Müzikoloji Anabilim Dalı Hazırlık Sınıfı Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Celal Bayar Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hakkari Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 19 Haziran 2010/27616

2010/504 Taşınır Mal Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- İller Bankası Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yurtdışı Yükseköğretim Diplomaları Denklik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dokuz Eylül Üniversitesi Çevre Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Haziran 2010/27617

- Okan Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği

RG 21 Haziran 2010/27618

- İstanbul Şehir Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Çift Anadal Programı Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Yandal Programı Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Öğretim Üyelerinin Akademik Kıyafet Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Haziran 2010/27619

- Özel Eğitim Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Elektrik İletim A.Ş. Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Mimarlar Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çukurova Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Haziran 2010/27620

- Emniyet Genel Müdürlüğü Yüksek Öğretim Kurumlarında Öğrenci Okutma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Polis Akademisi Başkanlığı Güvenlik Bilimleri Fakültesi Giriş ve Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Polis Meslek Yüksekokulları Giriş Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eczaneler ve Eczane Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 2012 Olimpiyat Oyunlarına Hazırlanmak Amacıyla Yetiştirilecek Sporcuların Tespiti, Harçlıklarının Belirlenmesi, İaşe, İbate ve Yol Giderlerinin Karşılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Merkez ve Taşra Teşkilatı Ulusal ve Uluslararası Sportif Faaliyetlerine İlişkin Mal ve Hizmet Alımları İhale Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Hayvansal Üretim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 24 Haziran 2010/27621

- Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziantep Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Gedik Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Karabük Üniversitesi Üstün Yetenekliler Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 25 Haziran 2010/27622

- Sağlık Bakanlığı Taşra Teşkilatı Yatak ve Kadro Standartları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Haziran 2010/27623

- Ticari Amaçlı Patateslerin İzlenebilirliği Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Mimarlar Odası Serbest Mimarlık Hizmetlerini Uygulama, Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Jeofizik Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Haziran 2010/27624

- Türk Silahlı Kuvvetleri Besleme Kanunu Temizlik Maddeleri Kullanım Esasları ve Usullerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Türk Silahlı Kuvvetlerinin Savaş Şartları ile Olağanüstü Durumlarda Besleme Desteği İhtiyaçlarının Karşılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Birlikli Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Marmara Üniversitesi Genetik ve Metabolik Hastalıklar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 28 Haziran 2010/27625

- Gümrük Müsteşarlığı Gümrük Uzmanı ve Gümrük Uzman Yardımcıları Sınavı ile Yetişme ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Ziraat Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Disiplin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sinop Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 29 Haziran 2010/27626

2010/506 Yurtdışında Sürekli Görevlendirilecek Personel Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2010/508 Memurlara Yapılacak Giyecek Yardımı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2010/582 Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2010/591 Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Yönetmelik
- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Haliç Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Haziran 2010/27627

- Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ordu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Temmuz 2010/27628

- Millî Eğitim Bakanlığı İzcilik Yönetmeliği
- Yurtiçinde Üçüncü Şahıslarca Üretilen Yük Vagonu ve Vagon Ana Aksamalarının Teknik Kabulü Hakkında Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Ana Yönetmeliğinin Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Temmuz 2010/27629

- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulama Şekli ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu İhale Kurumu İnsan Kaynakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Avrupa Meslek Yüksekokulu Ana Yönetmeliği
- Avrupa Meslek Yüksekokulu Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Mardin Artuklu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 03 Temmuz 2010/27630

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Koruma Daire Başkanlığı Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Hastaneleri Yönetmeliği

RG 04 Temmuz 2010/27631

- Iğdır Üniversitesi Caferilik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 06 Temmuz 2010/27633

- Elektrik Piyasasında Dağıtım Sistemi Yatırımlarının Düzenlenmesi ve Planlardaki Gerçekleşmelerin Denetlenmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Temmuz 2010/27634

- Kırklareli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 08 Temmuz 2010/27635

- Çilek Fidesi Üretimi, Sertifikasyonu ve Pazarlaması Yönetmeliği
- Ordu Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Yaşar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 09 Temmuz 2010/27636

- Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Önlisans Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Toprak ve Su Kaynakları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gediz Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliği
- Harran Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi

Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Meslek Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Sağlık Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Temmuz 2010/27637

- Kıymetli Madenler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İçişleri Bakanlığı Merkez ve Taşra Teşkilatı Arşiv Hizmetleri Yönetmeliği
- Millî Eğitim Bakanlığı İlköğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ortez-Protezleri İsmarlama Olarak Üreten ve/veya Uygulayan Merkezler ile İşitme Cihazı Satış ve Uygulaması Yapan Merkezler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Denizcilik Müsteşarlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür ve Turizm Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Türk Süsleme Sanatları ve Geleneksel El Sanatları Kursları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü Personeli Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Tekstil Mühendisleri Odası Bilirkişilik Yönetmeliği
- Tütün Üretimi, İşlenmesi, İç ve Dış Ticareti ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Tütün Mamullerinin Zararlarından Korunmaya Yönelik Üretim Şekline, Etiketlenmesine ve Denetlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Temmuz 2010/27638

- Balıkesir Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Temmuz 2010/27639

- Fatih Üniversitesi Tıp Fakültesi Tıpta Uzmanlık Eğitimi ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Temmuz 2010/27640

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Ziraat Mühendisleri Odası Bilirkişilik Yönetmeliği
- Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Temmuz 2010/27641

- Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Küçük Sanayi Sitelerinin Kredilendirilmesine İlişkin Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne Ait Taşınmazların İdaresi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Deney Hayvanları Yetiştirme Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gümüşhane Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümüşhane Üniversitesi Çift Ana Dal Lisans ve Yan Dal Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maltepe Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 15 Temmuz 2010/27642

- Ulusal Kırmızı Et Konseyi Kuruluş ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Sivil Hava Ulaşımına Açık Havaalanlarında Yer Alan Terminaler ile Sıhhi İşyerleri İçin İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelikte (SHY-33B) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Türkçe Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

- Ordu Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Pamukkale Üniversitesi Önlisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Önlisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 16 Temmuz 2010/27643

2010/213 Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Ulusal Hububat Konseyi Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik
- Yükseköğretim Kurumlarının Yurtdışındaki Kapsama Dahil Yükseköğretim Kurumlarıyla Ortak Eğitim ve Öğretim Programları Tesisi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankaların Likidite Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Ordu Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 17 Temmuz 2010/27644

- Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliği

- Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu IPTV Yayın Lisans ve İzin Yönetmeliği
- Kamu İhale Uzman Yardımcıları Yarışma ve Yeterlik Sınavları ile Meslek Personelinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Jeoloji Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Temmuz 2010/27645

- Millî Eğitim Bakanlığı Fen Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Sosyal Bilimler Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ondokuzmayıs Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Organ Nakli Eğitim, Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Temmuz 2010/27646

- KTO Karatay Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 20 Temmuz 2010/27647

- Gaziantep Üniversitesi Öğrenci Sağlık İşleri ve Sağlık Raporları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İnönü Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Selçuk Üniversitesi Nasreddin Hoca Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Tunceli Üniversitesi Küçükbaş Hayvancılık Eğitim, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 21 Temmuz 2010/27648

- Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Bilim Kurulunun Çalışma Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Gemi Mühendisleri Odası Gemi Kontrolü Yetkilendirme Yönetmeliği
- Celal Bayar Üniversitesi Kadın Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Cumhuriyet Üniversitesi Çocuk Koruma Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Dumlupınar Üniversitesi İleri Teknolojiler Tasarım Araştırma Geliştirme ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Fatih Üniversitesi Biyonano Teknoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

- Karadeniz Teknik Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim, Sınav, Değerlendirme ve Öğrenci İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Çift Ana Dal, Yan Dal ve Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Sağlık Yüksekokulları Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Marmara Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi Kültür Varlıkları ve Sanat Eserleri Malzeme Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Niğde Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi Yönetmeliği

RG 22 Temmuz 2010/27649

- Millî Eğitim Bakanlığı Yaygın Eğitim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Deney Hayvanları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- İstanbul Bilgi Üniversitesi Satınalma Yönetmeliği

RG 23 Temmuz 2010/27650

- Millî Eğitim Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Balıkesir Üniversitesi Necatibey Eğitim Fakültesi Öğretmenlik Meslek Bilgisi (Formasyon) Programı Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Ordu Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 24 Temmuz 2010/27651

- İyonlaştırıcı Olmayan Radyasyonun Olumsuz Etkilerinden Çevre ve Halkın Sağlığının Korunmasına Yönelik Alınması Gereken Tedbirlere İlişkin Yönetmelik
- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Başkanlığına Bağlı Merkezlerin Kuruluş ve İşletmesine İlişkin Çerçeve Yönetmelik
- Galatasaray Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Galatasaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Galatasaray Üniversitesi İletişim Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

- Galatasaray Üniversitesi Mühendislik ve Teknoloji Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Galatasaray Üniversitesi Meslek Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Galatasaray Üniversitesi Yükseköğretime Hazırlık Sınıfları Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 25 Temmuz 2010/27652

2010/616 Türk Silahlı Kuvvetleri, Millî İstihbarat Teşkilatı ve Emniyet Genel Müdürlüğü Taşınır Mal Yönetmeliği

2010/671 İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Elektrik Mühendisleri Odası Teknik Uygulama Sorumluluğu Uygulama Esasları Yönetmeliği
- Bayburt Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- İnönü Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kafkas Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kocaeli Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uludağ Üniversitesi Önlisans ve Lisans Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uludağ Üniversitesi Üniversite-Sanayi İşbirliği Geliştirme Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Temmuz 2010/27653

- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Akdeniz Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Rize Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Temmuz 2010/27654

- Bitlis Eren Üniversitesi Ön Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Bitlis Eren Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Bitlis Eren Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Hitit Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Muğla Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Muğla Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tunceli Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

RG 28 Temmuz 2010/27655

- Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin Teknik Karşılıklarına ve Bu Karşılıkların Yatırılacağı Varlıklara İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre ve Orman Bakanlığı Merkez Teşkilatının Görevleri, Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği
- Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Akademik Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kadir Has Üniversitesi Yaşam Boyu Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Pamukkale Üniversitesi Bitki Genetiği ve Tarımsal Biyoteknoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Pamukkale Üniversitesi Denizli Yöresi Halk Kültürü Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 29 Temmuz 2010/27656

- Kamu Taşınmazlarının Yatırımlara Tahsisine İlişkin Usul ve Esaslarda Değişiklik Yapılmasına Dair Usul ve Esaslar
- Erzincan Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- Gümüşhane Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Yönetmeliği
- İstanbul Arel Üniversitesi Çift Anadal ve Yandal Lisans Eğitim ve Öğretim Programları Yönetmeliği
- Bilkent Üniversitesi Akustik ve Sualtı Teknolojileri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Temel İngilizce Bölümü Hazırlık Sınıfı Yönetmeliği

RG 30 Temmuz 2010/27657

- Millî Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiş-tirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetme-lik
- Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Gö-revli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Ya-pılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yö-netmelik
- Nükleer Yakıt Çevrimi Tesislerinin Güvenliği İçin Özel İlke-ler Yönetmeliği
- Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Boğaziçi Üniversitesi Yatay Geçiş Esaslarına İlişkin Yönetme-lik
- Boğaziçi Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeli-ğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hacettepe Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Lisans Öğre-tim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yö-netmelik
- Hacettepe Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetme-lik
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Alım-Satım Yönetmeliğinde De-ğişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kastamonu Üniversitesi Yabancı Diller Bölümü Hazırlık Sını-fı Yönetmeliği
- Pamukkale Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Ön Li-sans ve Lisans Yabancı Dil Hazırlık ve Yabancı Dil Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Uludağ Üniversitesi Kredili Önlisans ve Lisans Öğretim Yö-netmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 31 Temmuz 2010/27658

- Yapı Malzemelerinin Tabi Olacağı Kriterler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Radyasyon Güvenliği Denetimleri ve Yaptırımları Yönetmeliği
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin (g) Bendi Kapsamında Yapacağı Mal ve Hizmet Alımlarında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Sicil Yönetmeliği

RG 01 Ağustos 2010/27659

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Peyzaj Mimarları Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğu Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği

RG 02 Ağustos 2010/27660

- Celal Bayar Üniversitesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Ağustos 2010/27661

- Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Eysel ve Kentsel Arıtma Çamurlarının Toprakta Kullanılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Sürekli Eğitim Merkezi Yönetmeliği
- Kilis 7 Aralık Üniversitesi Tarımsal Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kilis 7 Aralık Üniversitesi Bilgisayar Bilimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 04 Ağustos 2010/27662

- Hazır Ambalajlı Mamullerin Ağırlık ve Hacim Esasına Göre Net Miktar Tespitine Dair Yönetmelik (76/211/AT)'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hazır Ambalajlı Mamullerin Nominal Dolum Miktarı ile İlgili Kuralların Belirlenmesine Dair Yönetmelik (2007/45/AT)
- Boğaziçi Üniversitesi Yaşam Bilimleri ve Teknolojileri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Doğu Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Eczacılık Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği

RG 05 Ağustos 2010/27663

2010/717 Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2010/738 Kimlik Paylaşımı Sistemi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Sivil Savunma Uzmanlarının İdari Statüleri, Görevleri, Çalışma Usul ve Esasları ile Eğitimleri Hakkında Yönetmelik
- Uçucu Maddelerin Zararlarından İnsan Sağlığının Korunması Hakkında Yönetmelik
- Doğuş Üniversitesi İngilizce Hazırlık Sınıfı Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Nişantaşı Meslek Yüksekokulu Ana Yönetmeliği
- Rize Üniversitesi Çift Ana Dal Lisans ve Yan Dal Yönetmeliği

RG 06 Ağustos 2010/27664

- Karabük Üniversitesi Yenilenebilir Enerji Mühendisliği Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 07 Ağustos 2010/27665

- Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Yaşam Boyu Dayanışma Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 08 Ağustos 2010/27666

- Tohumluk Kontrolör Yönetmeliği
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Maden Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Maden Mühendisleri Odası Serbest Maden Mühendisliği Hizmetleri Uygulama, Tescil, Denetim ve Belgelendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziantep Üniversitesi Türkçe Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Rize Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 09 Ağustos 2010/27667

- Bartın Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 10 Ağustos 2010/27668

- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Balıkesir Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Çankaya Üniversitesi Ön Lisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kırıkkale Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Orta Doğu Teknik Üniversitesi Öğrenci Kabul ve Kayıt İşleri Yönetmeliği
- Piri Reis Üniversitesi Lisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 11 Ağustos 2010/27669

- Astsubay Meslek İçi Eğitim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Uzman ve Uzman Yardımcılığı Sınav, Atama, Yetiştirilme, Görev ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

RG 12 Ağustos 2010/27670

- Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Gelişen İşletmeler Piyasası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Hisse Senetleri Piyasası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Kotasyon Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Tahvil ve Bono Piyasası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 13 Ağustos 2010/27671

- Biyogüvenlik Kurulu ve Komitelerin Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik
- Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerine Dair Yönetmelik
- Sosyal Güvenlik Kurumu İcra Memurları Yönetmeliği
- Doçentlik Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Akdeniz Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Kadın Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Anadolu Üniversitesi Sivil Havacılık Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Cumhuriyet Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çukurova Üniversitesi Çocuk Koruma Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Dicle Üniversitesi Taşınmazları İdaresi Hakkında Yönetmelik
- Kadir Has Üniversitesi Lisans ve Önlisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Nuh Naci Yazgan Üniversitesi Ana Yönetmeliği
- Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 14 Ağustos 2010/27672

- Vakıflar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Güvenlik Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Yükseköğretim Kurumları Özürümler Danışma ve Koordinasyon Yönetmeliği

Güney DİNÇ
AYDINLIĞA MEKTUPLAR
 Yapı Kredi Yayınları, 2010

Hukuk alanındaki çeşitli kitaplarından sonra İzmir Barosu önceki başkanlarından Güney Dinç, *Mehmed Nail Bey'in Derlediği Kartpostallarla Balkan Savaşı (1912-1913)* adlı son kitabının ardından yine orijinal, Türkiye'de ilk sayılabilecek bir kitabı okuyucularla buluşturuyor.

Kitap 1928-1937 yılları arasında *Vakit, Cumhuriyet, Son Posta, Hizmet, Tan, Anadolu, Yeni Asır, Akşam, Milliyet, Kurun* gazetelerinde yayımlanan okur mektuplarından örnekler sunuyor. Araştırmacı-yazar okur mektuplarını Ekin Bahçesi -dönüşüm, değişim-, Hep O Şarkılar, Bitmeyen Kavga -çalışma yaşamı-, Kadınlara Dair, Şehremaneti'nin Nazarı Dikkatine, Daldan Dala bölümlerine ayırmış. Bir Sunu ile Son Gözlemler bölümleri var. Ayrıca kitaba okuyuculara yardımcı olabilecek bir sözlük eklenmiş bulunmaktadır.

Kitapta kadınlarla ilgili bölümdeki mektuplar ilgi çekiyor. Yine Belediye'den şikâyetler öne çıkıyor. Benim için ilgi çekici olan 4 Temmuz 1929 günlü *Vakit* gazetesinde "Bir İddia" başlığı altındaki soru ve çağrı: "Gençlik Okumuyor! Diyorlar Soruyoruz: Gençler, Okuyor Musunuz?"

Gelen cevapların başlıkları ilginç: "Okumuyoruz çünkü...", "Okuyoruz, Hem de...", " Ne Verdiler, Ne İstiyorlar?"

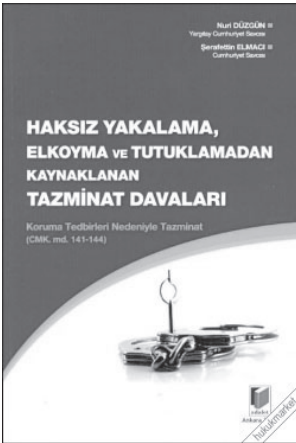
Günümüzde günlük tartışma konularımızdan de aynı yakınlıkların olduğunu görüyoruz.

Eline sağlık değerli dostum ve meslektaşım.



Nuri DÜZGÜN / Şerafettin ELMACI
HAKSIZ YAKALAMA, ELKOYMA VE TUTUKLAMADAN
KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVALARI -Koruma
Nedeniyle Tazminat- (CMK m. 141-144)
Adalet Yayınevi, 2010

Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Nuri Düzgün ile Cumhuriyet Savcısı Şerafettin Elmacı, bu kitapta CMK m. 141-144 maddelerinde düzenlenen “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat” davalarını incelemektedirler. Kitap üç bölümden oluşmaktadır.



Birinci bölümde tazminata konu olabilecek koruma tedbirleri olan yakalama ve gözaltı (CMK m. 90-99), tutuklama (CMK m. 100-108), arama ve elkoyma (CMK m. 116-134) irdelenmektedir.

İkinci bölümde bu koruma tedbirleri dolayısıyla AİHS'ye göre tazminat, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre tazminat, koşulları ve yargılama usulü incelenmektedir. Üçüncü bölümde bu konudaki yargı kararları verilmektedir.

Anayasa'nın güvencesi altında bulunan kişi haklarından olan kişi hürriyeti ve güvenliği ile konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti ve diğer temel hürriyetlerle ilişkilendirilebilecek yakalama, tutuklama, arama ve elkoyma her zaman güncelliğini koruyan ve özen isteyen işlemlerdir. Bu konulardaki uygulamalar maalesef iç açıcı, umut ve güven verici değildir. Bu bağlamda önemli olan bu işlemlerin hukuka uygunluğunu yargı sağlayacaktır, sağlamalıdır. Uygulamaları denetlemenin ve özensizlikleri gidermenin etkin yollarından biri de sorumlular hakkına açılacak tazminat davalarıdır. Maalesef bu konudaki uygulamalar da güven verici ve caydırıcı sayılamazlar. Özellikle elimizdeki kitabın yargı kararları bölümündeki kararların azlığı ve buna güzel bir kanıt teşkil etmektedir.