

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. Yazar 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. Yazar 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 Dağıtım Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

- 7 EDİTÖRDEN / FROM THE EDITOR**
- 9 HABERLER / NEWS**
- 29 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT**
- HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES**
- 33 Ahmet M. GÜNEŞ**
Çevre Hukuku Açısından Stratejik Çevresel Değerlendirme / Strategic Environmental Assessment in Terms of Turkish Environmental Law
- 67 Sinan BAYINDIR / Özge APIŞ**
Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkının Yazılı Basın Yoluyla İşlenen Hakaret Suçları Açısından Değerlendirilmesi / Study Upon the Right to Impart Information as a Ground for Justification in the Context of the Crime of Defamation Committed Through Print Media
- 110 Çınar Can EVREN**
İdari Usul İlkelerinin Yönetim Hukukumuz Açısından Değeri / The Value of Administrative Procedure Norms in Terms of Administrative Law
- 146 Çağrı KAN AYDIN**
Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak "Susma Hakkı" / "The Right of Silence" as an Element of Fair Trial
- 181 Suat ŞİMŞEK**
Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz / In Terms of Scope, Causes and Conditions of Restricting of Property Right, 1982 Constitutional Charter and Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: A Comparative Analyse
- 229 Seda DUNBAY**
Hukuk Tarihimize Mütevazı Bir Katkı: Bekir Behlül Bey'in "Mülahhas Tarih-i İlm-i Hukuk" Başlıklı Makaleler Dizisi / A Modest Contribution to our Law History: Bekir Behlül's Series of Articles Entitled "Summary of Law History"

MAKALELER / ARTICLES

257 Fahrettin DEMİRAĞ, Hasan ÇİFTÇİ

Türkiye’de Hukuk Fakülteleri ve Hukuk Eğitimi / Faculties of Law and Legal Education in Turkey

291 Mustafa Tören YÜCEL

Tutuklama Paradoksu / Paradox of Preventive Detention

300 Hüsamettin UĞUR

Suçta ve Cezada Kanunîlik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar / The Principle of Legality and Some Scot Free Crimes in Relation to the Judgements of Constitutional Court

335 Yonca F. YÜCEL

Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme/ The Study Upon Rights and Interests

KARARLAR / DECISIONS

359 Yargıtay Kararları / Decisions of the Courth of Cassation

377 Disiplin Kurulu Kararları / Decisions of the Disciplinary Committee

Avrupa İnsan Hakları MAhkemesi Kararları / Case Law of the European Court of Human Rights

395 Devecioğlu / Türkiye Davası Çev.: İzmir Barosu Mesleki İngilizce ÇG

409 Teixeira de Castro / Portekiz Davası Çev.: Fatih BİRTEK

431 Schalk ve Kopf / Avusturya Davası Çev.: Serkan CENGİZ

467 YASALAR, TÜZÜKLER, YÖNETMELİKLER / LEGISLATION

487 EKLER / APPENDIX

490 KİTAPLAR, DERGİLER / BOOKS, PERIODICALS

editör'den

Dergimizin baskıya verilmek üzere olduğu günlerde acı bir haber bizleri yakaladı. Uzun bir süre Türkiye Barolar Birliği yönetim kurulu üyeliği yapmış Adana Barosu avukatlarından Ziya Bilge yaşamını yitirmişti.

Av. Ziya Bilge ağabeyimiz, 1923 yılında Niğde'de doğmuş, 1957 yılında Adana Barosu'na kayıt olarak avukatlığa başlamıştı. 1973 yılında Türkiye Barolar Birliği yönetim kurulu üyeliğine seçilmiş olan Ziya Bilge'nin bu görevi 1989 yılına kadar devam etti.

Ben rahmetli Ziya ağabeyi 1984 yılında Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'na seçildiğim gün tanıdım. Aynı kuruldaki görev arkadaşlığı zamanla ağabey-kardeş ilişkisine ve dostluğa döndü. İlişkimiz yakın zamanlara kadar devam etti. 16 Şubat 2008 tarihinde Adana'daki evinde gerçekleşen son ziyaretimde kendisini tekerlekli sandalyede buldum. Eşi Semiha Hanım'ı kaybettikten sonra o da sağlığını yitirmiş, eski gösterişli Ziya Bey, tekerlekli sandalyeye mahkûm olmuştu. Bununla birlikte uzun boylu, yakışıklı, etkileyici Ziya Bilge çökmemişti. Belleği, muhakeme gücü yerindeydi.

TBB Başkanı Av. V. Ahsen Coşar'ın, büyük kaybımız Av. Özdemir Özok için söylediği "*Özdemir ağabeyi anlatmak mümkün değildir, yaşamak gerekir*" sözleri Ziya Bey için de geçerlidir.

Ziya Bey güzel ve itinalı giyinirdi. Ankara'nın en iyi kumaşçılarını, terzilerini bilirdi. Londra'dan aldığı devetüyü paltosu içinde mehabetli görünüşü ile herkesi etkilerdi.

Etkileyici tok bir ses tonu vardı. Politikada üst düzey ilişkileri olmuştu, ama hiçbir kararında ve düşüncesinde politik davrandığını görmedim. Adana Barosu'nda efsanevi bir güce sahipti. Ben bunu Sulhi Dönmezer tasarısı ile ilgili bir panel için Adana'ya gittiğimde bizzat müşahede etmiştim. Benim hatırım için geldiği Adana'daki toplantılarda Zeus haşmeti ile oturuyor, bana verdiği değer nedeniyle yeryüzüne indiği izlenimini duruşu, oturuşu ile belli etmeye çalışıyordu. O dönem yaşlı üyelerin aslında hepsinde bu "*aristokrat*" tavır, üstten bakış vardı... Örneğin, rahmetli Hilmi Becerik Aydın'da, sağlıklar ve uzun ömürler dilediğim Vedat Burcuoğlu Balıkesir ve Bandırma'da, sevgili Şahap Demirer Eskişehir'de aynı tavrı sergilerlerdi. Bir tek sevgili ve rahmetli ağabeyim Burhan Karaçelik mütevazı tavırlar içinde olmuştu arkadaşları arasında. Tabii rahmetli Faruk Erem'i de bu istisnaların başında saymak gerekiyor.

Ziya Bey sevdikleri veya kendisine eşit saydıkları arasında hoş sohbeti. Şakadan anlar, şaka yapmayı severdi. Bu nedenden olsa gerek kurulun –belki de en– yaşlı üyesi olmasına karşın, yönetim kurulunun genç üyeleri olan bizlerle uyumluydu. Yönetim Kurulu toplantılarında Adana'daki tavrından hiç eser olmazdı. Ona en

çok şaka yapan üyelerden biri bendim. Tepkisi sadece “*Yapma be oğlum,*” şeklinde olurdu.

Yukarıda sözünü ettiğim panel için Adana’ya gittiğimde beni hiç yalnız bırakmadı. Evine götürdü. Bir parkın karşısında bulunan, son defa gittiğimde de ziyaret ettiğim evinde beni konuk etti. Değerli eşi Semiha ablayı da orada gördüm. Sonra panele gittik. Ankara’ya döndüğümde yönetim kurulu toplantısında Adana ziyaretim hakkında bilgi verirken, birden durdum ve “*Bir şey daha söylemek zorundayım,*” dedim. Ziya Bey’in gösterdiği yakınlığı anlattım. İlk defa gittiğim Adana’da hiç yabancılık çektimediği için kendisine teşekkür ettim. “*Yalnız bir şeyi özellikle belirtmek isterim,*” diye devam ettim. “*Ziya Bey’in çok güzel bir evi var, bahçesinde heykel bile var,*” diye salondan gördüğüm Belediye parkındaki Atatürk heykelini Ziya Bey’in bahçesinde imiş gibi aktardım. Bütün arkadaşlar güldüler. Ziya Bey, “*Kabahat seni evine kabul edende,*” dedi gülerek. Bir arkadaşının da Adana’daki topraklarını anlatırken “*Arazisinde üç tren istasyonu var,*” değerlendirmesinden dolayı bu tür şakalara alışkındı.

Uzun süre bu “*bahçedeki heykel*”, “*üç istasyon*” gibi konuşuldu aramızda. “*Acaba biraz da gururlanmış mıydı?*” diye hala düşünürüm.

TBB’nin sağ görüşlü sayılabilecek üyelerinden biri olmasına karşın, bir kez dahi politik bir tavrına şahit olmadım. Bu biraz da TBB yönetim kurullarının bazılarınca çok eleştirilen kompozisyonuna karşın politikadan uzak, tarafsız uygulamalarından ileri geliyordu. Solcu bir avukatın meslekten ihracında gösterilen hassasiyet, sağcı bir avukatın disiplin işleminde fazlasıyla gösterilirdi. Yönetim kurullarında sağ görüşlü sayılan bir avukatın dosyasının en solcu sayılan üyelerin lehe itirazları yüzünden üç oturum karara bağlanmadığını ve sonuçta avukatın lehine sonuçlandığını anımsıyorum. Bu ortamda 1923 yılında doğduğu için kelimenin tam anlamıyla bir Cumhuriyet çocuğu olan Ziya Bey hep denge unsuru olmuştur.

Ziya Bilge ağabeyimiz Faruk Hoca’nın Türk siyasetine armağan ettiği “*hukukun üstünlüğü*” kavramının yaygınlaşmasında emeği bulunanlardan biri idi.

Ziya Bey’i ve ondan önce yaşama gözlerini yuman değerli eşi Semiha ablayı saygı, sevgi ve rahmetle anıyorum. Sözlerimi, “*Onu anlatmak kabil değil, Ziya Bey’i yaşamak gerekir*” sözlerini yineleyerek bitirmek istiyorum.

Saygılarımla.

Teoman Ergül

2010-2011 ADLİ YARGI YILI BAŞLADI

2010-2011 adli ve idari yargı yılı, 1 Ağustos'ta başlayan adli tatilin bitmesi sonunda, 6 Eylül 2010 tarihinde Yargıtay'da düzenlenen törenle açıldı.

Törende, her yıl olduğu gibi, bu yılda Yargıtay Başkanı'ndan sonra Türkiye Barolar Birliği Başkanı kürsüye çıktı ve yeni yıl dolayısıyla mesajlarını ilettiler. Türkiye Barolar Birliği Av. Vedat Ahsen Coşar, Yargıtay kürsüsünden yaptığı bu ilk konuşmasına "Yeni Yargı Yılı'nın açılışı nedeniyle düzenlenen bu törende, mesleğim ve meslektaşlarım adına konuşmanın benim için hem büyük bir onur, hem de ağır bir sorumluluk olduğunun bilincindeyim. Bunu ve bugün burada konuşmanın benim yönümden manevi bir değeri ve duygusal bir anlamı olduğunu, özellikle belirtmek isterim." sözleri ile başladı.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı, yargı ve savunma ile ilgili pek çok konu yanında çok kısa bir süre sonra yaşanacak "referandum" hakkındaki düşüncelerini de kamuoyu ile paylaştı:

"Doğrudan demokrasinin aracı olan, temsili kurumların yerine değil, onlara ek olarak kullanılan referandum, Anayasamızın da öngördüğü bir yöntem olmakla, bu yöntemle başvurulmuş olması hukuka uygundur. Ne var ki, referandum yararı olduğu kadar sakıncaları da olan bir yöntemdir. Referandumun en başta gelen sakıncası, toplumu birleştiren değil, ayrıştıran, kutuplaştıran bir süreç olmasıdır ki bu süreci yaşıyoruz. Yine temel hak ve özgürlükleri kapsayan hususlar referanduma konu yapılmaz, yapılmaması gerekir. Referanduma konu yapılan bir kısım anayasa değişiklikleri doğrudan temel hak ve özgürlüklerle ilgili ve de isabetli olmakla, bunların referanduma sunulmuş olması doğru de-

ğildir. Anayasa değişikliği gibi çok teknik, çok hukuki, çok siyasi bir konuda verilecek kararın, bu konuda çok az bilgili, çok az deneyimli olması nedeniyle medyanın etkisine ve manipülasyonlarına açık durumdaki halka sunulması yanlış bir tercihtir. Yine referandumdan çıkacak sonuç, belli bir zaman dilimindeki veya konjonktürdeki kamuoyunun tercihiyi yansıtabilir. Oysa anayasalar sadece belli bir zamanı, diğer bir deyişle bugünü değil, yarını da kucaklayan ve bağlayan üst normlardır. O nedenle bu konuda referandum yapılması doğru değildir. Yine anayasalar nitelikleri itibarı ile hukuki olmaktan daha çok, siyasi metinlerdir. Siyasi nitelikteki bu metinlerin ve dolayısıyla siyasi meselelerin referandum yoluyla evet/hayırda ibaret iki seçeneği olan sorulara indirgenmiş olması, anayasa değişikliği gibi ciddi ve yaşamsal bir konunun basitleştirilmesi ve tahrif edilmesi sonucunu doğurur. O nedenle Anayasa değişikliği konusunda referandum yapılması bizce hatalı olmuştur. Nitekim anayasa değişiklikleriyle ilgili olarak Batı ülkelerinde referandum yoluna başvurulmamış, parlamentoda ve mutabakatla çözüme varılmıştır. Ülkemizdeki geçmiş uygulamalarda böyle olmuştur."

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Vedat Ahsen Coşar'ın ilgi ile izlenen konuşmasında önemli bir konu da "demokratik meşruiyet" sorunu idi:

"Siyasal sistemler, anayasa olmaksızın, herhangi bir yasama organı ve hatta yargı organı olmaksızın, siyasi partiler olmaksızın öyle ya da böyle işleyebilirler. Ama devlet siyasasını oluşturan ve çalıştıran bir yürütme organı olmaksızın ayakta kalamazlar. Onun için siyasal bir sistemin veya bir devletin 'olmaz ise olmaz' organı 'yürütme organı'dır. Ne var ki, sadece yürütme organının var olduğu, yürütme organının hesap verebileceği seçil-

miş bir yasama organının bulunmadığı bir siyasal sistem uzun süre ayakta kalmaz, kalsa da demokratik olmaz.

Onun için bir sistem olarak demokrasinin merkezini seçimle gelen, meşruiyetini açık, özgür ve adil olarak yapılan seçimlerden alan yürütme erki oluşturur. Demokratik bir sistem içinde devletin siyasasını yürütmek, toplum düzen ve istikrarını sağlamak yürütme erkinin görev, yetki ve sorumluluğu altındadır. Silahlı kuvvetler de, polis gücü de, bürokrasi de sivil yönetimin emrindedir ve ona bağlıdır.

Peki! Yürütme erki ne ile bağlıdır?

Anayasanın çizdiği sınırlarla, yani hukukla, evrensel hukukla bağlıdır. Esasen demokrasi ile anayasal demokrasi/anayasal devlet arasındaki gerilim veya gerginlik de buradadır. Demokrasi, iktidarın, çoğunluğun seçtiği tek elde toplanmasına izin ve olanak verirken, anayasal demokrasi, siyasi iktidarın birey hak ve özgürlükleri lehine sınırlandırılması demek olan anayasacılığı ve buna hizmet eden kuvvetler ayrılığı ilkesini, yani anayasal devleti, yani sınırlı devleti öngörür. Yönetme yetkisini çoğunluğa verirken azınlığın haklarını korur, bu amaçla devlet iktidarının kullanıl-

ADALETİN BU MU TÜRKİYE

Tolga TANIŞ / WASHINGTON
Hürriyet, 16 Ekim 2010

Dünya Adalet Projesi, '2010 Hukukun Üstünlüğü Endeksi'ni açıkladı. Türkiye birçok alanda en dipte çıktı. Özellikle hükümetin yetkilerinin denetlenmesi, yasaların anlaşılabilirliği ve temel haklar alanlarının üçünde de, Türkiye 35 ülke arasında son 5 ülkeden biri oldu.

DÜNYA genelinde hukukun üstünlüğü ilkesini güçlendirmek için çalışan bağımsız, uluslararası sivil toplum örgütü Dünya Adalet Projesi, önceki gün Washington'da '2010 Hukukun Üstünlüğü Endeksi'ni açıkladı. 35 ülkeden akademisyen, devlet yetkilisi, toplum liderleriyle görüşülerek hazırlanan endeks, 3 yıllık bir çalışmanın ürünü olarak ortaya çıktı. Şeffaf yönetim, mahkemelere erişim, verimli yargılama gibi kriterlerde 49 alt başlık değerlendirilerek yapılan araştırmada, Türkiye birçok alanda en dipte çıktı. Özellikle hükümetin yetkilerinin denetlenmesi, yasaların anlaşılabilirliği ve temel haklar alanlarının üçünde de, Türkiye 35 ülke arasında son 5 ülkeden biri oldu. İşte araştırmanın Türkiye'yi kapsayan çarpıcı kısımları ve Türkiye'nin adalet karnesi:

Hükümet Denetlenemiyor

Türkiye, hükümetin denetlenmesi konusunda neredeyse tüm klasmanlarda en dipte. Hükümet üyeleri ve devlet görevlilerinin hukuk kurallarıyla ne derece sınırlandırıldığı ve basının hükümet üzerinde denetleme görevini ne derece yürütebildiğini gösteren Sınırlı Hükümet Yetkisi endeksinde, 35 ülke arasında 31. çıktı. Kendi klasmanındaki 7 ülke arasında ise 6.

Basın Özgürlüğü Böldü

Basının hükümet politikaları ve icraatı aleyhine görüş bildirme özgürlüğü olup olmadığı konusunda yapılan ankete göre ise yüzde 45'lik bir topluluğa göre basının böyle bir özgürlüğü var. Yüzde 55'e göre ise basın bu konuda özgür değil.

Yolsuzlukta Karne Orta

Hâkimlerin vicdan ve cüzdandan sıkışıp kalmasından korkulan Türkiye, yolsuzluk açısından çok kötü durumda değil. Global olarak ortada, bölgesel olarak ise 2.

Yasalar Anlaşılmaz

Türkiye, yasaların halk tarafından kolayca anlaşılabilmesi gerektiği ilkesinde, hem bölgesel hem global gruba klasmanında sonuncu. Global sıralamada ise 35 ülke arasında 32. Bunun anlamı şu:

masını sınırlandırır.

Anayasal demokrasilerde, diğer bir deyişle anayasal bir devlette, temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda merkezi öneme sahip olan organ, 'yargı organı'dır. Onun için yargının bağımsız ve tarafsız olması gerekir. Yargı bağımsızlığı ilkesi yargıçlara tanınmış bir ayrıcalık değil, onların tarafsızlığını sağlamanın aracıdır. Kişisel bir davranış ve hatta dürüstlük ilkesi olan tarafsızlık, siyasi sempati ve ideolojik eğilimlerin olmaması anlamına gelir. Kuvvetler ayrılığının uygulamasından ibaret bir anayasal ilke olan yar-

gı bağımsızlığı, devletin üç temel organı olan yasama, yürütme ve yargı arasında kesin bir ayrımı gerektirir.

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 anayasal demokrasinin güvencesidir. Yine yasama ve yürütme başta olmak üzere diğer siyasal organların ve kurumların rakibi değil, aksine bunlarla birlikte siyasal işleyişin ve kuvvetler ayrılığının tamamlayıcı bir par-

Türkiye'de halk yasaları anlamıyor. Yasaların neye izin verdiğini, neyi yasakladığını da bilmiyor.

Kişisel Güvenlik İyi Değil

Bireylerin mal ve can güvenliğini ölçen endeks faktöründe Türkiye iyi durumda değil. Adi suçun, terör, silahlı çatışma gibi politik şiddetin olmaması ilkelerini ölçen endekste Türkiye global olarak 18. Bölgesel sıralamada yine sonuncu.

Temel Haklarda Sonuncu

Ondan daha da kötü durumda olduğu endeks faktörü ise temel haklar. İnsan haklarının korunmasını kapsayan bu ilkeye göre Türkiye global sıralamada sondan 3. Bölgesel ve gelir grubu sıralamasında ise sonuncu.

Şeffaflıkta Dipte Değiliz

Yasalara erişim, yasaların oluşturulmasında farklı görüş açılarının ele alınması, mahkeme kararlarına erişim gibi kriterlerde ise Türkiye sonda değil. Global sıralamada yine aşağılarda. 35 ülke arasında 22. Ama bölgesel ve gelir grubu sıralamalarında ortalarda. Aynı durum mevzuat uygulamasında da geçerli. Global olarak 26. Kendi klasmanında ortalarda.

Mahkemelerin Maddi Külfeti

Türkiye'nin hukukun üstünlüğü endeksinde göreceli olarak en iyi durumda olduğu iki alan ise adalet başvurma ve etkin yargı sistemi faktörleri. Adalet sisteminin halkın mahkemelere kolayca başvurabilmesini sağlayacak şekilde maddi bir külfet getirmemesi, etkin, yetkin ve tarafsız olması ilkesini inceleyen adalet başvurmada Türkiye global olarak 14. Bölgesinde ise 2. Örneğin mahkemelerin çok büyük maddi yüke neden olduğu ABD, 11 ülkelik kendi gelir grubu klasmanında sonuncu.

Mahkemeler Etkin Çalışıyor

Mahkemelerin soruşturma yürütme ve hüküm vermedeki, tarafsızlığını, etkinliğini inceleyen etkin yargı sistemi kriterinde de Türkiye global olarak 14. sırada. Bölgesel ve gelir grubu sıralamalarında ise her ikisinde de 2.

İşte İncelenen 35 Ülke

Araştırma kapsamında incelenen ülkeler şöyle: ABD, Arnavutluk, Arjantin, Avustralya, Avusturya, Bolivya, Bulgaristan, Kanada, Kolombiya, Hırvatistan, Dominik Cumhuriyeti, El Salvador, Fransa, Gana, Hindistan, Endonezya, Japonya, Ürdün, Kenya, Liberya, Meksika, Fas, Hollanda, Nijerya, Pakistan, Peru, Filipinler, Polonya, Singapur, Güney Afrika, Güney Kore, İspanya, İsveç, Tayland, Türkiye.

çadır. Böyle bir demokratik işleyiş içerisinde kuvvetler ayrılığının konumlandığı ilke, kuvvetlerin birbirinden koparılması, ayrıştırılması, kuvvetlerin birbirleriyle yarışırılması değil, kuvvetlerin paylaşılması yoluyla siyasi iktidarın sınırlandırılması ve bu suretle iktidarın kötüye kullanılmasını engelleyecek bir denetleme ve dengeleme mekanizmasının kurulmasını sağlamaktır. Özeldə anayasa yargısının, genelde yargı erkinin anayasal demokrasilerdeki yeri, işlevi ve işleyiş şekli böyledir.

Türkiye'deki bir kısım görüşler yönünden ise durum bundan farklıdır. Bu bağlamda, klasik demokrasi anlayışından ve 1924 Anayasasından 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, Anayasa Mahkemesi, bürokratik bir vesayet organı konumundadır. Yine bu görüşü benimseyenlere göre, Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı yargısal denetim meclis çoğunluğunun iradesine karşı olmakla demokratik meşruiyet ilkesine aykırıdır.

Duraksamadan 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 ve

hukuka uygun olup olmadığına göre değerlendirilir. O nedenle kaynağını ve meşruiyetini Anayasa'dan 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. Ama bir o kadar da, meşruiyetini seçimden ve halkın iradesinden alan ve o nedenle yaptığı yasama tasarrufu seçime ve seçmen iradesine dayanan yasama organının, Anayasa Mahkemesi'ne üye seçmek hakkına sahip olmaması gerektiğini savunmak da yanlıştır, dahası demokratik meşruiyet ilkesine aykırıdır.

Açıklanan bu nedenlerle 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Anayasa'nın 146. maddesinde yapılan değişiklik, bu bağlamda 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'de ki tercih ve düzenlemeler de bu şekildedir. Aynı şekilde kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulandığı ilk ülke olan ve bizde olduğu gibi kuvvetler ayrılığının yumuşatılmış şeklinin değil de en katı şeklinin uygulandığı Amerika Birleşik Devletleri'nde, Yüksek Mahkeme üyelerini yürütme erkinin başı olan Amerika Birleşik Devletleri Başkanı ismen belirlemekte ve Amerikan Senatosu'nun onayına sunmaktadır. Yani yüksek mahkeme üyeliğine atama yapılmamasıyla ilgili süreçte, hem yürütme erki ve hem de yasama organı yetkili ve görevlidir.

Yine Türkiye Barolar Birliği'nin 2007 yılın-

da hazırladığı Anayasa Önerisi'nin 159. maddesinde yer alan düzenleme ile Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne Anayasa Mahkemesi'ne dört üye seçmek yetkisi tanınmıştır.

Referanduma sunulan değişiklik paketinde, bizce doğru olmayan husus, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aday göstermek yetkisinin Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu veya Genel Kurulu yerine, baro başkanlarına verilmiş olması ve daha da önemlisi, ikinci ve üçüncü oylamalarda birinci oylamada olduğu gibi nitelikli çoğunluğun öngörülmemiş olmasıdır.

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

Konuşmanın tam metni basılı olarak dağıtıldığı gibi www.barobirlik.org.tr sitesinde de görülebilir.

ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ HALK OYLAMASINDA KABUL EDİLDİ

TCAnayasası'nın 5982 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikleri halkoylamasına sunuldu.

Referanduma katılanların %58'i "evet" diyerek Anayasa değişikliklerini onayladılar. "Hayır" oyu kullananlar ise %48 oranında kaldı.

Yüksek Seçim Kurulu'nun oylama sonucunu 23 Eylül 2010 tarihinde *Resmi*

Gazete'de ilan etmesinden sonra değişik Anayasa'nın geçici hükümlerine göre HSYK ve Anayasa Mahkemesi için üye seçimlerine başlandı.

BARO BAŞKANLARI ANAYASA MAHKEMESİ ÜYELİĞİ İÇİN ÜÇ ADAY SEÇTİLER

5982 sayılı Kanun'la değişik TC Anayasası'nın 146. maddesi gereğince, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilecek bir avukat üye seçimi için baro başkanları, 7 Ekim 2010 günü, üç adayı belirlediler. TBB Av. Özdemir Özok Kültür ve Kongre Salonu'nda yapılan gizli oylamaya 78 baro başkanından 75'i katılarak oylarını kullandılar.

TBB Yönetim Kurulu üyesi Av. Ahmet Gürel başkanlığındaki sandık kurulu sonuçları Afyonkarahisar Baro Başkanı Celal Mümtaz Akıncı (41), Muş önceki Baro Başkanı Av. Sait Sever (35) ve Düzce Baro Başkanı Av. Ali Dilber (33) olarak açıkladı.

Seçim sonuçlarına herhangi bir itiraz olmadığından TBB Başkanlığı, seçilen adayları TBMM Başkanlığı'na bildirdi.

TBMM ANAYASA MAHKEMESİ ÜYELİĞİNE ADAY SEÇİMİ YAPTI

5982 sayılı Kanun'la değişik TC Anayasası'nın 146. maddesi gereğince, Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'nca bildirilen üç aday arasından TBMM Genel Kurulu 13.10.2010 günü yapılan toplantısında Afyonkarahisar Baro Başkanı Celal Mümtaz Akıncı'yı Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçti. Seçime ilişkin TBMM kararı 15 Ekim 2010 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girdi.

Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilen Av. Celal Mümtaz Akıncı, 31 Ocak 1957 Afyonkarahisar doğumlu olup 1982 tarihinde Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. 1984 yılında Afyonkarahisar'da avukatlığa başlamış ve 2001 yılından beri Afyonkarahisar Baro Başkanlığı'ni yürütmekte idi. Evli, dört çocuklu olan Celal Mümtaz Akıncı, seçildikten sonra basına verdiği ilk demecinde şunları söylemiştir:

“Önemli olan hayırlı hizmetler yapabilmek, hakka, adalete hizmet edebilmek ve özgürlükler noktasında gerekeni yapmaktır diye düşünüyorum.”

Anayasa Mahkemesi'nin yeni üyesi Celal Mümtaz Akıncı, 18 Ekim 2010 tarihinde törenle yemin ederek görevine başladı.

CUMHURBAŞKANI HSYK İÇİN İKİ AVUKAT ATADI

Cumhurbaşkanı Abdullah Gül, T.C. Anayasası'nın 5982 sayılı Kanun'la değişik 159. maddesi gereğince, “yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasında” seçeceği üyeleri atadı.

Cumhurbaşkanı tarafından atanacak dört üyeden ikisi Kayseri Barosu Başkanı Ali Aydın ile Maliye Bakanlığı Başhukuk Müşavirliği ve Muhaekemat Genel Müdürlüğü müşavir hazine avukatı Rasim Aydin olarak belirlendi.

Öğretim üyeleri kontenjanından ise Prof. Dr. Ahmet Gökçen ile Prof. Dr. Bülent Çiçekli atandı.

Kurul üyelerine çalışmalarında başarılar dileriz.

Adana Barosu staj dönemi törenle başladı

Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Vedat Ahsen Coşar, “Özellikle siyasi davalarda avukat cesur olmalı tutuklanmak dahil, başına her şeyin geleceğini bilmelidir” dedi. Coşar, Adana Barosu'nca düzenlenen “2010-2011 Staj Dönemi” etkinliğinin açılış töreninde yaptığı konuşmada, stajyerlerin mesleğin geleceği olduğunu söyledi. Stajyerlerden mesleğin tarihsel mirasına sahip çıkmaları, değerini korumaları ve zenginleştirmelerini isteyen Coşar, Türkiye'de çağdaş anlamda avukatlık mesleğinin başlangıcının, hukuk yolu ile toplumu dönüştürme projesi olan Cumhuriyetin kurulması ile birlikte olduğunu ifade etti. Coşar, avukatlık mesleğinin sadece bilgi değil aynı zamanda cesaret istediğini belirterek, şöyle konuştu: “Özellikle siyasi davalarda avukat cesur olmalı, tutuklanmak dahil başına her şeyin geleceğini bilmelidir. Mesleğini yerine getirirken avukat özgür ve bağımsız olmalı. Esasen bağımsızlık avukatlık mesleğinin karakteridir. Avukat bu anlamda hiç kimseden emir almamalı, bağımsızlığını zedeleyecek işleri ve görevleri kabulden kaçınmalıdır.” Coşar, avukatın, mesleğini özenle yerine getirmesi, sır saklamasını bilmesi, gerek adalet hizmeti ve gerekse mesleğin onurunu ve şerefini her şeyin üstünde tutması gerektiğini anlatarak konuşmasını şöyle sürdürdü: “Objektifliğini yitiren, müvekkili ile bütünleşen avukat, tarafsızlığını yitireceği ve taraf olacağı için müvekkilinin hakkını yeterince koruyamaz. Onun için yargıcın tarafsızlığı kadar avukatın tarafsızlığı da önemli. Avukat üslupta yumuşak, eylemde sert olmalıdır. Yazarken de, konuşurken de düşüncelerini ve argümanlarını nezaketle koymalı, hukuk dışı açıklamalardan kaçınmalı, savunma sınırını aşmamalı, düzeyini düşürmemeli, her koşulda nezaketini korumalıdır.” Adana Baro Başkanı Aziz Erbek'in konuşmasının ardından Denizli Barosu avukatlarından Adil Giray Çelik, “belgeler ve fotoğraflar ışığında avukatlık tarihçesi” konulu bir sunum yaptı. Seyhan Otel'de düzenlenen törene Adana Cumhuriyet Başsavcısı Sabri Beytorun ve çok sayıda avukat ve stajyer katıldı. Bu arada, törenin ardından Coşar, gazetecilerin sorularını yanıtladı. Coşar, bir gazetecinin “Adalet Bakanlığının HSYK seçimleriyle ilgili gizli liste hazırlandığı” iddialarıyla ilgili soruya, “Böyle bir çalışma asla kabul edilemez. HSYK seçimi bütün yetkili kurumların ortak görüşü doğrultusunda gerçekleştirilmeli” yanıtını verdi. Coşar, 8. Cumhurbaşkanı merhum Turgut Özal'a yönelik suikast iddiasıyla ilgili başka bir soru üzerine de “Bu iddia hukuksal süreçte incelenmesi gereken konu. Böyle önemli konular hakkında afaki konuşmalar yapılması yanlış” dedi.

HSYK İÇİN YAPILACAK SEÇİMDE ADALET BAKANLIĞI'NIN GİZLİ LİSTE HAZIRLIĞI KINANDI

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Vedat Ahsen Coşar, Adalet Bakanlığı'nın HSYK seçimleri ilgili "gizli liste" ile yapacağı iddia edilen "dayatma ve etkileme" sürecine sert tepki gösterdi.

Adana Barosu'nca "2010-2011 Staj Dönemi" dolayısıyla düzenlenen toplantıda bir gazetecinin "Adalet Bakanlığı'nın HSYK seçimleriyle ilgili gizli liste hazırladığı" sorusunda şöyle cevapladı:

"Böyle bir çalışma asla kabul edilemez. HSYK seçimi bütün yetkili kurumların ortak görüşü doğrultusunda gerçekleşmelidir."

17 Ekim 2010 tarihinde, illerde yapılan seçim sonucunda şu hâkim ve savcılar HSYK'ya üye olarak seçildiler:

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ YÖNETMELİKLERİNDE DEĞİŞİKLİKLER YAPILDI

Türkiye Barolar Birliği Reklam Yönetmeliği'nin 4, 5, 6, 8, 9, 12 ile geçici 1. maddelerinin değiştirilmesi ve geçici bir madde eklenmesiyle ilgili yönetmelik *Resmi Gazete*'nin 7 Eylül 2010 günlü sayısında yayımlanarak yürürlüğe girdi.*

Resmi Gazete'nin aynı sayısında yayımlanan bir yönetmelik ile "Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Yönetmeliği'nin 73/A maddesinin üçüncü fıkrasının h bendi" yürürlükten kaldırılmıştır.*

TBB BAŞKANI VEDAT AHSEN COŞAR: "TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NİN EN BÜYÜK UTANCI OLAN BU VAHŞETİ YAŞANMAMIŞ OLARAK GÖRMEK MÜMKÜN DEĞİLDİR."

Diyarbakır Cezaevi gerçeğini Araştırma ve Adalet Komisyonu tarafından düzenlenen "Türkiye Diyarbakır askeri cezaevi gerçeği ile yüzleşiyor" sempozyumuna katılan TBB Başkanı Av. Vedat Ahsen Coşar yaptığı konuşmada, "Türkiye Cumhuriyeti'nin en büyük utancı olan bu vahşeti yaşanmamış olarak görmek mümkün değildir. Bu nedenle yüzleşmek yetmez. Özür dilemek gerekiyor. Bu özür pratik anlamda Diyarbakır Cezaevi'nin müze olarak sergilenmesi ile gerçekleşebilir. Vicdanlarımızı taze tutmamız açısından bu çok önemlidir." dedi.

TBB Başkanı Vedat Ahsen Coşar'ın sempozyumda yaptığı konuşmanın tam metnini aşağıya alıyoruz:

"İnsanların olduğu gibi, devletlerin, ülkelerin, toplumların da "zor zamanları" vardır. Diyarbakır Askeri Cezaevi'nde yaşananların olduğu zamanlar, yani 12 Eylül askeri rejiminin sonrasındaki zamanlar, bizim ülkemizin yaşadığı "zor zamanlar"dandır.

Nedir "zor zaman" veya "zor zamanlar?" Sadece hukuki bir deyim midir? Yoksa teknik anlamda kimi hukuksal durumları, ama aynı zamanda siyasi bir durumu ifade eden bir kavram mıdır? Ya da kimi zaman ve koşullarda hukuki durumu da aşan ve sadece bir siyasal durumu ifade eden bir deyim midir?

Hem bunlardır "zor zamanlar", hem de hukuk literatüründe yer aldığı biçimiyle olağanüstü hal, sıkıyönetim veya savaş gibi ger-

* Bkz. Ekler.

SEÇİMİN GALİBİ ADALET BAKANLIĞI

Mesut Hasan BENLİ
Radikal, 18 Ekim 2010

Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu'na üye seçiminde Adalet Bakanlığı'nın desteklediği adaylar, YARSAV'ın adayları karşısında büyük üstünlük sağladı.

Anayasa değişikliğiyle yapısı tamamen değiştirilen HSYK'ya adli ve idari yargıdan 10 asıl, altı yedek üye seçildi. Yaklaşık 11 bin hakim sandık başına giderek oy kullandı. Adalet Bakanlığı'nın desteklediği adaylar, YARSAV'ın desteklediği adaylar karşısında büyük oranda galip geldi. Hâkim ve savcılar, HSYK üyelerini belirlemek için dün sabah saatlerinde sandık başına gitti. Hâkim ve savcılar, oy pusulalarında bulunan adayların isimlerinin karşısındaki boş kutucuğu işaretledi. Adli yargı kökenli hakim ve savcılar yedi asıl, dört yedek üye için oy kullandı ve 11 ismi işaretledi. İdari yargıda görev yapanlar üç asıl, iki yedek beş ismi işaretledi. Seçimlerde özellikle Ankara, İstanbul ve İzmir'den gelen oylar etkili oldu. Ankara'da 1761 adli, 506 idari, İstanbul'da 1560 adli, 138 idari, İzmir'de 548 adli, 54 idari hâkim ve savcı oy kullandı.

En çok hakim ve savcının oy kullandığı Ankara'da seçimler için sandıklar Ankara Adliyesi yemekhanesinde kuruldu. Toplam 24 sandıktan 18'inde adli, altısında idari hâkim ve savcılar oy kullandı.

Adaylar son ana kadar seçmenleri konumunda bulunan hâkim ve savcılarını etkilemeye çalıştılar. Sabah saatlerinde eşi Hâkim Gülderen Karaman'la birlikte oyunu kullanan Adalet Bakanlığı Müsteşarı Ahmet Kahraman meslektaşlarının yapacağı seçimle hâkim ve savcılarının temsilcileri vasıtasıyla kurulda daha etkin yer alacağını söyledi. Bürokratların adaylığını bir mahzur olarak görmediğini belirten Kahraman, "Bugüne kadar kurul adına sekreteryaya hizmetlerini yapan bakanlıktaki bilgi birikiminin, hafızanın kurula taşınması noktasında bürokratların faydası olabilir" dedi.

Dernekler tepkili Adalet Bakanlığı'nın seçim sürecinde izlediği politikalar sandık başında dernekler tarafından eleştirildi. YARSAV Başkanı Emine Ülker Tahran, oyunu kullandıktan sonra, seçimlerin adil olmadığını iddia etti. Ülker, "Dünyanın hiçbir yerinde yürütme organının doğrudan yargıç seçimlerine müdahalesi söz konusu değildir" dedi.

Saat 17.00 itibarıyla hâkim ve savcılarının oy kullanması sona erdi ve sandıklar açılarak sayıma geçildi. Sandıkta ilk çıkan sonuçlara göre Adalet Bakanlığı'nın üstü örtülü destek verdiği hâkim ve savcılarının büyük çoğunlu seçimlerde ezici bir oy oranına ulaştı. YARSAV'ın desteklediği adaylar ise beklenen oy oranına ulaşamadığı görüldü.

Seçim sonuçları YARSAV'da şok etkisi yaratırken, dernek sürpriz bir karara imza attı. YARSAV 27 Kasım 2010 tarihinde olağanüstü genel kurulunu gerçekleştirme kararı aldı.

çekten sıra dışı durumları ve zamanları karışılmak üzere kullanılan ya da devletin gerçek veya hayali bir düşmana karşı teyakkuza geçtiği, bu düşmanla baş edebilmek için temel hak ve özgürlükleri kısıtladığı, hatta ihlal ettiği, hukukun sağladığı güvenceleri yok saydığı, bütün bunları yapabilmek için sivil, askeri veya resmi başkaca güçleri kullandığı ve hatta yargı organlarıyla ittifak ve işbirliği yaptığı zamanlardır “zor zamanlar”.

Her “zor zaman” değil ise de, kimi “zor zamanlar” veya kimi “zor zamanlarda” yaşananlar, insanı, insanlığı, devleti, devletin kurumlarını utandırır. Demem şu ki, Diyarbakır Askeri Cezaevi’nde yaşananlar insan olarak bizim utancımızdır, Türkiye Cumhuriyet Devleti’nin utancıdır. Utancıdır, zira o hapis-haneye götürülen insanların yaşamları da, insanlık onurları da, kişilikleri de, kimlikleri de devlete emanet edilmişti. Devlet onlara sahip olmalıydı, ama sahip olamadı. Sahip olamamak bir yana bir kısmını yok etti, neredeyse tamamının insanlık onurlarıyla, kişilikleriyle oynadı. Keşke bunlar yaşanmasaydı, bu topraklarda tarih başka türlü yazılıysaydı ve de biz bugün böylesine utanmasaydık. Ama yaşananlar yaşanmış ve tarihteki yerini almış olmakla, bu artık mümkün değildir. Yaşananları yaşanmamış saymak, yadsımak, yaşananların üzerini örtmek ise hiç, ama hiç mümkün değildir.

O halde bu utançtan kurtulmak, biraz da olsa temizlenmek, arınmak ve hesaplaşmak için önce bu utançla, yani Diyarbakır Askeri Cezaevi’nde yaşanan gerçeklerle yüzleşmek gerekir. Yüzleşmemiz gerekir. Zira gerçekler belki insanın canını acıtır, ama yalanlardan her zaman daha iyidir ve daha çok işe yarar. Onun için bu etkinliği düzenlemek suretiyle bizlere bu utançla yüzleşmek, hesaplaşmak, az da olsa temizlenmek, arınmak

olanağı sağlayanlara kendi adıma teşekkür ediyorum.

Ama sadece yüzleşmek yetmez. Özür de dilemek gerekir. Sadece sözcüklerle değil, eylemli olarak özür dilemek gerekir. Herhalde özür dilemenin bir yolu da Diyarbakır Askeri Cezaevini müze yapmaktır. Ben inanıyorum ki, orayı müze yapmak suretiyle yaşatmak; nefreti, kini, intikamı yaşatmaya, gelecek kuşaklara bu negatif duyguları aktarmaya değil, insanın yaptığı en büyük duygusal devrim” olarak tanımladığı utanma duygusunu yaşatmaya, vicdanları dimdik ayakta ve tetikte tutmaya hizmet edecektir.

Değerli Konuklar,

Türkiye 1980’lerde olduğu gibi günümüzde de “zor zamanlar” yaşıyor. En çok da, şiddet ile yaşadığı için “zor zamanlar” yaşıyor. Önce ve hep birlikte bu şiddeti durdurmak zorundayız. Bunun için de hep beraber Gandi’nin söylediği gibi “şiddeti reddetmek, inancımın ilk maddesidir. Ve son maddesidir” dememiz gerekir. Öğretimiz bu olmalıdır. Yöntemimiz zor değil, ikna olmalıdır. Demokrasi olmalıdır, hukuk olmalıdır, insan hakları olmalıdır. Vicdanımızın sesine kulak vermek olmalıdır. Bunları yaparsak, yapabilirsek eğer, gerisi gelir, daha kolay gelir. Onun için hep birlikte bunları yapalım. Yapalım ki tüm dünya bizim için “Bir zamanlar büyük bir halk vardı, Kürt ve Türk bir halk ve onlar, uygarlığın damarlarına yeni bir anlam ve haysiyet aşıladılar” desin.”

TBB BAROKARTI SATIN ALDI

Ankara Barosu’nun beş yıl önce başlattığı BaroKart, Türkiye Barolar Birliği tarafından satın alındı.

Barokart işlemleri ve meslektaşlarımı-

za sağlayacağı çeşitli yararlar hakkında geniş bilgi için www.barobirlik.org.tr sitesine bakınız.

BARO BAŞKANLARI TOPLANTISI YAPILDI

20. Baro Başkanları Toplantısı, 21 Eylül 2010 tarihinde Ankara'da Avukat Özdemir Özek Kültür ve Kongre Merkezi'nde yapıldı. Toplantının konusu Ayaş'ta yapılmakta olan Yaşam Merkezi ve Termal Tesisleri idi.

Türkiye Barolar Birliği tarafından Ayaş Belediyesi'nden satın alınan 5130 m2 arsa üzerine üç blokta toplam yaklaşık 15.000 m2 kapalı alan üzerine yapılan kompleks, termal suyun sağladığı imkanların da kullanılması ile yetmiş bin avukat için yaşam ve fizik tedavi merkezi olarak hizmet verecek şekilde planlanmıştır.

Öncelikle Ayaş ziyaret edilerek tesislerde inceleme yapıldı. Öğleden sonra yapılan başkanlar toplantısından önce TBB Başkanı Av. Vedat Ahsen Coşar, "Yapacağımız Başkanlar Kurulu Toplantısı öncesinde Ayaş'ta yapımı devam eden tesisimizde bir araya geleerek tesisimizin son durumunu görmek istedik. Burayı ne şekilde kullanacağımızla ilgili proje değişiklikleri de yapacağız" dedi.

Yüzde altmışı bitmiş olan tesisin proje tadilatı yapıldıktan sonra 2011 yılının Eylül veya Ekim ayında açılışı yapılabilecektir.

LİTAİ TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ KONUK EVİ AÇILDI

Baro Başkanları Toplantısı'nın yapıldığı günü akşamı Litai TBB Konukevi de hizmete açıldı. Litai TBB Konuk Evi Ankara'nın en seçkin ve merkezi semtlerinden Balgat'ta

hizmet vermektedir. TBMM'ye bakanlıklara, resmi kuruluşlara, elçiliklere, iş merkezlerine, her türlü istek ve ihtiyacınızı karşılamak üzere alışveriş merkezlerine yakın mesafededir.

60 adetli standart olmak üzere, odalar, lüks, konforlu, keyifli ve konuklarımızın her türlü ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olarak tasarlanmıştır. Litai TBB Konuk Evi'nin terasında bulunan eşsiz manzarasıyla kahvaltılı salonu ve a'la carte restoranı Türk mutfağı ve dünya mutfağının sağlıklı ve lezzet dolu zengin yemek çeşitleri ile avukatlara hizmeti amaçlamaktadır. Lobi barda bilardo, dart ve TV izleme seçenekler yanında sauna, fitness, Türk hamamı, buhar odası ve masaj gibi hizmetleri de bulunmaktadır. Konukların işlerini daha iyi takip edebilmesi ve her türlü internet, faks, fotokopi ihtiyaçları için Business Center 24 saat hizmet verecektir.

Konukevi Ankara şehir merkezine 5 dakika, AŞTİ'ye 5 dakika, Esenboğa Havalimanı'na 45 dakika, Ankara Adliyesi, Yargıtay ve Danıştay'a ise 10 dakika mesafededir.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANI ADALET BAKANI İLE TELEVİZYONDA HSYK KANUNU'NU TARTIŞTILAR

Gazeteci yazar Taha Akyol'un CNN Türk'te moderatörlüğünü yaptığı *Eğrisi-Doğrusu* programının 3.10.2010 günü yayınlanan programında Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Vedat Ahsen Coşar, Adalet Bakanı Sadullah Ergin ile, kamuoyuna açıklanan HSYK Kanun Tasarı taslağını tartıştılar.

TBB internet sitesinde (www.barobirlik.org.tr) izleyebileceğiniz program hakkında Prof. Dr. Süheyl Batum'un *Cumhuriyet Gazetesi*'nde yayımlanan yorumunu yanda vermekteyiz:

“SÖZDEN YAZIYA

Süheyl BATUM

Cumhuriyet, 08 Ekim 2010

Gerçek Amaç Neymiş Öğrendik

İşte Anayasa Mahkemesi için, Sayıştay'dan gelen üyenin nasıl seçildiğini gördünüz. AKP oylarıyla, tek başına, hukuk ve anayasa kuralları da zorlanarak. Hep demiyor muyduk “iktidarın istediği” demokrasi, yargı bağımsızlığı filan değil, “kendi adamlarını yargıya yerleştirmek” diye. Ama geçen haftaki yazımı da “iktidarın istediği bu, ama yargıçlar, Başbakan'ın adamları değil, bağımsız yargının mensupları olmayı seçecekler, göreceksiniz” diye bitirmiştım.

Evet bu dediklerimde hâlâ ısrarlıyım. Göreceksiniz, yargıçlarımız, Başbakan'ın adamları, Bakan'ın adamları olmayı kabul etmeyecekler. Çocuklarının, ailelerinin, Türk milletinin yüzüne gururla bakabilecekleri “bağımsız ve tarafsız yargıç” olarak kalacaklar. Bu konuda yargıçlara inancım tam. İçlerinde bugün kullanmak istedikleri yok mu? Var. İleride de kullanabilecekleri olmayacak mı? Olacak. Ama yargıçların ezici çoğunluğu, bu hedefe kesinlikle hizmet etmeyecek.

Ama yine ısrar ediyorum. İktidar da, “yargıyı ele geçirme” hedefinden vazgeçmeyecek. Tüm yargıçları, “Başkan'ın adamları” yapmak için uğraşacak. Uğraşmaya devam edecek. Nitekim hepimiz biliyorduk. Ama bilmesek bile, geçen pazar akşamı Adalet Bakanı'nı izlemek yeterdi. Bakan, Taha Akyol'un programına katılmıştı ve özellikle bakanlığın hazırladığı “yeni HSYK taslağı” konusunda, Akyol'un ve Türkiye Barolar Birliği Başkanı Vedat Ahsen Coşar'ın sorularını yanıtlıyordu. Hem de ne yanıtlamak! Bugüne

kadar tüm söylediklerimizin doğru olduğunu, “tek amaçlarının yargıyı ele geçirmek olduğunu” açıkça doğrulayan yanıtlar. Neler mi?

1) Örneğin Taha Akyol, yeni anayasa değişikliğinde ve yeni HSYK taslağında, “yargıçlar hakkında soruşturma açılması yetkisinin, neden Adalet Bakanı'na bırakıldığını” soruyor. Adalet Bakanı'ndan yanıt; “bu yetki HSYK Başkanı'na ait”. Acaba bir dil sürçmesi mi diye düşünüyorsunuz. Hayır bakıyorsunuz; “Bu yetki Kurul Başkanı'nda” diye yineliyor. Ve sonra yeni anayasaya bakıyorsunuz “Bakan, Kurul'un Başkanıdır” yazıyor. Ama olsun, Adalet Bakanı, “Bu yetki HSYK Başkanı'nda” diyor ya! Muhakkak amacı sizleri yanıltmak değildir diye düşünün!

2) Bakan'a yine soruyorlar: “Hazırladığınız HSYK yasasında, müfettişlere neden savcı yetkisi verdiniz?” Bakan'dan yanıt: “Hayır böyle bir yetkileri yok”. TBB Başkanı açıp yasayı okuyor. Yanıt yine, “Yok böyle bir şey”. TBB Başkanı, yasayı aynen bir kez daha okuyor. Bu kez yanıt, “Peki, getirin bir bakarız” oluyor. Yani Bakan, yaptıkları yasayı bilmiyor. Tabii, TBB Başkanı kibar ve gerçek bir hukuk adamı. Orada susuyor. Ya da söyleyecek bir söz bulamıyor!

3) Yine “Yasada neden sadece ihraç kararlarına yargı yolu açılmış, oysa bu husus hep eleştirildi” diye soruyorlar. Adalet Bakanı'ndan yanıt: “Peki, getirin bir bakarız”. Oysa yaptıkları anayasa değişikliğinde de “Sadece ihraç kararlarına karşı yargı yoluna gidilir” diye yazmışlar. Ve diğer kararları, yargı dışında bırakmışlar. Peki, acaba neden öyle yaptılar? Ya da neden hem anayasaya, hem yasaya yazdılar ve hem de Bakan, “Getirin ilgili maddeyi, bir daha bakarız” diyor. Acaba Sayın Bakan ne yazdıklarını bilmiyor mu? Herhalde amaç, bizi yanıltmak değildir!

4) Sayın TBB Başkanı soruyor: “Madem

müfettişler artık Kurul'a bağlı olacak, neden iç denetçiler getiriliyor ve Adalet Bakanlığı müfettişleri devam ediyor" diye. İnanmayacaksınız ama Adalet Bakanı, "Ya çok haklısınız, olmamalı" diye yanıt veriyor. Ve yasada neden iç denetçilerin olduğunu açıklıyor: "Çünkü daha önce yaptığımız bir yasada iç denetçilere yer vermişiz." Aynen böyle diyor. Oysa sadece yeni HSYK yasasında değil, yeni getirdikleri anayasanın 144. maddesinde de "hem iç denetçilere, hem de Adalet müfettişlerine" yer vermişler. Ama Adalet Bakanı, bunu bilmiyor. Ya da anayasa değişikliğini, yasaya uygun olsun diye, öyle yapmışlar. Yani biz tam tersini bilirken, Sayın Bakan'a göre, anayasalar, yasaya uygun yapılmış. Acaba neden öyle yaptılar? Ya da neden hem anayasaya bunu yazdılar, hem de Adalet Bakanını, "Çok haklısınız, olmamalı" diyor. Herhalde amaç, bizleri yanıltmak değildir! Olur mu öyle şey!

5) Bakan'a bir soru daha sordular. "Madem HSYK değişikliğini, yargı bağımsız olsun diye yaptınız, o halde neden tüm bürokratlarınız aday oldular?". Bakan'dan yanıt: "Ne var, bu yargı kurumu değil ki, idari bir kurum". Tabii, TBB Başkanı, "Hani Başbakan, meydanlarda Şırnaklı, Kocaelili yargıç, kürsüde görev yapan yargıç, HSYK'ye seçilecek diye kızıyorlar, bunu istemiyorlar diyordu, yani doğrusu söylemiyor muydu" diye nasıl sorsun? Utanır valla!

Ama sevgili dostlar, dedim ya, keşke o programı herkes seyretseydi. Özellikle de "Yok canım yargıyı ele geçirmek gibi bir niyetleri yok, tek istedikleri yargı bağımsızlığı" diyenler. Tabii "yetmez ama evetçiler de"! Gerçi onlar seyretse ne olacaktı, baştan beri bilmiyorlar mıydı sanki!"

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ AVUKATLARA YAPILAN SALDIRILARI KINADI

Kayseri Barosu Yönetim Kurulu üyesi Okan Yılmaz, 22 Eylül 2010 günü akşam saatlerinde bürosu önünde bıçaklı saldırıya uğradı. Yaralanan meslektaşımız hastaneye kaldırıldı, saldırganların aranmasına başlandı.

Türkiye Barolar Birliği, yasal girişimler yanında yaptığı basın açıklaması ile olayı kınadı.

"Son yıllarda meslektaşlarımıza karşı yapılan saldırılar giderek artmaktadır. Bu saldırıları kişisel husumet ya da benzeri nedenlere bağlamak son derece hatalıdır. Saldırıların temel nedeni, meslektaşlarımızın kamu hizmeti niteliğinde ve yargının asli unsuru olan savunma görevini üstlenmiş olmalarındanadır. Yapısı ve konumu gereği üç unsurlu yargının tek ve özgür sesi durumundaki barolara ve avukatlara yapılan bu saldırıların temel hedefi hukuk devleti ve onun güvencesi olan bağımsız yargıdır

Kendi hukukunu uygulama ve ceza verme anlayışının hukuk devletinde yeri olamaz. Bu saldırılar hepimiz için ve özellikle de yargı mensupları ve güvenlik görevlileri için uyarıcı ve düşündürücü olmalıdır. Avukatlık mesleğine yapılan haksız eleştirilerin ve avukatlara yapılan saldırılarla ilgili olarak failer hakkında sürdürülen soruşturma ve kovuşturmalardaki özensiz davranışların bu saldırıları cesaretlendirdiğini unutmamalıyız.

Son bulmasını dilediğimiz ve istediğimiz bu tür saldırılar hiçbir şekilde savunma mesleğini en iyi şekilde yerine getirme isteği ve idealimizden bizi geri döndürmeyecektir.

Türkiye Barolar Birliği olarak Avukatlık mesleğine ve meslektaşlarımıza kararlılıkla sahip çıkmaya devam edeceğimizden kimse- nin şüphesi olmamalıdır.”

İNGİLTERE ADLİ YIL AÇILIŞ ETKİNLİKLERİ

30 Eylül ve 1 Ekim tarihlerinde İngiltere'nin Başkenti Londra'da gerçekleştirilen Adli Yıl Açılış Etkinliklerine, Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Av. Vedat Ahsen Coşar'ın başkanlığında, Başkan Yardımcısı Av. Berra Besler, Sayman Av. Sitare Sağsen, Yönetim Kurulu Üyesi Av. Asude Şenol ve Uluslararası İlişkiler Uzmanı Murat Yalkın'dan oluşan heyet ile katılım sağlanmıştır.

30 Ekim 2010 tarihinde, Solicitor Regulation Authority (Dosya Avukatları Düzenleme Kurulu) tarafından düzenlenen toplantı ile resmi faaliyetler başlamıştır. Ardından Law Society of England and Wales (İngiltere Galler Hukuk Cemiyeti) Başkan Yardımcısı liderliğinde oluşturulmuş bir heyet ile delegasyonumuz arasında ikili ilişkilerin geliştirilmesi konulu özel toplantı gerçekleştirilmiştir. Özel toplantıyı takiben Amerikan Barolar Birliği tarafından düzenlenen resepsiyon ve The General Council of the Bar (Barolar Genel Konseyi) tarafından gerçekleştirilen akşam yemeğine katılım sağlanmıştır. Barolar Genel Konseyi tarafından düzenlenen akşam yemeğinde resmi açılış konuşmaları ardından yakın dönemde aramızdan ayrılan Türkiye Barolar Birliği Eski Başkanı merhum Av. Özdemir Özok ve Polonya Barolar Konseyi Eski Başkanı merhum Av. Joanna Agacka-Indecka anısına bir dakikalık saygı duruşu yapılmıştır.

İkinci gün etkinlikleri, Westminster Abbey'de gerçekleştirilen resmi açılış töreni ile başlamıştır. Resmi açılış törenini takiben Av. Vedat Ahsen Coşar ve Av. Berra Besler Lord Chancellor (İngiltere Adalet Bakanı) tarafından düzenlenen resepsiyona, delegasyonun diğer temsilcileri ise Lordlar Kamarası'nda düzenlenen kabul törenine katılmıştır. Faaliyetler tüm delegasyonun katılım sağladığı kapanış resepsiyonu ile tamamlanmıştır.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ MECLİS'TE GRUBU BULUNAN SİYASİ PARTİLERİ ZİYARET EDİYOR

Türkiye Barolar Birliği Başkanı ve başkanlık divanı üyeleri, Yönetim Kurulu kararı uyarınca TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerden randevu alarak Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarılarının kabul edilerek yürürlüğe girmesinin sağlanması konusunda taleplerini iletiler.

İlk ziyaret, hemen randevu verilen BDP Genel Merkezi'ne yapıldı.

Daha sonra randevu veren MHP Genel Merkezi ziyaret edildi. Yeni yasama yılı kutlandı ve yukarıda sözü edilen temel yasaların çıkması konusunda MHP Grubu'nun yardımcı olması istendi.

KAYBETİĞİMİZ BAŞKANLARIMIZ FARUK EREM VE TEOMAN EVREN MEZARLARI BAŞINDA ANILDI

15 Ekim 2010 günü, on iki yıl önce kaybettüğümüz kurucu başkanımız Faruk Erem; 18 Ekim 2010 günü de dört yıl önce kaybettüğümüz Başkanımız Teoman Evren'in Ankara

Karşıyaka mezarlığındaki kabirleri, TBB Yönetim Kurulu üyeleri ve avukat arkadaşlarımız tarafından ziyaret edildi.

TBB Başkanı Av. Vedat Ahsen Coşar, Faruk Erem'in TBB Başkan Yardımcısı Av. Talay Şenol da Teoman Evren'in kabirleri başında başkanlarımızın dostlarına ve meslektaşlarına hitaben bir konuşma yaptılar.

Kaybettiğimiz Başkanlarımızı rahmetle anıyoruz.

BAROLARDA SEÇİM HEYECANI

Barolarımızda Avukatlık Kanunu'nun değişik 82. maddesi gereğince iki yılda bir, Ekim ayının ilk haftası içinde yapılması gereken baro başkanı ile yönetim, disiplin kurulları, denetçi ve TBB delege seçimleri yapılmaktadır.

Dergimizin baskıya verildiği tarihe kadar İğdır, İstanbul ve Kayseri baroları dışında seçilen baro başkanlarımızın listesi aşağıdadır. Başkanlarımızı, kurullara seçilen meslektaşlarımızı ve delegeleri başarılarından dolayı kutlar, yaşamlarında sağlık ve başarılarının devamını dileriz.

Çanakkale	Av. Tülay Ömercioğlu
Çankırı	Av. İdris Şahin
Denizli	Av. Adil Demir
Diyarbakır	Av. Mehmet Emin Aktar
Düzce	Av. Ali Dilber
Elazığ	Av. Rüstem Kadri Septioğlu
Erzincan	Av. Can Tekin
Giresun	Av. Gültekin Uzunalioğlu
Gümüşhane	Av. Ali Haydar Dereli
Hatay	Av. Sinan Akgöl
K.Manmaraş	Av. İsmail Kahveci
Karaman	Av. Kerim Gökhan Şancı
Kars	Av. Cevdet Ucungan
Kırklareli	Av. Göksel Okumuş
Kırşehir	Av. Gökhan Maraş
Kütahya	Av. Sabit Özdoğlar
Manisa	Av. Fadil Ünal
Mersin	Av. Hulki Özel
Muğla	Av. Mustafa İker Gürkan
Niğde	Av. Osman Çimen
Ordu	Av. Attila Önal
Osmaniye	Av. Hüseyin Sezgin
Rize	Av. Ateş Hatinoğlu
Samsun	Av. Necat Anıl
Sinop	Av. Ali Galip Ergül
Şırnak	Av. Nuşirevan Elçi
Tekirdağ	Av. Ahmet Müsellem Görgün
Tokat	Av. Faruk Bostancı
Trabzon	Av. Mehmet Şentürk
Uşak	Av. Rıza Albay
Yozgat	Av. Yusuf Başer
Zonguldak	Av. İbrahim Kerem Ertem

YENİDEN BARO BAŞKANI SEÇİLENLER

Adana	Av. Aziz Erbek
Amasya	Av. Adnan Hasip Yalçın
Antalya	Av. Zafer Köken
Artvin	Av. İzzet Varan
Aydın	Av. Sümer Germen
Balıkesir	Av. Muzaffer Mavuk
Batman	Av. Yusuf Tanrıseven
Bingöl	Av. Erdal Aydemir
Bolu	Av. Gazanfer Günler
Burdur	Yusuf Çiftçi
Bursa	Av. Zeki Kahraman

YENİ BARO BAŞKANI SEÇİLENLER

Adıyaman	Av. Fadil Demirhan Seçilmiş
Afyonkarahisar	Av. Turgay Şahin
Ağrı	Av. Heval Sinan Aras
Aksaray	Av. Levent Bozkurt
Ankara	Av. Metin Feyzioğlu
Bartın	Av. Kamil Altan
Bitlis	Av. Enis Gül
Çorum	Av. İbrahim Özyılmaz
Edire	Av. Ahmet Uludağ
Erzurum	Av. Mehmet Güzel
Eskişehir	Av. Rıza Öztekin
Gaziantep	Av. Mehmet Zafer Okur

Isparta	Av. Gökmen Hakkı Gökmenoğlu	Sakarya	Av. Nihat Nalbantoğlu
İzmir	Av. Selma Pekdaş	Siirt	Av. Mehmet Cemal Acar
Karabük	Av. Rıdvan Erdoğan	Sivas	Av. Hilmi Bilgin
Kastamonu	Av. Seyfettin Civelekoğlu	Ş.Urfa	Av. İrfan Güven
Kocaeli	Av. Mehmet Tamer Solakoğlu	Tunceli	Av. Fatma Kalsen
Konya	Av. Fevzi Kayacan	Van	Av. Orhan Hemedoğlu
Malatya	Av. Eyüp Kutlubay	Van	Av. Orhan Hemedoğlu
Nevşehir	Av. Fahri Korucu	Yalova	Av. Cevdet Bekler

ZIYA BİLGE'Yİ KAYBETTİK

Türkiye Barolar Birliği'nin 1973-1989 yılları arasında yönetim kurulu üyeliği yapmış bulunan Adana Barosu avukatlarından Ziya Bilge'yi 18 Ekim 2010 tarihinde kaybettik.

Avukat Ziya Bilge 1923 yılında Niğde'nin Fertek ilçesinde dünyaya gelmişti.

İlköğrenimini Fertek'te, lise öğrenimini Kayseri Lisesi'nde yatılı olarak tamamlamış; 1948 yılında Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirmişti.

Cumhuriyet Savcısı olarak Hınıs ve Hatay gibi çeşitli yerlerde görev yapmış; Pendik Cumhuriyet Savcılığı'na atanınca görevinden istifa ederek 1957 yılında Adana Barosu'na kayıt olarak avukatlığa başlamıştı.

Rahmetli Ziya Bilge, rahmetli Faruk Erem'in başkanlığı döneminde 1973 yılında Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu üyeliğine seçilmiş, bu görevini sayın Atıla Sav ve rahmetli Teoman Evren'in başkanlık dönemlerinde de sürdürmüştür.

Eşi Semiha Hanım kendisinden önce vefat etmişti. Lerzan Fidanoğlu ve Zeynep Bilge adındaki iki kızı Ankara ve Adana'da yaşamaktadırlar.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, ailesine, dost ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Av. Ziya Bilge 1988 yılında Manisa Müzesi'nde heykeller arasında

AVRUPA'DAN VE CCBE'DEN HABERLER*

• İtalya'nın Yeni Arabuluculuk Düzenlemesi

20 Mart 2010 tarihinde kabul edilmiş bulunan 28 sayılı Kararname'nin Mart 2011 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmektedir. Söz konusu Kararname; İtalya'da hukuki ve ticari ihtilaflarda arabuluculuğa ilişkin hükümleri içermektedir. Arabuluculuğa ilişkin yasal düzenleme ile getirilen en önemli yenilik "*arabuluculuğun*" zorunlu olmasıdır. Diğer taraftan, zorunlu arabuluculuğun sonucundaki mahkeme masrafları düzenlenmektedir.

Kararname'nin amacı, mahkemelerin yükünü hafifletmek ve yargıdaki gecikmeleri önlemektir. Yasal sistemde mevcut olan arabuluculuk yöntemlerine ilave olarak Kararname ile üç farklı arabuluculuk öngörülmektedir:

1. İhtiyari arabuluculuk; tarafların serbestçe seçilmesi durumunda,

2. Yargısal arabuluculuk; son duruşmadan önce hâkimin tarafları davet ederek ihtilafı arabuluculuk yolu halletmelerini önermesi,

3. Zorunlu arabuluculuk; kanunla getirilmiş olan arabuluculuktur.

Kararname uyarınca arabuluculuğun, bu amaçla kurulmuş bağımsız profesyonel kurumlarca yapılması zorunlu bulunmaktadır. Bu kurumlara ilişkin kayıtların ve listelerin İtalya Adalet Bakanlığı nezdinde bulunacaktır.

Düzenleme İtalyan hukuk sistemine "*zorunlu arabuluculuğu*" getirmektedir. Bu bağlamda;

- Kat mülkiyeti ve aynı haklar,
- Paylaşım,

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

- Veraset,
- Aile anlaşmaları
- Kira,
- Ariyet,
- İşyeri kirası,
- Tıbbi sorumluluk tazminat,
- Basın ve medya yoluyla hakaret,
- Sigorta, bankacılık ve mali anlaşmalarla ilgili ihtilafların arabuluculukla halledilmesi zorunlu bulunmaktadır. Bu ihtilaflar; "*Arabuluculuğun Zorunlu Olduğu İhtilaflar*" (*Mandatory Mediation Dispute*) olarak tanımlanmaktadır.

• Akzo Nobel Davası

Akzo Nobel davasında 14 Eylül 2010 tarihinde AB Mahkemesi'nce verilen kararının Avrupa'da işleri aksatacağı belirtilmektedir. Zira AB Adalet Divanı tarafından verilen 14 Eylül 2010 tarihli karar ile Akzo Nobel şirketinin temyiz istemi reddedilerek, kurum içi avukatların (*inhouse lawyers*) işverenlere verdiği danışmanlık hizmeti "*meslek sırrı*"na tanınan muafiyetten yararlanamayacaktır. İngiltere ve Galler Barosu bu karar ile ilgili olarak yayımladığı basın bildirisinde, anılan karar doğrultusunda kurum içi avukatların hukuki danışmanlıkla ilgili olarak verdikleri hizmetlerde sınırlamalar olacağı gibi bu kararın AB'nin amaçlarına da ters düştüğünü ifade etmiştir. Bu karar, Avrupa'da kurum içi görev yapan avukatları hayal kırıklığına uğratmıştır.

• AB'den Fransa'ya Karşı Dava Tehdidi

AB'nin Adalet, Temel Haklar ve Vatandaşlık Haklarından sorumlu Komiseri Viviane Reding; Romanların sınır dışı edilmesini "*rezalet*" olarak nitelendirmiş ve Fransa aleyhine yasal işlem tehdidinde bulunmuştur. Reding; AB hukukunun uygulanmasında etnik gruplara karşı ayrımcılık uygulanmasının AB Temel Haklar Bildirgesi'nin ihlali anlamına geldiğini ve Avrupa Birliği'nin kuruluşunun dayandığı temel değerlerle de bağdaşmadığını ifade etmiştir.



• Fransız Senatosu Kararı

Fransız Senatosu; kadınların burka ve peçe giymelerini yasaklayan kanunu onaylamıştır. Bilineceği gibi anılan Kanun Temmuz ayında Millet Meclisi tarafından onaylanmıştı. Anılan düzenleme Anayasa Konseyi'ne sunulmuştur. Kanuna itiraz eden Uluslararası Af Örgütü (*Amnesty International*) gibi kuruluşların, kanun aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabileceği belirtilmiştir. Diğer taraftan, konuya ilişkin olarak açıklama yapan İngiltere Göçmenlik Bakanı; burka veya benzeri örtülerin İngiltere'de yasaklanmasının söz konusu olmadığını, bu yönde bir davranışın İngiliz toplum yaşamına ve kültürel farklılıklara ortak saygı kavramına aykırılık teşkil edeceğini açıklamıştır.

• Büro Kurma Özgürlüğü

Avrupa Adalet Divanı tarafından 14 Eylül tarihinde yayımlanan bir görüşte Kanun Sözcüsü Cruz Villalon; AB üyesi altı devletin noterlik hizmetlerini sadece kendi ülkeleri vatandaşlarına tahsis ederek sınırlama koyan ve Avrupa hukuku uyarınca yükümlülüklerini yerine getirmediğini belirtmiştir. Söz konusu kararda Kanun Sözcüsü noterlik görevinin devletin temsil edildiği bir kamu hizmeti olduğu sonucuna varmıştır. Belçika, Fransa, Avusturya, Lüksemburg, Almanya ve Yunanistan ileri sürülen milliyet unsurunun ayrımcılık olduğunu iddia etmektedir. Mahkeme, kanun sözcüsünün görüşü ile bağlı bulunmamaktadır.

• Mali Hizmetler

Avrupa Parlamentosu mali hizmetlerin denetlenmesine yönelik olarak yeni bir denetim sistemini oylamaya sunmuştur. Oylama ve tartışmalar sonrası üzerinde anlaşmaya varılan model göre; yeni sistem potansiyel risklerin teşhis ve çözümüne yönelik bulunmaktadır. Bu kapsamda Avrupa Sistem Riski Kurulu (*European Systemic Risk Board*) kurulması öngörülmektedir. Bu Kurul finans sisteminin denetiminden ve olası risklerin tespit edilmesinden sorumlu olacaktır. Bu yeni yapılanma kapsamında

üç yeni denetim mekanizması yaratılmış bulunmaktadır. Avrupa Bankacılık Otoritesi, Avrupa Sigorta ve Emeklilik Sistemi ile Avrupa Menkul Kıymetler ve Piyasalar Otoritesi. Bu kurumlar doğrudan denetimle görevli olmamakla beraber ulusal denetim makamları arasında bir anlaşmazlık olduğu takdirde arabulucu ve verecekleri denetsel kararların uygulanmasını sağlama yetkisine sahip olacaklardır.

• Hasta Hakları

Avrupa Bakanlar Konseyi sınır ötesi sağlık hizmetlerine ilişkin Direktif'e ilişkin birinci görüşmesini tamamlamış olup, ikinci oylamanın Ekim ayı sonunda yapılacağı tahmin edilmektedir. Bu direktif kapsamında tabi olduğu üye devlet dışında tıbbi tedavi gören bir hasta yaptığı masrafları geri alabilecektir.

• Ceza Hukuku

Geçtiğimiz günlerde ceza yargılamasında önemli gelişmeler olmuştur. "Koruma Emri" (Protection Order) başlığı altında yapılan tartışma ve değerlendirmelerde bir üye devletten diğer bir üye devlete nakil olan kişilerin karşılaştıkları tehlikelere karşı korunmaları söz konusu olmuştur. Üzerinde hassasiyetle durulan konu, yasal dayanak ve kapsamıdır. Zira "Koruma Emri" ceza hukuku ve medeni hukuk unsurlarını beraberinde getirmektedir. Konuya ilişkin olarak Konsey ve Komisyon arasındaki görüşmeler devam etmektedir.

• Kırgızistan Mahkeme Kararı

Kırgızistan Nooken Bölge Mahkemesi Haziran 2010 da gerçekleşen etnik şiddetle ilgili olarak sekiz Özbek'e hapis cezası vermiştir. Mahkumiyete konu dava bir Kırgız polisinin öldürülmesi ve 309 kişinin ölümü ile sonuçlanan olaylar sonucudur.

Olaya karışanlardan beşi ölüme sebebiyet vermekten ömür boyu hapse, ikisi yirmi yıla bir suçlu da dokuz yıl hapsa mahkum olmuştur. Söz konusu mahkeme kararı Temmuz ayında referan-



dumdan geçerek kabul edilen Anayasa kapsamında ilk mahkumiyet kararıdır. 10 Ekim tarihinde seçimler yapılacaktır.

- **Siri Lanka**

Sıkıyönetim mahkemesi tarafından yolsuzluk suçlamasıyla yargılanan Siri Lanka'nın önceki genel kurmay başkanı üç yıl hapis cezasına mahkum olmuştur. Ancak mahkeme tarafından verilen mahkumiyet kararının devlet başkanı tarafından onaylanması gerekmektedir.

- **Çin ve yolsuzlukla mücadele**

Çin Başbakanı Wen Jiabao yaptığı bir açıklama ile hukukun üstünlüğü, yolsuzlukla mücadele ve şeffaflığın öneme vurgu yapmıştır. Hukukun üstünlüğüne sıkı sarılmanın hükümetin söz konusu olacağı yolsuzlukları önlemede önemli bir adım olduğuna değinmiştir. Diğer taraftan, belediye ve taşra bütçesinin oluşturulmasında şeffaflığın sağlanmasının bölge yönetimleri açısından hukukun üstünlüğünü sağlar nitelikte olduğu belirtilmiştir. Ocak ayında çıkarılan yeni yolsuzlukla mücadele düzenlemesinin halkın hukukun üstünlüğüne güveninin artıracığına inanılmaktadır.

- **ABD Adalet Bakanlığı**

ABD Adalet Bakanlığı'ndan yapılan bir açıklamada; Venezüella'ya nükleer silahlarla ilgili bilgi satmaya çalışan bir bilim adamı ve karısının tutuklandıkları bildirilmiştir. Suçlular, Venezüella hükümet görevlisi sandıkları gizli görev yapan bir FBI ajanıyla yaptıkları pazarlıkta gizli nükleer bilgileri \$ 700,000 karşılığında satmaya söz vermişlerdir

KARŞI KIYIYA GEÇ GO THROUGH TO THE COAST AGAINST

Vedat Ahsen COŞAR*

başkandan / from the President

“Mükemmel olmayı düşünmeden, güçlü bir arzuya erdem arayışı içine girersek, şansın da bize gülümsemesiyle, erdeme ve yanı sıra mükemmele ulaşma fırsatını elde edebiliriz; esasen mükemmel olmak, ödüllendirilmiş erdemden başka bir şey değildir.”

Bu sözler, Romalı avukat, devlet adamı, filozof, yazar Cicero'ya ait. *Tusculanae Disputationes/Toskana Tartışmaları* isimli eserinde yazıyor bunları. *Moral Obligation/Ahlaki Zorunluluk* isimli eserinde ise Platon'un izini sürüyor ve erdemi, her biri ayrı bir değer olan “bilgelik, adalet, cesaret, özdenetim ve özsaygı” bütünlüğü olarak tanımlıyor. Bunlara, bunların hepsinden daha çok önemsediyini ifade ettiği bir şeyi daha ekliyor: “Dürüstlüğü.” Dürüstlüğü ise “tüm insanlara, tüm zamanlarda güvenmek ve onlara saygılı davranmak” olarak tanımlıyor.

Sadece mükemmele ulaşmanın değil, “adam olmanın” da asgari koşulu olan bu erdemler, Cicero tarafından “hükümdarların/iktidarların” sahip olmaları gereken başat erdemler olarak sayılıyor.

Hükümdarların/iktidarların sahip olmaları gereken bu erdemlere, Romalı düşünce adamı ve yazar Seneca iki önemli ekleme daha yapıyor; birincisi *De Clementia/Bağışlama Üzerine* isimli eserinde vur-

* Av., Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

gu yaptığı “bağışlayıcılık”, ikincisi ise *De Beneficiis/İyilik Yapma Üzerine* isimli kitabında incelediği “cömertlik” tir.

Seneca’nın hükümdarlara/iktidarlara uymalarını tavsiye ettiği “cömertlik”, tam da ahlaki erdemın kendisidir. “Cömertlik”, bizim yararımıza uygun düştüğü için “başkasının/ötekinin” yararlarını korumak değildir; o yararları paylaşmıyor olsak dahi o yararları savunmaktır, orada bir yararımız olduğundan dolayı değil, “başkasının/ötekinin” yararı olduğundan dolayı o yararı savunmaktır, yani kendimizi “başkası/öteki” için feda etmektir “cömertlik.” O nedenle “cömertlik” ahlaki yüceliktir.

“Bağışlayıcı” ve “cömert” olmak, avukatında sahip olması gereken başat erdemlerdir. Zira Avukatlık Kanunu’nun 2. maddesinde avukatlık mesleğinin amacı bağlamında yer verilen “adalet ve hakkaniyet” arayışı “bağışlayıcı” ve “cömert” olmayı öngörür. Onun için avukatlar, kendisi de avukat olan *Cicero*’nun ifade ettiği gibi: *Bilge olmak, adil olmak, cesur olmak, özdenetim ve özsaygı sahibi olmak, tüm bu erdemleri kapsayan ve en üst erdem olan dürüst olmak* zorunda ve durumundadırlar.

Bütün bunların kıssadan hissese şudur; avukatların içselleştirmesi gereken en iyi yaşam ve meslek tarzı her durumda ve koşulda ahlaklı ve dürüst olmaktadır; aynı şekilde iktidar sahiplerinin içselleştirmesi gereken rasyonel yönetim tarzı da, her zaman ve her koşulda ahlaklı ve dürüst davranmaktır. Bu ikisinin hüküm cümleleri ise: “*En iyi avukatlık dürüstlüktür*”, “*dürüstlük en iyi siyasettir.*”

Ama hem avukatlığın ve hem de siyasetin bir şeye daha gereksinimi vardır: “*dayanışmaya.*” Güç ilişkilerinin, fikirlerin, menfaatlerin, menfaat çatışmalarının alanı olan siyaset ahlak gibi özünde menfaat gütmaz. Ahlakın yalnızlığının aksine siyaset kolektiftir. Kolektif olduğu için de siyasal bir erdem olan *dayanışmaya* gereksinim duyar. Bu anlamda dayanışma, “*insan dayanışması*”dır. Bununla kastedilen şeyin geleneksel felsefi ifadesi ise, her birimizin içinde, aynı şeyin diğer insanlardaki varlığına ses/yanıt veren kendi insanlığımızın olmasıdır.

“*İnsani dayanışma*” dışında kalan ve ondan farklı olan bir diğer dayanışma türü “*mesleki dayanışma*”dır. Bu anlamda dayanışma, cömertliğin aksine başkalarına karşı kendini, kendi haklarını/yararlarını savunmaktır. Bu ise ancak hak/yarar birlikleri veya birliktelikleri oluşturmakla mümkündür.

Meslek örgütümüz olan barolar, Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesinde işaret edildiği üzere biz avukatların hak/yarar birlikleridir, birliktelikleridir, dayanışma örgütleridir. Barolarımıza, "baro bizim için ne yapıyor" demeden, "ben barom için ne yapıyorum" diye kendimizi sorgulayarak destek olmak, baromuzla ve meslektaşlarımızla dayanışma içinde bulunmak hepimizin en önde gelen görevidir. Bunu yaparsak eğer, mesleki dayanışma ruhunu her şeyin üzerinde tutarsak eğer, bunun yaratacağı sinerjiyle ve hep birlikte çok şey yapabiliriz.

"Toplumda herkes entelektüeldir, ama çok az insan entelektüel işlevini yerine getirir" diyor Antonio Gramsci. Bu maksimden hareketle demem şu ki; baro başkanlığı yapmak, baro organlarında görev almak, tam da Gramsci'nin ifade ettiği gibi entelektüel işlevin yerine getirilmesidir. Hem bundan ve hem de bizler için, kamu için gösterdikleri gönüllü çabadan, özverili çalışmalarından dolayı eleştiri hakkımız saklı kalmak üzere baro yönetimlerinden hoşnut olmamız, onlara teşekkür etmemiz gerekir. Onların da istedikleri ve bekledikleri tek şey budur zaten.

Kuşkusuz barolar, işlevi sadece avukatlık mesleğiyle, mesleğin sorunlarıyla uğraşmakla görevli ve yetkili kuruluşlar değildir. Ülke siyasetiyle, dünya siyasetiyle de ilgili olmak durumunda olan kuruluşlardır. Fransız düşünür Alain'in de işaret ettiği üzere "siyaseti düşünmek gerekir; eğer yeterince siyaseti düşünmez isek, bir gün zalimce cezalandırılırız".

Ülke olarak, baro olarak, birey olarak adalete, özgürlüğe, güvenliğe, barışa, kardeşliğe, projelere, ideallere gereksinmemiz vardır. Bu gereksinimleri karşılamak siyaset yapmayı gerektirir. Zalimce cezalandırılmamak için, daha mutlu, daha güçlü olmak için, kendimize ve gelecek kuşaklara daha güvenli bir gelecek inşa etmek için, demokrasiye, insan haklarına katkı yapmak, yurttaş olmak, yurttaş kalabilmek için siyaset yapmak zorundayız.

Dünya hiç durmadan döndüğü gibi, hiç durmadan da değişmektedir. Değişen dünyayı anlayabilmek, ona ayak uydurabilmek için siyasetle uğraşmak zorundayız. Birey olarak, toplum olarak geri kalmamak ve hatta yok olmamak için hareket etmek, düne göre daha hızlı koşmak, mücadele etmek, keşfetmek, ilerlemek için siyasetle uğraşmak zorundayız.

Birbirinden ayrı veya biri ötekine karşı olarak değil, “*hep beraber*” ya da “*hem beraber ve hem de karşıt*” olarak siyaset yapmak durumundayız. Zira karşıtlık olmadan, başkaları olmadan, karşı fikirler olmadan siyaset olmaz. Kırıp dökmeden, yaftalamadan, suçlamadan, kaba güç kullanmadan, kavga etmeden, kutuplaşmadan, ötekileştirmeden, barolar olarak hiç kimsenin yan kuruluşu olmadan, bağımsızlığımızı yitirmeden, projelerimizi, hayallerimizi, ideallerimizi yarıştırmak siyaset yaparsak ve toplumun ve halkın vicdanı olursak eğer, siyaset bizi bölmez, aksine karşı karşıya getirerek birleştirir.

“*Her şeyin bir zamanı, gökler altında her işin bir vakti vardır.*” Şimdi zaman, tam da Buda’nın söylediği gibi “*Geçmişe özlemden vazgeç[me], geleceğe özlemden vazgeç[me], bunların arasındakilere özlemden vazgeç[me] ve karşı kıyıya geç[me]*” zamanıdır.

Barolar olarak, Barolar Birliği olarak bize düşen görev de sanırım budur. *Yani hukukun sesi olmaktır; yani siyaseten tarafsız olmak, üçüncü ses olmaktır; bunun için de karşı kıyıya geçmektir.*

Saygılarımla.

ÇEVRE HUKUKU AÇISINDAN STRATEJİK ÇEVRESEL DEĞERLENDİRME

STRATEGIC ENVIRONMENTAL ASSESSMENT IN TERMS OF TURKISH ENVIRONMENTAL LAW

Ahmet M. GÜNEŞ*

Özet: Stratejik çevresel değerlendirme (SÇD), çevresel mülâhazaların plan, politika ve programların hazırlanması ve kabulü aşamasına dahil edilerek bu aşamalarda dikkate alınmasını mümkün kılan bir süreçtir. Stratejik çevresel değerlendirmenin hedefi, sürdürülebilir bir kalkınmayı teşvik ışığında çevrenin yüksek bir seviyede korunmasını sağlamak ve çevresel gereklerin plan, politika ve programların hazırlanması ve kabulü aşamasına dahil edilmesine katkıda bulunmaktır. İlk kısmında stratejik çevresel değerlendirmenin kavramsal çerçevesi ve tarihsel gelişimi ortaya konan çalışmamızda, daha sonra Espoo Protokolü kısaca ele alınmış, bunu takiben Avrupa Birliği'nin Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi ayrıntılı bir şekilde analiz edilmiş ve son olarak da Türk çevre hukuku açısından kısa bir değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Stratejik çevresel değerlendirme, Espoo Protokolü, AB Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi (2001/42/AT), Türk çevre hukuku .

Abstract: Strategic Environmental Assessment (SEA) is a process by which environmental considerations are required to be integrated into the preparation and adoption of plans, politics and programs. The aim of the Strategic Environmental Assessment is to provide for a high level of protection of the environment and to contribute to the integration of environmental considerations into the preparation and adoption of specified plans, politics and programs with a view to promoting sustainable development. In this article, first the main features of the Strategic Environmental Assessment are presented. After a brief overview of the Espoo Convention the Directive of the EU is analyzed in detail. This article ends with an evaluation in terms of Turkish environmental law.

* Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, LLM (Münster).

Keywords: Strategic Environmental Assessment, Espoo Convention, European Strategic Environmental Assessment Directive (2001/42/EC), Turkish environmental law.

I. Giriş

Çevre hukukunun en önemli konularından biri olan “Çevresel Etki Değerlendirmesi” (ÇED),¹ günümüzde dünya ölçeğinde geniş bir kabul gören ve birçok ülkenin ulusal mevzuatında yerini bularak uygulamaya aktarılmış teknik bir araçtır. En geniş anlamıyla ÇED, çevre üzerinde önemli etkiler doğurabilecek faaliyetlerle ilgili projelerin planlama aşamasından başlayarak faaliyetin inşaat, işletme ve sona erdirilmesinden sonra ortaya çıkabilecek etkilerinin, proje hakkında karar alınmadan önce bilimsel yöntem ve tekniklerle incelenmesi, varsa olumsuz etkilerinin önlenmesi ve gerekli tedbirlerin belirlenmesi, projenin tüm uygulama aşamalarında bu etkilerin ve tedbirlerin izlenmesi ve denetlenmesi sürecidir.² Ancak ÇED, tek başına bir karar verme süreci değil, aksine karar verme süreci ile birlikte gelişen ve onu destekleyen bir prosedürdür. ÇED, bir faaliyet ile ilgili karar veren makamlara o faaliyetten doğabilecek çevresel etkileri karar aşamasından önce bildirmek suretiyle daha bütünsel, yani kararlarına etki edebilecek birden çok faktörü göz önünde tutacak şekilde daha sağlıklı karar verme imkânı sağlar. ÇED’in temel amacı, ekonomik ve sosyal gelişmeye engel olmaksızın çevresel değerleri ekonomik politikalar karşısında korumak, gerçekleştirilmek istenen bir faaliyetin ortaya çıkarabileceği bütün olumlu ve olumsuz etkileri önceden tespit edip gerekli önlemlerin alınmasını sağlamak, çevresel etkilerin kabul edilemeyecek bir durumda olduğu hallerde ise, bu faaliyetleri önlenmektir. Ekolojik ve ekonomik politikaları uzlaştırmayı hedefleyen bir araç olan ÇED

¹ Bu konuda daha ayrıntılı olarak bkz. Turgut, *Çevre Hukuku*, s. 465 vd.; Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 209 vd.; Kloepfer, *Umweltrecht*, § 5, N. 328 vd.; Wolf, *Umweltrecht*, § 6, N. 428 vd.; Saygılı, *Çevre Hukuku Açısından Çevresel Etki Değerlendirmesi*, s. 32 vd.; Güneş/Coşkun, *Çevre Hukuku*, s. 121 vd.; Güneş, *İÜHF 2008*, C. LXVI, S. 1, s. 39 vd.; Kloepfer, *Umweltschutzrecht*, s. 86 vd.; Hoppe, *UVP, Vorbemerkungen*, N. 5 vd.; Sparwasser/Engel/Voßkuhle, *Umweltrecht*, s. 162 vd.

² Güneş/Coşkun, *Çevre Hukuku*, s. 121 vd. Ayrıca karşı. Turgut, *Çevre Hukuku*, s. 476 vd.; Kloepfer, *Umweltrecht*, § 5, N. 328 vd.; Ennöckl/Rachauer, *Kommentar zum UVP-G*, § 1, N. 2; Hoppe/Beckmann/Kauch, *Umweltrecht*, s. 185 vd.; Güneş, *İÜHF 2008*, C. LXVI, S. 1, s. 39.

bu bağlamda, sürdürülebilir kalkınma ilkesinin³ hayata geçirilmesinde de önemli bir rol oynamaktadır.⁴ Bunun haricinde ÇED, planlanan faaliyetlerin potansiyel olumsuz etkilerini önceden tespit ederek çevresel zararların ortaya çıkmasını olabilecek en erken aşamada engellemeyi hedeflediği için, çevre hukukunun temel prensiplerinden olan önleme ilkesini⁵ etkin şekilde hayata geçirmektedir.⁶ Burada ayrıca, ÇED sürecinin anahtarı olarak görülen halkın katılımının halkı idari karar alma sürecine katarak geleneksel kamu yönetimi anlayışı karşısında yeni bir paradigmayı temsil ettiğini de ifade etmek gerekir.⁷ Bu özellikleri ile ÇED, katılımcı, önleyici, bütünleştirici, öngörücü ve disiplinlerarası bir yönetim aracı olarak çevre hukukunda kilit bir rol üstlenmektedir.⁸

Dünyanın farklı ülkelerindeki uygulamalar göz önünde bulundurulduğunda, ÇED'in hangi alanlara uygulanacağı konusunda iki yaklaşımın mevcut olduğu görülür.⁹ Bunlardan ilki, ÇED'in kapsamını oldukça geniş tutarak, bütün politika, plan, program ve projeler için ÇED'in uygulanmasını esas alan kapsayıcı yaklaşımdır. Daha sınırlı bir kapsama sahip olan ikinci yaklaşım ise, ÇED'in sadece projeler için uygulanmasını öngörmektedir. Tarihsel açıdan bakıldığında, bağımsız bir hukuki araç olarak ÇED'e ilk defa yer veren ABD'nin 1969 yılı

³ Çevre hukukunun temel ilkelerinden biri olan sürdürülebilir kalkınma ilkesi, bugünkü nesillerin ihtiyaçlarının gelecek nesillerin kendi ihtiyaçlarını karşılayabilmelerini tehlikeye sokmaksızın karşılamayı amaçlayan, bir başka deyişle ekonomik büyüme ve doğal kaynakların korunması arasında bir denge kurulmasını öngörmektedir.

⁴ Karş. Turgut, *Çevre Hukuku*, s. 465 vd.; Saygılı, *Çevre Hukuku Açısından Çevresel Etki Değerlendirmesi*, s. 91 vd.; Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 209 vd.; Kloepfer, *Umweltrecht*, § 5, N. 328 vd.

⁵ Korumak tedavi etmekten iyidir şeklinde özetlenebilecek düşünceye dayanan bu ilke, çevre üzerinde olumsuz sonuçlar doğurabilecek faaliyetlerin olabilecek en erken aşamada engellenmesini hedeflemektedir.

⁶ Saygılı, *Çevre Hukuku Açısından Çevresel Etki Değerlendirmesi*, s. 227; Ennöckl/Rachauer, *Kommentar zum UVP-G*, § 1, N. 2; Güneş, *ÜHFM* 2008, C. LXVI, S. 1, s. 40.

⁷ Ayrıca bkz. Saygılı, *Çevre Hukuku Açısından Çevresel Etki Değerlendirmesi*, s. 14 vd.; Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 209; Jarass, *NuR* 1991, s. 205; Güneş/Coşkun, *Çevre Hukuku*, s. 132.

⁸ Turgut, *Çevre Hukuku*, s. 477; Saygılı, *Çevre Hukuku Açısından Çevresel Etki Değerlendirmesi*, s. 9 vd.; Güneş, *ÜHFM* 2008, C. LXVI, S. 1, s. 40; Kröger/Klauß, *Umweltrecht*, s. 26.

⁹ Bu konuda karş. Turgut, *Çevre Hukuku*, s. 477 vd.; Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 214 vd.

na ait Ulusal Çevre Politikası Kanunu'nda (NEPA)¹⁰ bu tarz bir ayrıma yer verilmediği, aksine ÇED'in bütün federal faaliyetlere uygulanacağından söz edildiği görülür. ABD Çevresel Kalite Komisyonu'nun "*federal faaliyet*" kavramının politika, plan, program, proje, kural, usul ve yasa önerilerini kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkin 1978 yılında verdiği karar ise, belirsizlikleri gidererek ÇED'in ABD'de kapsayıcı yaklaşım esas alınarak yürütülmesini sağlamıştır. Bununla birlikte ÇED'in politika, plan, program ve projelere uygulanmasının pratik açıdan ortaya çıkarabileceği sorunlar, birçok ülkenin kapsayıcı ÇED'i uygulamak yerine, ÇED'in sadece proje düzeyinde yürütülmesini öngören dar yaklaşımı benimsemesine neden olmuştur. Avrupa Birliği ülkelerindeki ÇED uygulamalarının temelini oluşturan 1985 yılına ait AB ÇED Yönergesi'nin¹¹ yanı sıra aralarında Türkiye'nin de bulunduğu birçok ülkenin mevzuatında da ÇED sözcüğü, dar yaklaşıma uygun şekilde ÇED'in yalnızca proje düzeyinde uygulanmasını ifade eden bir içeriğe sahiptir. Buna karşın, Avrupa Birliği bünyesinde geliştirilen bir sözcük olan stratejik çevresel değerlendirme (SÇD), kapsayıcı yaklaşıma uygun olarak politika, plan ve programların çevre üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi sürecidir. Stratejik çevresel değerlendirme bu bağlamda, ÇED uygulanacak projelere temel oluşturan politika, plan ve programların çevresel etkilerinin tespiti ve önlenmesi amacını taşımaktadır.

II. Stratejik Çevresel Değerlendirmenin Önemi ve Tarihi Gelişimi

Stratejik çevresel değerlendirme uygulamasının ulusal mevzuatlara yansıtılmasına yönelik taleplerin bilhassa son yirmi yıldır tüm dünya çapında güçlü bir şekilde dile getirildiği görülmektedir. İnsan faaliyetlerinin planlanması ve hayata geçirilmesi ile ilgili karar mekanizmasını oluşturan temel aşamaların, politika, planlama, programlama ve projelendirme olduğu düşünüldüğünde, sadece bu sürecin son safhasını oluşturan projelendirme aşamasında çevresel etkilerin de

¹⁰ National Environmental Policy Act, 42 USC 4321- 4347.

¹¹ Richtlinie des Rates vom 27. Juni 1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (85/337/EWG) (ABL. EG Nr. L 175/40).

lendirmeye tabi tutulduğu ÇED'in çevre sorunları ile etkin mücadeledeki yetersizliği daha iyi anlaşılacaktır.¹² Geniş kapsamlı bir çevresel değerlendirme sürecini içeren stratejik çevresel değerlendirme ise buna karşın, yukarıda belirttiğimiz sürecin ilk aşamasından başlayarak uygulanabilmektedir. Stratejik çevresel değerlendirmenin gerekliliği bağlamında vurgulanması gereken diğer bir nokta da, çevresel sorunlarla mücadelede önemli bir araç olan ÇED'in, sadece proje bazında yürütülmesi nedeniyle, çevre hukuku ve politikasının gerek çevrenin bütünsel bir yaklaşımla korunması hedefinin gerekse de sürdürülebilir kalkınma ilkesinin hayata geçirilmesinde yetersiz kaldığıdır. Alternatiflerin gerektiği gibi belirlenememesi, kümülatif, sinerjik, küresel ve geri döndürülmez etkilerin değerlendirme kapsamına alınmaması gibi hususlar ise, ÇED uygulamalarının beklenen ölçüde etkili olamamasına neden olan faktörlerin başında gelmektedir.¹³ Buna karşın stratejik çevresel değerlendirme, sınırlı bir çerçevede spesifik noktaların belirlenmesinin ağır bastığı proje düzeyindeki değerlendirmelerde ele alınamayan bazı genel hususların bütünsel çerçevede, uzun vade ve gelecek kuşaklar da dikkate alınarak sosyal ve ekonomik faktörlerle birlikte daha geniş çapta bir analizinin yapılabilmesini mümkün kılmaktadır.¹⁴ Bölgesel ve küresel ölçekteki çevresel etkilerin de stratejik çevresel değerlendirme kapsamında ele alınması, stratejik çevresel değerlendirmenin gerek ihtiyat ilkesinin¹⁵ gerekse de önleme ilkesinin hayata geçirilmesinde proje düzeyinde yürütülen ÇED'den daha etkili olmasını sağlamaktadır.¹⁶ Bunun dışında, stratejik çevresel değerlendirme sürecinde çevresel etkilerin gelecek kuşaklar da dikka-

¹² Yücel/Peker-Say, *Avrupa Birliği Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönerge Taslağı ve Türkiye'deki Durum*, s. 3; Bundesamt für Umwelt, *Strategische Umweltprüfung (SUP) für Pläne und Programme*, s. 2.

¹³ Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 217; Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 217; Serter, *Çevresel Değerlendirme Sürecinin Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi ve Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) – Stratejik Çevresel Değerlendirme (SÇD) İlişkisi*, s. 37 vd.

¹⁴ Turgut, *Çevre Hukuku*, s. 479; Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 217.

¹⁵ Çevre hukukunun temel ilkelerinden biri olan ihtiyat ilkesi genel olarak, bir faaliyetin çevre açısından olumsuz neticeler doğuracağı hususunda ciddi bir şüphenin var olması halinde, bilimsel bir kanıtın ortaya çıkışı beklenmeden önleyici tedbirlerin alınmasını öngörmektedir.

¹⁶ Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I – Die Plan-UVp bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 2; Turgut, *Çevre Hukuku*, s. 480; Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 217; Jans/von der Heide, *Europäisches Umweltrecht*, s. 384.

te alınarak sosyal ve ekonomik faktörlerle birlikte ele alınması, sürdürülebilir kalkınma ilkesinin hayata geçirilmesine çok önemli bir katkı sunmaktadır.¹⁷ Stratejik çevresel değerlendirme sayesinde ayrıca, proje düzeyindeki ÇED daha kolay, çabuk ve sağlıklı yapılabilmekte ve projeye karşı ileri sürülebilecek itirazların sayısı da azaltılabilmektedir.¹⁸ Proje düzeyinde uygulanan ÇED'in ortaya çıkardığı eksikliklerin giderilmesi amacıyla daha kapsamlı bir değerlendirme sistemi olarak geliştirilen stratejik çevresel değerlendirme, karar verme mekanizmasındaki eşgüdümü güçlendiren, kurumlar arası koordinasyonu destekleyen ve karar vericilerin politik hedeflerini eşgüdüm içerisinde vermesini de sağlamaktadır.¹⁹ Bir usul aracı görünümünde olan stratejik çevresel değerlendirme, politika aşamasından başlayıp projelendirme aşamasında sona eren planlama sürecine eşlik ederek bir yandan ilgili planlama safhası için uygun bilgileri sağlamakta, diğer yandan ise resmi makamlar ve halka bilgi ve danışma (konsültasyon) yoluyla planlama sürecine katılım imkânı sunan şeffaf bir bilgi ve katılım aracı işlevi görmektedir.²⁰

Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında, stratejik çevresel değerlendirmenin benzer bir prosedür ve metodolojiye sahip olmakla birlikte bazı önemli farklılıkları da içerdiğini ifade etmek gerekir.²¹ Burada be-

¹⁷ Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I – Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 12 vd.; Aydın, *Planlama 2003/1*, s. 19; Serter, *Çevresel Değerlendirme Sürecinin Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi ve Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) – Stratejik Çevresel Değerlendirme (SÇD) İlişkisi*, s. 38; Yücel/Peker-Say, *Avrupa Birliği Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönerge Taslağı ve Türkiye'deki Durum*, s. 3.

¹⁸ Turgut, *Çevre Hukuku*, s. 480; Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 217; Yücel/Peker-Say, *Avrupa Birliği Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönerge Taslağı ve Türkiye'deki Durum*, s. 3; Bundesamt für Umwelt, *Strategische Umweltprüfung (SUP) für Pläne und Programme*, s. 2.

¹⁹ Aydın, *Planlama 2003/1*, s. 19; Serter, *Çevresel Değerlendirme Sürecinin Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi ve Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) – Stratejik Çevresel Değerlendirme (SÇD) İlişkisi*, s. 38; Yücel/Peker-Say, *Avrupa Birliği Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönerge Taslağı ve Türkiye'deki Durum*, s. 3; Hendler, *NVwZ 2005*, s. 977; Bundesamt für Umwelt, *Strategische Umweltprüfung (SUP) für Pläne und Programme*, s. 2.

²⁰ Karş. Bundesamt für Umwelt, *Strategische Umweltprüfung (SUP) für Pläne und Programme*, s. 3.

²¹ Bu konuda bkz. Yücel/Peker-Say, *Avrupa Birliği Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönerge Taslağı ve Türkiye'deki Durum*, s. 3; Bundesamt für Umwelt, *Strategische Um-*

lirtilmesi gereken ilk nokta, stratejik çevresel değerlendirmenin kapsamının ölçek olarak ÇED'e göre daha kapsamlı olduğudur. Bunun dışında, stratejik çevresel değerlendirme sürecinde ele alınan alternatifler ÇED'e göre daha çoktur. Stratejik çevresel değerlendirme sürecine dâhil edilen etkilerin sayısının ve etki alanının ÇED'le kıyaslandığında daha geniş bir yayılım gösterdiği, burada belirtilmesi gereken diğer bir husustur. Son olarak, stratejik çevresel değerlendirme sürecinde politika, plan ve programlar için gerek görülen ayrıntı düzeyinin proje bazında yürütülen ÇED'den daha düşük olduğunu ifade etmek gerekir. Tüm bu farklılıklara rağmen, stratejik çevresel değerlendirme ve ÇED'in birbirini tamamlayan kavramlar olduğunu da unutmamak gerekir.

Daha önceki açıklamalarımızda belirttiğimiz gibi, gerek ÇED gerekse de stratejik çevresel değerlendirme uygulamalarının kökeni esas olarak 1969 yılında ABD'de yürürlüğe giren Ulusal Çevre Koruma Kanunu'na dayanmaktadır. ABD'deki bu düzenlemede ayrı olarak yürütülecek bir stratejik çevresel değerlendirmeye yer verilmemiş olup, ÇED'in bütün politika, plan, program ve projeler için uygulanacağı öngörülmüştür. Dünyanın değişik ülkelerindeki ÇED uygulamalarının ABD'deki bu ilk örneğinden farklı bir şekilde sadece proje bazında uygulanması ise, çevresel sorunlarla etkin bir mücadele yürütme yolunda birçok açıdan eksikliklerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. ÇED'in içerdiği bu yetersizliklerinin giderilmesine yönelik girişimler bu bağlamda, özellikle stratejik çevresel değerlendirmenin ulusal mevzuata aktarılarak, uygulamaya geçirilmesi noktasında yoğunlaşmıştır. Stratejik çevresel değerlendirme kavramının olgunlaşarak ÇED sürecinden farklı bir basamağa oturmasında ve stratejik çevresel değerlendirme konusunun dünya gündemine girmesinde, Birleşmiş Milletler ve bilhassa Avrupa Birliği bünyesinde yürütülen çalışmaların önemli bir payının olduğunu ifade etmek gerekir. Stratejik çevresel değerlendirmenin tarihsel gelişim seyri göz önünde bulundurulduğunda, 1969 yılında kabul edilen Ulusal Çevre Koruma Kanunu ve ABD Çevresel Kalite Komisyonu'nun 1978 yılındaki kararından sonra en önemli gelişmenin Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komis-

weltprüfung (SUP) für Pläne und Programme, s. 1 vd.; Peters/Surburg, *Strategische Umweltprüfung bei Plänen und Programmen*, s. 2 vd; Bertling, *Strategische Umweltprüfung*, Plan-UVP, s. 6; Schink, NVwZ 2005, s. 615 vd.

yonu (UN/ECE) tarafından hazırlanan Sınırtaşan ÇED Sözleşmesi'nin (Espoo Sözleşmesi)²² 1991 yılında kabul edilmesi olduğu görülür. Taraf devletlerin ÇED'i elverdiği ölçüde politika, plan ve programlara da uygulamaya çalışmaları gerektiğinin bu sözleşmede ifade edilmesi, stratejik çevresel değerlendirmeye ilişkin hükümlere gerek ulusal gerekse uluslararası hukukta yer verilmesine ilişkin çabalara hız kazandırmıştır. Bu çabaların somut bir sonucu olarak Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu, 1992 yılında stratejik çevresel değerlendirme ile ilgili bilgi ve deneyimleri toplamak üzere bir rapor hazırlamıştır. 1997 yılında ise Avrupa Komisyonu, plan ve programlara stratejik çevresel değerlendirme uygulanmasını öngören bir yönerge taslağı hazırlamıştır. Stratejik çevresel değerlendirmenin uluslararası mevzuata aktarılmasına yönelik Birleşmiş Milletler bünyesindeki girişimlerden biri de, 2001 yılının Şubat ayında Sofya'da gerçekleştirilen Espoo Sözleşmesi'nin 2. taraflar konferansında Birleşmiş Milletlerce hazırlanan stratejik çevresel değerlendirmeye ilişkin bir protokol taslağının ülkelerin görüşüne sunulması olmuştur. Avrupa Birliği ise, Birleşmiş Milletler nezdinde yürütülen stratejik çevresel değerlendirme çalışmalarının sonuçlanmasını beklemeden Haziran 2001'de plan ve programlar için stratejik çevresel değerlendirmenin yürütülmesini zorunlu kılan yönergeyi kabul etmiştir. Stratejik çevresel değerlendirme bağlamında önem arz eden diğer gelişme ise, Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu'na dâhil ülkelerin çevre bakanlarınca Mayıs 2003'de Kiev'de düzenlenen 5. Çevre Bakanları Konferansı'nda Espoo Protokolü olarak da anılan Stratejik Çevresel Değerlendirme Protokolü'nün²³ kabulü olmuştur.²⁴ Espoo Protokolü taraf devletleri genel olarak, plan ve programların hazırlanması ve kabulü aşamasına çevresel mülahazaları dâhil etmekle ve çevre veya sağlık açısından önemli etkiler doğurabilecek belli plan ve programların mümkün olduğunca erken bir aşamada çevresel bir değerlendirmeye tabi tutul-

²² <http://www.unece.org/env/eia/documents/legaltexts/conventiontextenglish.pdf> linkinden 1997 yılında yürürlüğe giren bu sözleşmenin İngilizce metnine erişmek mümkündür.

²³ <http://www.unece.org/env/eia/documents/legaltexts/protocolenglish.pdf> linkinden bu protokolün İngilizce metnine erişmek olanaklıdır.

²⁴ Bu Protokol'le ilgili olarak ayrıca bkz. *Bundesamt für Umwelt, Strategische Umweltprüfung (SUP) für Pläne und Programme*, s. 7.

masını sağlamakla mükellef kılmaktadır. Stratejik çevresel değerlendirme bu bağlamda, tarım, enerji, kırsal gelişme ve endüstri gibi farklı sahalardaki plan ve programlar için yürütülmelidir. Yürürlüğe girmesi için 16 devlet tarafından onaylanması şart olan bu protokol, 11 Temmuz 2010 tarihinde yürürlüğe girecektir. Espoo Protokolü ile ilgili olarak belirtilmesi gereken önemli bir diğer husus, bu protokolün hazırlanmasında esas olarak Avrupa Birliği Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi'nin esas alınmış olduğudur. Bu nedenle her iki düzenleme, büyük ölçüde benzer hükümlere yer vermekte ve içerik olarak benzeşmektedir.

Stratejik çevresel değerlendirmenin tanımı, özellikleri ve tarihsel gelişimi hakkında bilgiler verildikten sonra, çalışmamızın bundan sonraki kısmında Avrupa Birliği Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi ayrıntılı bir şekilde ele alınacak, bunun akabinde ise Türk hukuku açısından bir değerlendirme yapılacaktır.

III. Avrupa Birliği Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi

A. Genel Olarak

Stratejik çevresel değerlendirme her ne kadar, ABD'nin haricinde bilhassa 90'lı yılların başından beri Hollanda, Avustralya, Yeni Zelanda, İngiltere ve Kanada gibi ülkelerde mevzuata yansıtılarak uygulamaya imkânı bulmuşsa da,²⁵ 27 Haziran 2001 tarihinde kabul edilen Avrupa Birliği Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi'nin²⁶ stratejik çevresel değerlendirme uygulamasının gerek Avrupa Birliği düzeyinde gerekse Avrupa Birliği dışındaki birçok ülkede benimsenerek hayata geçirilmesinde çok önemli bir rol oynadığını belirtmek gerekir. Avrupa Birliği Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi, bilhassa stratejik çevresel değerlendirme sürecine ilişkin esas ve usullere kapsamlı bir tarzda yer veren ilk düzenlemelerden biri olması ve stratejik çevresel değerlendirmenin uygulanmasına ilişkin en önemli uluslara-

²⁵ Bu konuda bkz. Aydın, *Planlama* 2003/1, s. 19 vd.; Turgut, *Çevre Hukuku*, s. 481 vd.; Yücel/Peker-Say, *Avrupa Birliği Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönerge Taslağı ve Türkiye'deki Durum*, s. 3 vd.

²⁶ Richtlinie 2001/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2001 über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme, ABIEG Nr. L 197, s. 30.

rası hukuk metni olan Espoo Protokolü'ne esas teşkil edip, bu protokolle çok büyük ölçüde benzer hükümlere yer vermesi nedeniyle büyük önem taşımaktadır. Bu yönerge haiz olduğu önem dolayısıyla, çalışmamızda geniş bir şekilde ele alınacaktır.

Daha önce belirtmiş olduğumuz gibi, 1985 yılında kabul edilen ve Avrupa Birliği ülkelerindeki ÇED mevzuatına temel teşkil eden AB ÇED Yönergesi, ÇED'in sadece proje bazında yürütülmesini öngörmektedir. Proje düzeyinde yürütülen ÇED'in çevresel sorunlarla etkin bir mücadelede yetersiz kaldığının anlaşılması ise, politika, plan ve programların da çevresel bir değerlendirmeye tutulması yönünde Avrupa Birliği bünyesinde de taleplerin artmasına neden olmuştur. Bu bakımdan, stratejik çevresel değerlendirmenin uygulanmasına ilişkin bir Avrupa Birliği düzenlenmesinin kabulüne ilişkin isteklerin esasında 90'lı yılların başından beri mevcut olduğunu belirtmek gerekir.²⁷ Avrupa Birliği Komisyonu'nun politika, plan ve programlara ÇED uygulanmasına yönelik olarak 1990 yılında hazırladığı yönerge taslağı, bu yönde atılmış ilk somut adımlardandır.²⁸ 1996 yılının sonlarında ise Avrupa Birliği Komisyonu, belli plan ve programlara stratejik çevresel değerlendirme uygulanmasına ilişkin ilk resmi yönerge taslağını²⁹ kabul ederek, bu taslağı 25 Nisan 1997 tarihli *Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'*nde yayınlamıştır. Özellikle bu yönerge taslağının uygulama alanında önemli bazı değişiklikler içeren ikinci bir yönerge taslağı³⁰ ise, 1999 yılında yayınlanmıştır. 2000 yılına ait üçüncü ve son yönerge taslağı³¹ ise, bazı ufak değişikliklerden sonra 27 Haziran 2001 tarihinde Avrupa Parlamentosu ve Konsey tarafından kabul edilmiş, 21 Temmuz 2001 tarihinde ise Avrupa Birliği *Resmi Gazetesi'*nde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bir giriş kısmı, 15 madde ve 2 ekten oluşan Avru-

²⁷ Karş. Dietrich/Au/Dreher, *Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaften*, s. 103 vd.; Yücel/Peker-Say, *Avrupa Birliği Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönerge Taslağı ve Türkiye'deki Durum*, s. 3; Bertling, *Strategische Umweltprüfung, Plan-UVP*, s. 3 vd.; Surburg, *Straßenverkehrstechnik 2002*, s. 537.

²⁸ Karş. EG-Kommission, *Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei Politiken, Plänen und Programmen*, Generaldirektion, XI 1990, Az. XI/194/90.

²⁹ *Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme* (ABl. EG vom 25. April 1997 Nr. C 129/1).

³⁰ ABl. EG 1999 Nr. C 83/13.

³¹ ABl. EG 2000 Nr. C 137/11.

pa Birliği Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 3 yıl içinde, yani en geç 20 Temmuz 2004 tarihine kadar, üye devletlerce ulusal hukuka aktarılmak zorundadır.

Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi'nin en önemli amacı, ÇED'in eksik yönlerini tamamlayarak çevresel sorunlarla etkin bir mücadeleye katkı sağlamaktır.³² Nitekim yönergenin 1. maddesinde "amaçlar" başlığı altında şu ifadeye yer verilmiştir: "Bu yönergenin amacı, sürdürülebilir bir kalkınmayı teşvik ışığında yüksek düzeyde bir çevre koruması sağlamak ve çevre üzerinde önemli etkiler yapma ihtimali bulunan belli planlar ve programların bu yönergede belirtilen şekilde çevresel bir değerlendirmeye tabi tutulması suretiyle, çevresel mülahazaların plan ve programların hazırlanması ve kabulü aşamasına dâhil edilmesine katkıda bulunmaktır." Burada belirtilen yüksek düzeyde çevre koruması hedefine ulaşılabilmesi ise, stratejik çevresel değerlendirmenin ÇED'e kıyasla daha ileri olan yönlerini (alternatif çözümler, geniş kapsam, bütünsel yaklaşım v.s.) devreye sokması ile mümkün olabilecektir. Böylelikle yalnızca proje düzeyinde yürütülen ÇED'in planlama aşamaları bakımından içerdiği eksiklikler de giderilmiş olacaktır. Stratejik çevresel değerlendirme uygulamasının ayrıca, sürdürülebilir kalkınmayı teşvik etmesi gerekir. Çevresel sorunlarla etkin bir mücadele için çevresel hususların ilgili faaliyetin hayata geçirilmesinden önce mümkün olduğunca erken bir aşamada dikkate alınmasının gerekliliği karşısında, bu yönergenin gerek ihtiyat ilkesine gerekse de önleme ilkesine uygun olarak çevresel mülahazaların plan ve programların hazırlanması ve kabulü aşamasına olabildiğince erken bir safhada dâhil edilmesini öngördüğü sonucuna erişmek zor olmayacaktır.³³

B. Uygulama Alanı

Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi'nin uygulama alanı ile ilgili olarak dikkat çekilmesi gereken ilk husus, yönergede stratejik çevresel değerlendirmenin yalnızca plan ve programlara uygula-

³² Peters/Surburg, Strategische Umweltprüfung bei Plänen und Programmen, s. 2; Bertling, Strategische Umweltprüfung, Plan-UVP, s. 6; Surburg, Straßenverkehrstechnik 2002, s. 537; Schink, NVwZ 2005, s. 615 vd.

³³ Epiney, Umweltrecht in der Europäischen Union, s. 218 vd.; Bertling, Strategische Umweltprüfung, Plan-UVP, s. 6.

nacağından söz edilerek, politikaların yönergenin kapsamı dışında bırakılmış olduğudur. Yönergenin uygulama alanına, yani hangi plan ve programların stratejik çevresel değerlendirmeye tabi olacağına ilişkin hükme, yönergenin 3. maddesinde yer verilmiştir. Plan ve program kavramlarından ne anlaşılması gerektiği konusunda ise, yönergenin 2. maddesinin a) bendinde yer alan tanıma başvurmak mümkündür. Buna göre plan ve programlar, “Avrupa Topluluğu ile ortaklaşa finanse edilenler dâhil olmak üzere, ulusal, bölgesel ya da yerel düzeydeki resmi bir makam tarafından hazırlanan ve/veya kabul edilen veya resmi bir makam tarafından parlamento ya da hükümet tarafından yasama usulü yoluyla kabul için hazırlanan ve yasa, tüzük ve yönetmelik hükümleri uyarınca hazırlanan, plan ve programlar ile bunlarda yapılan değişikliklerdir.” Bu tanım dikkate alındığında, yönergenin plan ve program kavramları arasında herhangi bir ayırım yapmadan, bu iki kategoriye içerik bakımından özdeş kabul ettiği görülür.³⁴ Bu tanımdan hareketle varılabilecek diğer bir netice ise, yönerge hükümlerinin plan ve programların gerek düzenlenmesi aşamasında gerekse de değiştirilmesi aşamasında uygulanacağıdır. Bununla birlikte, önemsiz nitelikte olmaları durumunda bile plan ve programlar üzerindeki değişikliklerin önemli çevresel etkiler ortaya çıkardığının üye devletlerce belirlendiği hallerde yönergenin 3. maddesinin 3. fıkrası gereğince stratejik çevresel değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini ifade etmek gerekir. Bunun haricinde, bu tanımda resmi bir makam tarafından hazırlanma veya kabul edilmeden söz edilmiş olması, özel kişilerce hazırlanan salt özel planların yönergenin uygulama alanına girmeyeceğini göstermektedir.³⁵ Ancak bu açıklamadan, danışmanlık şirketleri tarafından hazırlanmakla birlikte resmi bir makam tarafından kabul edilen planların yönergenin kapsamına girmediği sonucuna erişmek yanlış olacaktır.³⁶ Madde metninde resmi

³⁴ Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I – Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 3; Pietzcker/Fiedler, DVBl 2002, s. 930; Bertling, *Strategische Umweltprüfung, Plan-UVP*, s. 8; Schink, NVwZ 2005, s. 616.

³⁵ Buna karşın, Avrupa Birliği'nin 1997 yılında yayınlanan stratejik çevresel değerlendirme yönergesinde resmi makamlar tarafından hazırlanan plan ve programların yanı sıra özel kişilere ait plan ve programlarında stratejik çevresel değerlendirmeye tabi tutulacağı ifade edilmiş idi.

³⁶ Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I – Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 4; Ginzky, UPR 2002, s. 48; Schink, NVwZ 2005, s. 617.

bir makam tarafından parlamento ya da hükümet tarafından yasama usulü yoluyla kabul için hazırlanan plan ve programlardan söz edilmiş olması, yasa taslaklarının da yönergenin uygulama alanına dâhil olduğunu göstermektedir. Ancak bu düzenlemenin anayasal prensiplere aykırı bir şekilde parlamentoların karar alma serbestisini sınırlandırdığından bahsetmek mümkün değildir, zira stratejik çevresel değerlendirmeye tabi olan parlamentonun kararları değil, sadece ilgili plan veya programları hazırlayan resmi makamın kararlarıdır.³⁷ Parlamento, gerek bir yasa çıkarıp çıkarmama gerekse de çıkaracağı yasanın içeriğini belirleme konusundaki kararında tamamıyla serbesttir. Madde metninde ayrıca, yasa, tüzük ve yönetmelik hükümleri uyarınca hazırlanan plan ve programlardan söz edilmiş olması, herhangi bir hukuki mükellefiyete dayanmayan ve belirli kural ve kalıplara bağlı olmayan plan ve programlara stratejik çevresel değerlendirme uygulanmayacağı anlamına gelmektedir.³⁸

Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi'nin uygulama alanını belirleyen 3. maddeye tekrar dönecek olursak, bu maddenin 1. fıkrasında, 2-4. fıkralarda atıfta bulunulan önemli çevresel etkiler doğurma olasılığı bulunan planlar ve programlar için bir stratejik çevresel değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Bununla birlikte Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi'nin stratejik çevresel değerlendirme uygulanacak plan ve programları iki kategoride ele aldığı görülür. Bunlardan ilki olan *mecburi stratejik çevresel değerlendirme* 2. fıkrada düzenlenmiş iken, ikinci kategoriye oluşturan *ihtiyari stratejik çevresel değerlendirme* 3. ve 4. fıkralarda yer almaktadır. Stratejik çevresel değerlendirmenin mecburi olduğu durumlarda çevresel etkilerin derecesine bakılmadan stratejik çevresel değerlendirmenin zorunlu olarak yürütülmesi şart iken, stratejik çevresel değerlendirmenin ihtiyari olduğu hallerde 3. maddenin 5. fıkrası ve EK-II'de öngörülen tarzda yürütülecek bir ön inceleme aracılığıyla ilgili plan ve programların önemli çevresel etkilere sahip olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

³⁷ Ginzky, UPR 2002, s. 48; Hendler, DVBl 2003, s. 231; Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I – Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 4; Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, s. 219.

³⁸ Ginzky, UPR 2002, s. 48; Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I – Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 5. Ayrıca karş. Stürer, UPR 2003, s. 99 vd.; Bertling, *Strategische Umweltprüfung*, Plan-UVP, s. 10.

3. maddesinin 2. fıkrasına göre, a) tarım, ormancılık, balıkçılık, enerji, endüstri, taşımacılık, atık yönetimi, su yönetimi, telekomünikasyon, turizm, kent ve kırsal planlaması veya arazi kullanımı için hazırlanan ve AB ÇED Yönergesi'nin (85/337/EWG) EK-I ve II'sinde sayılan projelerin daha ileri gelişmesinin onaylanması için çerçeve belirleyen veya b) belli alanlardaki muhtemel etkileri nedeniyle AB Fauna Flora Habitat Yönergesi'nin³⁹ (92/43/EWG) 6. ya da 7. maddesi uyarınca bir uyumluluk değerlendirmesinin (*Verträglichkeitsprüfung*) yürütülmesinin zorunlu olduğu tüm plan ve programlar, kural olarak stratejik çevresel değerlendirmeye tabidir. Metninden de anlaşılacağı üzere yönergenin 3. maddesinin 2. fıkrasında stratejik çevresel değerlendirmenin zorunlu olduğu iki duruma yer verilmiştir. Stratejik çevresel değerlendirmenin zorunlu olduğu ilk durum, belli alanlarda hazırlanan ve AB ÇED Yönergesi'nin EK-I ve II'sinde zikredilen projelerin daha ileri gelişmesinin onaylanması için çerçeve belirleyen plan veya programların mevcudiyeti halinde söz konusudur. AB ÇED Yönergesi'nin EK-I'inde zorunlu olarak ÇED yürütülecek projelere yer verilmiş iken, EK-II'de belirtilen projeler için ÇED'in uygulanmasının ancak üye devletlerin bu projeler için ÇED yürütülmesinin gerekli olduğuna ilişkin bir karar almasına bağlı olduğunu belirtmek, bu bağlamda faydalı görünmektedir.⁴⁰ Bununla birlikte, ÇED Yönergesi'nin EK-II'sinde yer alan projeler ile ilgili olan plan ve programların, bu projeler bakımından ÇED uygulanması konusunda üye devletlerin aldığı karara bakılmaksızın, zorunlu olarak stratejik çevresel değerlendirmeye tabi tutulacağını ifade etmek gerekir.⁴¹ AB ÇED Yönergesi'nin eklerine yapılan bu atıf sonuç olarak, benzer hedef ve içeriğe sahip olan Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi ve ÇED Yönergesi

³⁹ Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (ABL. L 206 vom 22.7.1992, S. 7). Bu yönerge ile ilgili olarak daha ayrıntılı bkz. Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie und seine Umsetzung in nationales Recht*, s. 5 vd.; Güneş, *TBB Dergisi* 2009, S. 85, s. 35 vd.; Frenz, *Europäisches Umweltrecht*, s. 126 vd.; Jans/von der Heide, *Europäisches Umweltrecht*, s. 527 vd.

⁴⁰ Bu konuda daha ayrıntılı olarak bkz. Frenz, *Europäisches Umweltrecht*, s. 133 vd.; Dietrich/Au/Dreher, *Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaften*, s. 90 vd.; Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, s. 207 vd.; Saygılı, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 2004, C. 3, S. 2, s. 65 vd.

⁴¹ Aynı yönde Ginzky, UPR 2002, s. 48; Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, s. 220.

arasında bir bağlantının oluşmasını sağlamaktadır.⁴² Projelerin daha ileri gelişmesinin onaylanması için çerçeve belirlemesi ifadesi ise, ancak ileriki bir zamanda onaylanacak projeler ile ilgili bir çerçeve belirleyen plan ve programlar için stratejik çevresel değerlendirme uygulanacağına işaret etmektedir.⁴³ Plan veya programların içerdiği beyanların bir projenin ileri bir zamandaki onay sürecinde göz önünde bulundurulacak tespitler içermesi bu bağlamda, stratejik çevresel değerlendirme mükellefiyetinin ortaya çıkması için yeterlidir.⁴⁴ Stratejik çevresel değerlendirmenin zorunlu olduğu ikinci hal ise, AB Fauna Flora Habitat Yönergesi'nin ilgili hükümleri uyarınca bir uyumluluk değerlendirmesinin uygulanmasının zorunlu olduğu plan ve programların söz konusu olduğu durumlardır. Bu durumda, ilgili plan veya programların belli alanlarda gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği veya somut bir proje ile ilgili olup olmadığı önem taşımamaktadır.⁴⁵

3. maddenin 3. fıkrasında, yönergenin uygulama alanı ile ilgili olarak şu hükme yer verilmiştir: *"2. fıkroda belirtilen ve yerel düzeyde küçük alanların kullanımını amaçlayan ve 2. fıkroda belirtilen planlar ve programlarda önemsiz değişiklikler içeren planlar ve programlar, yalnızca üye devletlerin çevre üzerinde önemli etkiler doğurma ihtimali bulunduğunu belirledikleri hallerde çevresel değerlendirme yapılmasını gerektirecektir."* Buna göre, 3. maddenin 2. fıkrasında stratejik çevresel değerlendirme uygulanmasına ilişkin genel kural, gerek yerel düzeyde küçük alanların kullanımının amaçlandığı gerekse de önemsiz değişiklikler içeren planlar ve programların söz konusu olduğu hallerde uygulanmayacaktır. Ancak üye devletlerin çevre üzerinde önemli etkiler doğurma ihtimali bulunduğunu belirledikleri hallerde, bu istisnalar uygulama imkânı bulamayacak, stratejik çevresel değerlendirme yürütülecektir. Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi'nin 3. maddesinin 4. fıkrasının

⁴² Karş. Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, s. 220; Peters, *KommJur 2005*, s. 245.

⁴³ Hendler, *NuR 2003*, s. 9; Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, s. 220; Surburg, *Straßenverkehrstechnik 2002*, s. 538.

⁴⁴ Surburg, *Straßenverkehrstechnik 2002*, s. 538; Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I - Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 7.

⁴⁵ Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I - Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 9; Schink, *NVwZ 2005*, s. 619.

da ise üye devletlerin, 2. fıkrada belirtilenler dışında kalan ancak projelerin daha ileri gelişmesinin onaylanması için çerçeve belirleyen plan ve programların önemli çevresel etkiler doğurma ihtimalinin bulunup bulunmadığı konusunda karar vereceklerinden bahsedilmektedir. Yönergenin 3. maddesinin 5. fıkrasında ise, önemli çevresel etkiler doğurabilecek plan ve programların ortaya çıkarılması konusunda şu hükme yer vermektedir: “3. ve 4. fıkralarda belirtilen plan ve programların önemli çevresel etki yapma olasılığı bulunup bulunmadığına üye devletler, her bir olay için ayrı bir inceleme yaparak veya plan ve programların tiplerini belirleyerek veyahut her iki yaklaşımı birleştirerek karar verecektir. Üye devletler bu amaçla bütün olaylarda, çevre üzerinde önemli etkiler doğurma ihtimali bulunan plan ve programların bu yönergenin kapsamına dahil olmasını sağlamak için EK-II’de sayılan kriterleri dikkate alacaktır.” Böylelikle üye devletler, önemli çevresel etkilere sahip plan ve programların her durumda yönerge kapsamına girmesini sağlamakla mükellef kılınmıştır. EK-II’de her ne kadar çevresel etkilerin öneminin belirlenmesinde kullanılacak bazı önemli kriterlere yer verilmişse de, “önemli çevresel etkiler” kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda yönergede bir tanım veya açıklamaya yer verilmemiş olması, üye devletlerin bu kavramın tanımlanmasında oldukça geniş bir takdir yetkisine sahip olmasına neden olmuştur.⁴⁶ Burada belirtilmesi gereken diğer bir nokta ise, ilgili plan veya programların gerek olumlu gerekse de olumsuz nitelikteki çevresel etkilerinin önemli çevresel etkiler kapsamında değerlendirilmesi gerektiğidir.⁴⁷

Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi’nin uygulama alanını daraltan bir istisna hükmüne de, yönergenin 3. maddesinin 8. fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre, münhasır amacı ulusal savunma veya sivil savunma olan plan ve programlar ile mali veya bütçe plan ve programları hakkında yönerge hükümleri uygulanmayacaktır. Madde metninde münhasır amaçtan söz edilmiş olması, baskın amacı ulusal savunma veya sivil savunma olan plan ve programlar için de kural ola-

⁴⁶ Karş. Hendler, NuR 2003, s. 3 vd.; Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, s. 221; Bertling, *Strategische Umweltprüfung*, Plan-UVP, s. 7.

⁴⁷ Surburg, *Straßenverkehrstechnik 2002*, s. 538; Peters/Surburg, *Strategische Umweltprüfung bei Plänen und Programmen*, s. 2; Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I – Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 6; Hendler, NuR 2003, s. 3; Schink, NVwZ 2005, s. 617; Peters/Balla, ZUR 2006, s. 180.

rak stratejik çevresel değerlendirme uygulanmasını gerektirecektir.⁴⁸

C. Stratejik Çevresel Değerlendirmenin Usul Aşamaları

Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi'nin 3. maddesinde belirtilen plan ve programlar, kural olarak bir stratejik çevresel değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Stratejik çevresel değerlendirmeden ne anlaşılması gerektiği konusunda ise yönergenin 2. maddesinin b bendinde, stratejik çevresel değerlendirmenin bir çevre raporunun hazırlanması, konsültasyonlar yapılması, çevre raporunun ve konsültasyonların sonuçlarının karar oluşturmada dikkate alınması ve karar hakkında 4-9. maddeler uyarınca bilgilendirilmeyi ifade ettiği belirtilmiştir. Yönergede açık bir şekilde yer verilen bu usuli içerik haricinde, stratejik çevresel değerlendirme zorunluluğunun üye devletçe belirlenmesine yönelik olan ön inceleme (*Screening*) ve değerlendirmenin içeriksel kapsamının tespitinden ibaret olan kapsam belirleme (*Scoping*) de stratejik çevresel değerlendirmenin usuli unsurlarındandır. Yönergenin 10. maddesinde düzenlenmiş olan izleme (*Monitoring*) de aynı şekilde stratejik çevresel değerlendirmenin usuli gereklerindedir. Tüm bu açıklamalar ışığında stratejik çevresel değerlendirmenin, ön inceleme, kapsam belirleme, çevre raporunun hazırlanması, halkın ve resmi makamların katılımı ve konsültasyonlar, katılım ve konsültasyon sonuçlarının göz önünde bulundurulması planın hazırlanması ve etkilerin izlenmesi başlıkları altında altı evreye yayılmış bir değerlendirme süreci olarak ele alınması yararlı görünmektedir.⁴⁹

Stratejik çevresel değerlendirme sürecinin evrelerinin ayrıntılı bir şekilde ele alınmasından önce, yönergenin "genel yükümlülükler" başlığını taşıyan 4. maddesinin 1. fıkrasında, stratejik çevresel değerlendirmenin plan ve programların düzenlenmesi esnasında ve her halükarda bunların kabulünden veya yasama sürecine sunulmasından önce yürütülmesi gerektiğinin belirtildiğini ifade etmek faydalı olacaktır.

⁴⁸ Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, s. 221.

⁴⁹ Karş. Bertling, *Strategische Umweltprüfung*, Plan-UVP, s. 12; Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I – Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 19; Peters/Surburg, *Strategische Umweltprüfung bei Plänen und Programmen*, s. 7; Dietrich/Au/Dreher, *Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaften*, s. 105 vd.; Kloepfer, *Umweltrecht*, § 5, N. 374; Stöglehner/Wegerer, *DISP 2004*, s. 53.

Aynı maddenin 2. fıkrası ise, üye devletlerin stratejik çevresel değerlendirmeyi mevcut plan ve programların kabulü usullerine entegre edilebileceği veya yönergeye uymak amacıyla oluşturulan yeni usullere dahil edebileceği vurgulanmıştır.

1. Ön İnceleme

Screening olarak da adlandırılan ön inceleme, stratejik çevresel değerlendirmenin ihtiyari olduğu durumlarda asıl çevresel değerlendirmeden önce vuku bulan ve belli plan ve programların önemli çevresel etkilere sahip olup olmadığının araştırıldığı bir değerlendirme aşamasıdır. Stratejik çevresel değerlendirmenin mecburi olduğu hallerde ön inceleme aşaması söz konusu değildir, zira bu tür durumlarda plan veya program için stratejik çevresel değerlendirme her halükarda yürütülecektir. Ön inceleme sonunda önemli çevresel etkilerin olası olduğu sonucuna ulaşırsa, ön incelemeyi müteakip stratejik çevresel değerlendirme uygulanacaktır. Ön inceleme sonucunun önemli çevresel etkilerin muhtemel olmadığı yönünde olması durumunda ise, stratejik çevresel değerlendirmenin uygulanmasına lüzum kalmayacaktır. Ön inceleme, daha önce belirtmiş olduğumuz gibi her bir olay için ayrı bir inceleme yapılması veya planlar ve programların tiplerinin belirlenmesi suretiyle yürütülebilir.⁵⁰ Bunun yanı sıra, ön inceleme sonucunda alınan kararların ve bu kararlara temel teşkil eden nedenlerin yönergenin 3. maddesinin 7. fıkrası gereği kamuoyunun erişimine açık kılınması gerekir.

2. Kapsam Belirleme

Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi'nin 5. maddesinin 4 fıkrasında değinilen kapsam belirleme (*Scoping*), stratejik çevresel değerlendirmenin ihtiyari olduğu durumlarda ikinci, mecburi olduğu hallerde ise çevresel değerlendirme sürecinin esas olarak başladığı aşamadır. Bu evrede yetkili resmi makam, çevre raporunun araştırma çerçevesini belirlemekle yükümlüdür. Kapsam belirlemenin te-

⁵⁰ Ayrıca bkz. Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I – Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 19; Ginzky, UPR 2002, s. 49; Peters/Balla, ZUR 2006, s. 179 vd.

mel amacı, hangi verilerin mevcut olduğunu, bu verilerden hangilerinin araştırmada kullanılabileceğini, araştırmaya esas alınacak alanın çevresel unsurlar da dikkate alınarak coğrafi açıdan nasıl sınırlandırılacağını ve ilgili durumda araştırma için uygun olan içeriği, ayrıntı düzeyini ve yöntemsel yaklaşımları ortaya koymaktır.⁵¹ Kapsam belirleme başka bir deyişle, ilgili plan veya programın hangi kısım veya muhtevasının çevresel etkileri nedeniyle değerlendirmeye tabi tutulacağını tespit etmektedir.⁵² Kapsam belirleme bu bağlamda, stratejik çevresel değerlendirmenin kalitesi belirleyen en önemli faktörlerden biri olarak görülmektedir.⁵³ Yönerge'nin 5. maddesinin 4. fıkrasında ayrıca, kapsam belirlenmesi aşamasında yönergenin 6. maddesinin 3. fıkrası uyarınca çevre ile ilgili görev alanlarında plan ve programların uygulanması nedeniyle oluşacak çevresel etkilerden etkilenebilecek resmi makamlarla konsültasyon yapılması gerektiğinden söz edilmiştir. Kapsam belirlemenin en önemli hedeflerinden biri de, değerlendirme tekrarlarından kaçınılmasını sağlamaktır.⁵⁴ Bilhassa ilgili planların çok aşamalı bir plan veya onay sürecinin bir parçası olduğu durumlarda araştırma çerçevesinin tespiti esnasında, hangi aşamada ağırlıklı olarak hangi çevresel etkilerin değerlendirileceğinin belirlenmesinin tekrar değerlendirmelerin yapılmasını önemli ölçüde önleyeceğini belirtmek gerekir.⁵⁵

⁵¹ Bertling, *Strategische Umweltprüfung*, Plan-UVP, s. 13; Peters/Surburg, *Strategische Umweltprüfung bei Plänen und Programmen*, s. 8.

⁵² Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I - Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 20; Ginzky, UPR 2002, s. 50; Surburg, *Straßenverkehrstechnik 2002*, s. 543; Stöglehner/Wegerer, DISP 2004, s. 54 vd.

⁵³ Karş. Schink, NuR 2005, s. 144; Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I - Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 20; Ginzky, UPR 2002, s. 50; Töllner, *Anwendungsbereich und Umsetzung der Plan-UVP-Richtlinie*, s. 65; Erbguth/Schubert, ZUR 2005, s. 527.

⁵⁴ Ayrıca bkz. Bertling, *Strategische Umweltprüfung*, Plan-UVP, s. 13; Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I - Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 20; Schink, NuR 2005, s. 144.

⁵⁵ Balla, NuR 2006, s. 485; Bertling, *Strategische Umweltprüfung*, Plan-UVP, s. 13 vd.; Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I - Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 20.

3. Çevre Raporunun Hazırlanması

Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi'nin 5. maddesinde düzenlenmiş olan çevre raporu, stratejik çevresel değerlendirme sürecinin en önemli yapıtaşı olarak görülmektedir.⁵⁶ Çevre raporu, stratejik çevresel değerlendirmeye ilişkin bir sonuç belgesi olmayıp, daha çok stratejik çevresel değerlendirme sürecinin ileriki aşamalarına bir dayanak teşkil eden bir dokümandır.⁵⁷ Çevre raporu bu bakımdan, stratejik çevresel değerlendirme sonunda verilecek nihai kararın en önemli dayanaklarından birini oluşturmaktadır.

Çevre raporu, içeriksel açıdan esasında resmi makamların değerlendirme sonuçlarının bir özeti görünümüne sahiptir. Yönerge'nin 5. maddesi 1. fıkrası gereğince çevre raporunda, plan veya programın uygulanmasının muhtemel önemli çevresel etkilerinin ve plan ve programın hedeflerini ve coğrafi uygulama alanını dikkate alarak makul alternatiflerin belirlenmesi, tanımlanması ve değerlendirilmesi gerekir. Çevresel raporun içeriğine ilişkin daha ayrıntılı açıklamalara ise, EK-I'de yer verilmiştir. Plan veya programın içeriğinin kısa bir özeti ve temel amaçları, çevrenin mevcut durumunun önemli unsurları ve plan veya programın uygulanmaması halinde bu unsurların olası gelişimi, plan veya programın muhtemel önemli çevresel etkileri ve plan veya programın çevre üzerindeki önemli olumsuz etkilerinin önlenmesi, azaltılması ve denkleştirilmesi için öngörülen tedbirler, çevre raporunun içeriğine ilişkin olarak EK-I'de yer verilen hususlardan bazılarıdır.⁵⁸

5. maddenin 1. fıkrasındaki düzenleme dikkate alındığında, yönergenin stratejik çevresel değerlendirme kapsamında alternatiflerin

⁵⁶ Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, s. 222; Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I – Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 21; Ginzky, UPR 2002, s. 51; Bertling, *Strategische Umweltprüfung, Plan-UVP*, s. 15.

⁵⁷ Dietrich/Au/Dreher, *Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaften*, s. 106; Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I – Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 21.

⁵⁸ Çevre raporunda yer alması gereken hususlar ile ilgili olarak daha teferruatlı bkz. Balla, NuR 2006, s. 486 vd.; Bertling, *Strategische Umweltprüfung, Plan-UVP*, s. 15 vd.; Hendler, NVwZ 2005, s. 981 vd.; Peters/Surburg, *Strategische Umweltprüfung bei Plänen und Programmen*, s. 8 vd.

değerlendirilmesini zorunlu kıldığı görülür. Alternatiflerin değerlendirilmesine ilişkin bu yükümlülük, stratejik çevresel değerlendirmenin ÇED karşısında getirdiği önemli yeniliklerden biridir. Bununla birlikte 5. maddenin 1. fıkrası uyarınca her alternatifin değil, ancak makul nitelikteki alternatiflerin göz önünde bulundurulabileceğini belirtmek gerekir. Makullük ölçüsünün belirlenmesinde ise yönerge, ilgili plan veya programın hedeflerini ve coğrafi uygulama alanını esas almıştır.⁵⁹ Farklı hedeflere sahip olan veya gerçekleştirilme imkânı bulunmayan çözüm varyantları, bu bakımdan dikkate alınmamalıdır. Maliyeti çok yüksek olan alternatif çözümlerin de bu bağlamda değerlendirme kapsamına alınmaması gerekir.⁶⁰ Alternatiflerin değerlendirilmesi, esas olarak iki aşamadan oluşan bir süreçtir.⁶¹ Öncelikle ilgili plan veya programın hedeflerini ve coğrafi uygulama alanını göz önünde bulunduran gerçekçi alternatiflerin belirlenmesi gerekir. İkinci bir aşamada ise, bu alternatifler değerlendirilip karşılaştırılacaktır. Burada belirtilmesi gereken önemli bir husus, ilgili plan veya programın gerçekleştirilmesinden tümünden vazgeçilmesi anlamına gelen sıfır varyantın (*Nullvariante*) da alternatiflerin değerlendirilmesi sürecinde göz önünde bulundurulması gerektiğidir.⁶²

Yönerge'nin 5. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında ise, çevre raporunun somut içeriği bağlamında ölçülülük ilkesine vurgu yapan bazı hükümlere yer verilmiştir.⁶³ Çevre raporu bu bakımdan sadece makul biçimde talep edilebilecek bilgileri içermelidir. İlgili plan veya progra-

⁵⁹ Stöglehner/Wegerer, DISP 2004, s. 54; Töllner, *Anwendungsbereich und Umsetzung der Plan-UVP-Richtlinie*, s. 66; Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I – Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 22; Schink, NuR 2005, s. 146.

⁶⁰ Schink, NuR 2005, s. 146; Ginzky, UPR 2002, s. 50.

⁶¹ Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I – Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 22; Schink, NuR 2005, s. 146; Balla, NuR 2006, s. 490.

⁶² Bu konuda ayrıca bkz. Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I – Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 22; Bertling, *Strategische Umweltprüfung, Plan-UVP*, s. 14; Stöglehner/Wegerer, DISP 2004, s. 56; Schink, NuR 2005, s. 146. Aksi görüş için bkz. Töllner, *Anwendungsbereich und Umsetzung der Plan-UVP-Richtlinie*, s. 67.

⁶³ Dietrich/Au/Dreher, *Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaften*, s. 106; Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I – Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 23; Schink, NuR 2005, s. 146.

mın muhtevası, detay düzeyi ve karar oluşturma sürecinde bulunduğu aşama ise, çevre raporunun içeriğinin belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi'nin 4. maddesinin 3. fıkrası, aynı hiyerarşik plan veya program düzenine dâhil olan plan ve programların söz konusu olduğu hallerde, tekrar değerlendirmelerden kaçınmak amacıyla stratejik çevresel değerlendirmenin hiyerarşinin değişik düzeylerine yapılacağı hususunu dikkate almaları gerektiğini ifade etmektedir. Dikkate alınmanın ne şekilde gerçekleştirileceğine ise, 5. maddenin 2. fıkrasında değinilmiştir. Buna göre çevre raporu, değerlendirme tekrarından kaçınmak için belli konuların en iyi biçimde değerlendirilebileceği farklı düzeylerini dikkate alacaktır.

4. Halkın Katılımı ve Konsültasyonlar

Stratejik çevresel değerlendirme sürecinin önemli diğer bir yapıtaşı, halkın ve resmi makamların katılımıdır. "*Konsültasyonlar*" başlığını taşıyan 6. maddenin 1. fıkrasında, taslak plan veya programın ve 5. madde uyarınca hazırlanan çevre raporunun ilgili resmi makamlara ve kamuoyuna açık olması gerektiğinden söz edilmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, 3. fıkrada anılan resmi makamlara ve 4. fıkrada belirtilen kamuoyuna taslak plan veya program ve beraberindeki çevre raporu hakkında kendi görüşlerini açıklamak için, plan veya programın kabulü ya da yasama sürecine sunulmasından önce uygun süre içinde erken bir aşamada ve etkin bir şekilde fırsat verileceği belirtilmiştir. Bunun dışında 6. maddenin 3. fıkrasında, üye devletlerin çevre ile ilgili görev alanlarında plan veya programların uygulanmasının doğuracağı çevresel etkilerden etkilenmesi muhtemel resmi makamları belirleyeceğinden bahsedilmektedir. 6. maddenin 5. fıkrasında ise, üye devletlerin 2. fıkrada kullanılan "*kamuoyu*" kavramından ne anlaşılması gerektiğini belirleyeceği; ancak bu kavramın yönergede öngörülen karar alma sürecinden etkilenen veya etkilenme ihtimali bulunan veyahut bir menfaati bulunan kişileri ve çevresel korumayı teşvik edenler gibi önemli sivil toplum örgütleri ve ilgili diğer örgütleri kapsadığı ifade edilmiştir. Halkın ve resmi makamların stratejik çevresel değerlendirme sürecine katılımına ilişkin bu hükümler göz önünde bulundurulduğunda, gerek konsültasyon yapılacak resmi makam-

lara gerekse de stratejik çevresel değerlendirme sürecinde itirazda bulunma hakkına sahip kamuoyuna ilişkin tanımlamanın üye devletlere bırakıldığı görülür.⁶⁴

Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi'nin 7. maddesinde ise *"sınraşan konsültasyonlar"* başlığı altında, bir üye devletin kendi egemenlik bölgesi için hazırlanmakta olan bir plan veya programın bir başka üye devletin çevresi üzerinde önemli etkiler yapma ihtimalinin bulunduğunu düşündüğü ya da önemli ölçüde etkilenmesi muhtemel olan üye devletin böyle bir talepte bulunduğu durumlarda, egemenlik bölgesinde plan veya programın hazırlanmakta olduğu üye devletin, plan veya programın kabulü ve yasama sürecine sunulmasından önce, taslak plan ya da programın bir kopyasını ve ilgili çevre raporunu diğer üye devlete göndereceği belirtilmiştir. Önemli çevresel etkilere maruz kalması muhtemel devletin konsültasyon yapmak istemesini bildirmesi durumunda, iki devletin konsültasyonu şekli konusunda bir anlaşmaya varması gerekir. Ancak bu konsültasyonların belli resmi makamların ve kamuoyunun görüş bildirmelerini güvence altına alacak şekilde yürütülmesi gerekir.⁶⁵

5. Katılım ve Konsültasyon Sonuçlarının Göz Önünde Bulundurularak Planın Hazırlanması

Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi'nin 8. maddesinde *"karar verme"* başlığı altında, *"5. madde uyarınca hazırlanan çevre raporu, 6. madde çerçevesinde ifade edilen görüşler ve 7. madde çerçevesinde gerçekleştirilen herhangi bir sınraşan konsültasyonun sonuçları, plan veya programın hazırlanması esnasında ve plan veya programın kabulü ya da yasama sürecine sunulmasından önce göz önünde bulundurulacaktır."* ifadesine yer verilmiştir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, stratejik çevresel değerlendirme sonunda erişilen sonuçlar plan veya program hakkında karar verecek yetkili resmi makam bakımından bağlayıcı ol-

⁶⁴ Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi'nin 6. maddesi ile ilgili olarak ayrıca bkz. Töllner, *Anwendungsbereich und Umsetzung der Plan-UVP-Richtlinie*, s. 67 vd.; Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I - Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 23 vd.; Schink, NuR 2005, s. 146 vd.

⁶⁵ Sınraşan konsültasyonlarla ilgili olarak daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Töllner, *Anwendungsbereich und Umsetzung der Plan-UVP-Richtlinie*, s. 81 vd.

mayıp, kararın verilmesi sürecinde bu makam tarafından göz önünde bulundurulacaktır. Göz önünde bulundurmanın somut olarak nasıl gerçekleşeceği konusunda ise, yönergede herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yönergenin amaçlarını belirleyen 1. maddede çevresel mülahazaların plan ve programların hazırlanması ve kabulü sürecine mümkün olduğunca dahil edilmesinden söz edilmiş olmasının, önemli çevresel etkilerden olabildiğince kaçınılmasını gerektireceğini, bu durumun ise yetkili makamların plan veya programlara ilişkin karar alma süreçlerinde sahip olduğu takdir yetkisini önemli ölçüde sınırlayacağını ifade etmek gerekir.⁶⁶ Stratejik çevresel değerlendirme sonucunda erişilen sonuçların tümünden göz ardı edilmesi veya meselenin özüne uygun olarak göz önünde bulundurulmaması bu bakımdan, karara esas teşkil eden takdir yetkisinin sakatlığını doğuracaktır.⁶⁷

Yönergenin 9. maddesinde ise, bir plan veya programın kabul edilmesi durumunda ilgili üye devletin, 6. maddenin 3. fıkrasında belirtilen resmi makamları, kamuoyunu ve 7. madde çerçevesinde kendileriyle konsültasyon yapılan üye devletleri verdiği bu nihai karar konusunda bilgilendireceği belirtilmiştir. Bu bağlamda üye devlet, bilgilendirilecekler şü dokümanları erişilir kılmakla mükellef kılınmıştır: a) kabul edilen plan veya program, b) çevresel mülahazaların plan veya programa nasıl dâhil edildiğini ve çevre raporunun, 6. madde uyarınca ifade edilen görüşlerin ve sınıraşan konsültasyonların sonuçlarının 8. madde uyarınca nasıl göz önünde bulundurulduğunu ve plan ya da programın kabul edilen şeklinin diğer makul alternatiflerin değerlendirilmesi sonrasında seçilmesinin nedenlerini özetleyen bir açıklama, c) 10. madde uyarınca öngörülen izleme tedbirleri. Böylelikle üye devletler için burada bir tür gerekçelendirme yükümlülüğü öngörülmüştür. Özet açıklama ise, stratejik çevresel değerlendirme için bir sonuç belgesi niteliğindedir.⁶⁸

⁶⁶ Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, s. 223. Ayrıca karşı. Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I – Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 27 vd.

⁶⁷ Bertling, *Strategische Umweltprüfung*, Plan-UVP, s. 18; Peters/Surburg, *Strategische Umweltprüfung bei Plänen und Programmen*, s. 12.

⁶⁸ Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I – Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 28.

Bu açıklamalar ışığında, esas olarak usuli bir araç olarak düşünülmüş olan stratejik çevresel değerlendirmenin maddi açıdan da bazı önemli işlemlere de sahip olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Bilhassa 9. maddede düzenlenen gerekçelendirme yükümlülüğü, yetkili makamın 6. madde çerçevesinde ifade edilen görüşleri ve 7. madde çerçevesinde gerçekleştirilen sınıraşan konsültasyonların sonuçlarını kapsamlı bir şekilde irdeleyerek, bunları tartışmasını ve vereceği kararı şeffaf bir şekilde gerekçelendirmesini zorunlu kılmaktadır.⁶⁹

6. İzleme

İlgili plan veya programın kabul edilmesi ile stratejik çevresel değerlendirme süreci tamamlanmamaktadır. Yönergenin 10. maddesine göre üye devletler ayrıca, plan ve programların uygulanmasının doğurduğu önemli çevresel etkileri izlemekle mükellef kılınmıştır.⁷⁰ Plan ve programların uygulanmasının doğurduğu önemli çevresel etkilerin izlenmesi bilhassa, öngörülmeyen olumsuz etkilerin erken bir dönemde belirlenmesi ve uygun çözüm tedbirlerinin yürütülmesi bakımından gereklilik arz etmektedir. İzleme, yönerge hükümlerinin uygulanmasının ve yürütülmesinin denetimini sağlamakta, bu bakımdan yönerge hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasına önemli bir katkıda bulunmaktadır. İzlemenin en önemli amacı ise, plan veya programın gerçekleştirilmesi sürecinde yürütülecek bir gözleme vasıtasıyla stratejik düzeyde çoğu kez mevcut olan tahmin belirsizliklerini azaltmaktır.⁷¹

⁶⁹ Peters/Surburg, *Strategische Umweltprüfung bei Plänen und Programmen*, s. 11; Sangenstedt, *Vorstellung und Bewertung der Richtlinie der EG zur Strategischen Umweltprüfung*, s. 252; Bertling, *Strategische Umweltprüfung*, Plan-UVP, s. 18; Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, s. 223. Schink, NuR 2005, s. 148. Ayrıca karşı. Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I – Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 27 vd.

⁷⁰ İzleme evresi ile ilgili olarak daha ayrıntılı bkz. Schink, NuR 2005, s. 149 vd.

⁷¹ Peters/Surburg, *Strategische Umweltprüfung bei Plänen und Programmen*, s. 12; Bertling, *Strategische Umweltprüfung*, Plan-UVP, s. 18; Schink, NuR 2005, s. 149.

D. AB Yönergesinin Genel Bir Değerlendirmesi

Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi'nin kabulü ile ÇED'in içerdiği eksikliklerin giderilmesine yönelik olarak Avrupa Birliği düzeyinde önemli bir adım atıldığını belirtmek gerekir. Yönergenin karar verme mekanizmalarının projelendirme aşamasından önceki planlama safhalarında olumsuz çevresel etkilerden kaçınmayı mümkün kılması, çevresel sorunlarla etkin mücadeleye çok önemli bir katkı sağlamıştır. Bunun haricinde yönergede alternatiflerin değerlendirmesinin mecburi kılması ve bütünsel bir yaklaşımın benimsenmesinin de çevre sorunlarıyla mücadeleye yeni bir boyut kazandığını ifade etmek gerekir. Yönergenin stratejik çevresel değerlendirmeyi usuli bir araç olarak düzenlemiş olmasına rağmen, gerek halkın ve resmi makamların katılımının gerekse de sınıraşan konsültasyonların nihai karar sürecinde göz önünde bulundurulmasının zorunlu olması, stratejik çevresel değerlendirmeyi salt bir usuli araç olarak ele alınamayacağını göstermektedir. Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi'nde vurgu yapılan önemli diğer bir husus da, usul hükümlerinin idari masrafları en aza düşürecek ve tekrar değerlendirmelerden kaçınılacak şekilde düzenlenmesidir. Bununla birlikte Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi'nde yer alan usule ilişkin düzenlemelerin oldukça soyut ve belirsizliklere yer verecek bir şekilde kaleme alınmış olunmasının yanı sıra 2. maddenin a bendindeki tanımların bazı belirsizlikler içermesinin, yönerge hükümlerini iç hukuka aktaracak ulusal düzenlemelerde bazı aksaklıkların ortaya çıkmasına neden olduğu belirtilmiş; ulusal düzenlemelerdeki bu aksaklıkların kamu yönetiminin yetkili birimlerinin isteksizliği ile birleşince, stratejik çevresel değerlendirmenin uygulamada ÇED'e oranla başarısız kaldığı ileri sürülmüştür.⁷²

IV. Türk Hukuku Açısından Kısa Bir Değerlendirme

ÇED'in Türk hukukuna girişi, 1983 yılında yürürlüğe giren Çevre

⁷² Bu konuda ayrıca karşı. Hendler, DVBl 2003, s. 234; Bertling, *Strategische Umweltprüfung*, Plan-UVP, s. 19; Peters/Surburg, *Strategische Umweltprüfung bei Plänen und Programmen*, s. 13; Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 218; Turgut, *Çevre Hukuku*, s. 483 vd.; Schink, NVwZ 2005, s. 620 vd.; Callies, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I - Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*, s. 33 vd.

Kanunu ile gerçekleşmiştir. Çevre Kanunu'nun 1983'te yürürlüğe giren ilk şeklinde 10. maddede "Çevresel Etki Değerlendirmesi" başlığı altında, "Gerçekleştirmeyi planladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler bir 'Çevresel Etki Değerlendirme Raporu' hazırlarlar. Bu raporda çevreye yapılabilecek tüm etkiler göz önünde bulundurularak çevre kirlenmesine sebep olabilecek atık ve artıkların ne şekilde zararsız hale getirilebileceği ve bu hususta alınacak önlemler belirtilir. 'Çevresel Etki Değerlendirme Raporu'nun; hangi tip projelerde isteneceği, ihtiva edeceği hususlar ve hangi makamca onaylanacağına dair esaslara yönetmelikte belirlenir." ifadesine yer verilmiş idi. Çevre Kanunu'nda geniş çaplı değişiklikler öngören 26.4.2006 tarihli 5491 sayılı Kanun'la ise 10. madde şu şekilde değiştirilmiştir: "Gerçekleştirmeyi plânladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler, Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu veya proje tanıtım dosyası hazırlamakla yükümlüdürler. Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu Kararı veya Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir Kararı alınmadıkça bu projelerle ilgili onay, izin, teşvik, yapı ve kullanım ruhsatı verilemez; proje için yatırıma başlanamaz ve ihale edilemez. Petrol, jeotermal kaynaklar ve maden arama faaliyetleri, Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamı dışındadır. Çevresel Etki Değerlendirmesine tâbi projeler ve Stratejik Çevresel Değerlendirmeye tâbi plân ve programlar ve konuya ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir."⁷³ Çevre Kanunu'nun 10. maddesindeki ifadeler göz önünde bulundurulduğunda, ülkemizde ÇED'in sadece proje düzeyinde yürütülmesini öngören dar yaklaşımın esas alındığı görülür. Bununla birlikte 2006 yılında Çevre Kanunu'nda yapılan değişiklikler ile Türk hukukunda stratejik çevresel değerlendirme kavramının yasa düzeyinde ilk defa tanımlanmıştır. Zira Çevre Kanunu'nun 10. maddesinde stratejik çevresel değerlendirmeye tâbi plan ve programlar için bir yönetmeliğin hazırlanacağı hususu dışında, 2. maddede stratejik çevresel değerlendirme "onaya tâbi plan ya da programın onayından önce plânlama veya programlama sürecinin başlangıcından itibaren, çevresel değerlerin plân ve programa entegre edilmesini sağlamak, plan ya

⁷³ Ancak, bu maddeye 2006 yılında eklenen "Petrol, jeotermal kaynaklar ve maden arama faaliyetleri, Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamı dışındadır." ibaresinin 15.1.2009 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırılık gerekçesi ile iptal edildiğini belirtmek gerekir. Bu konuda bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2006/99, K. 2009/9, Kt. 15.1.2009.

da programın olası çevresel etkilerini en aza indirmek ve karar vericilere yardımcı olmak üzere katılımcı bir yaklaşımla sürdürülen ve yazılı bir raporu da içeren çevresel değerlendirme çalışmaları” olarak tanımlanmıştır. Stratejik çevresel değerlendirmeye yasa düzeyinde değinen diğer bir düzenleme ise, 4856 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanun’dur. Bu kanunun 2. maddesinin g) bendinde Çevre ve Orman Bakanlığının görevlerinden birinin de, “sürdürülebilir kalkınma ilkesi çerçevesinde, çevreye olumsuz etki yapabilecek her türlü plan, program ve projenin, fayda ve maliyetleriyle çevresel olguların ortak bir çerçevede içinde değerlendirilmesini gerçekleştirecek çevresel etki değerlendirmesi ve stratejik çevresel değerlendirme çalışmasının yapılmasını sağlamak, bu çalışmaları denetlemek ve izlemek” olduğu belirtilmiştir. Aynı Kanun’un 10. maddesinde ise, çevresel etki değerlendirmesi ve stratejik çevresel değerlendirme çalışmalarını yapmanın Çevresel Etki Değerlendirmesi ve Planlama Genel Müdürlüğü’nün görevlerinden olduğu ifade edilmiştir.

Çevre Kanunu’nun 10. maddesinin son fıkrasında ÇED’in uygulanmasına ilişkin esas ve usullerin belirlenmesine yönelik olarak ise, 07.02.1993 tarihinde Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği’nin yürürlüğe konulmuştur. 23.06.1997, 06.06.2002, 16.12.2003 ve son olarak 17.07.2008 tarihinde gerçekleştirilen değişiklikler sonunda bugünkü şeklini alan bu yönetmelik, Çevre Kanunu’nun 10. maddesinde ÇED’in yürütülmesine ilişkin olarak öngörülen yükümlülüğün hayata geçirilmesine yönelik ayrıntılı hükümlere yer vermektedir. Çevresel Değerlendirme Yönetmeliği, Çevre Kanunu’nda benimsenen dar yaklaşımdan hareketle sadece proje düzeyinde ÇED’i düzenlemekte olup, stratejik çevresel değerlendirmeye ilişkin herhangi bir hükme yer vermemektedir. Türkiye’deki ÇED ve stratejik çevresel değerlendirme uygulamaları bağlamında değinilmesi gereken önemli bir husus da, Türkiye’nin Espoo Sözleşmesi’ne henüz taraf olmadığıdır.

2006 yılında değiştirilen Çevre Kanunu’nda stratejik çevresel değerlendirmenin tanımına yer verilerek stratejik çevresel değerlendirme ile ilgili usul ve esasların çıkarılacak bir yönetmelikte yer alacağını belirtilmesi, her ne kadar stratejik çevresel değerlendirmenin Türkiye’de de uygulanması yolunda çok önemli bir adım olsa da, stratejik çevresel değerlendirme yönetmeliğinin henüz kabul edilmediğini belirtmek gerekir. Bu bağlamda ülkemizde stratejik çevresel değerlendirme

mevzuatı mevcut değildir. Bununla birlikte, proje düzeyinde yürütülen ÇED'in ortaya çıkardığı eksikliklerin giderilmesi amacıyla stratejik çevresel değerlendirmenin Türk mevzuatına da aktararak uygulanmasına yönelik taleplerin son on yıldır daha da güçlü bir şekilde telaffuz edildiğini ifade etmek gerekir.⁷⁴ Stratejik çevresel değerlendirmenin ulusal mevzuata yansıtılmasına yönelik olarak ülkemizde Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından yürütülen çalışmalar ise, esas olarak AB Ulusal Uyum Programı'nda ÇED başlığı altında stratejik çevresel değerlendirme konusundaki gelişmelerin takip edileceği ve bu konuda gerekli çalışmaların yapılacağı taahhüdü ile başlamıştır.⁷⁵ Bu kapsamda yürütülen çalışmalar sonucunda ülkemizde iki pilot proje uygulanmıştır. Bunlardan ilki, *Çanakkale Merkezi ve Çevresi 1/25.000 ölçekli Çevre Düzeni Planı Revizyonuna SÇD Uygulaması Pilot Projesi'*dir. Hollanda Hükümeti ile ikili işbirliği kapsamında MATRA Programı'ndan desteklenen bu projede, stratejik çevresel değerlendirme ile ilgili başlangıç tartışmaları ve sorunlar ortaya konmuştur.⁷⁶ Bu projenin temel hedefi, kamu kurum ve kuruluşlarına stratejik çevresel değerlendirmeyi bir araç olarak tanıtmak ve stratejik çevresel değerlendirmeyi stratejik seviyede bir karar verme aracı olan planlama süreci içerisinde test etmektir. İkinci proje ise, *Türkiye için Taslak SÇD Yönetmeliği'nin Hazırlanması ve Uygulanması Projesi'*dir.⁷⁷ MATRA Programı çerçevesinde gerçekleştirilen bu proje kapsamında, AB Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi esas alınarak bir taslak SÇD yönetmeliği hazırlanmış ve bu yönetmelikle öngörülen süreç bir pilot proje ile test edilmiştir. Bu projeler, her ne kadar stratejik çevresel değerlendirmenin

⁷⁴ Karş. Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 214 vd.; Turgut, *Çevre Hukuku*, s. 477 vd.; Aydın, *Planlama 2003/1*, s. 23 vd.; Serter, *Çevresel Değerlendirme Sürecinin Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi ve Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) – Stratejik Çevresel Değerlendirme (SÇD) İlişkisi*, s. 37 vd.; Yücel/Peker-Say, *Avrupa Birliği Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönerge Taslağı ve Türkiye'deki Durum*, s. 2 vd.

⁷⁵ Türkiye'nin 19 Mart 2001'de açıklanan ilk ulusal programına http://www.khgm.gov.tr/AB/Ulusal_Program-2003%20t%C3%BCm%C3%BC.pdf linkinden erişmek mümkündür.

⁷⁶ Bu konuda ayrıca bkz. Aydın, *Planlama 2003/1*, s. 23 vd.; Serter, *Çevresel Değerlendirme Sürecinin Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi ve Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) – Stratejik Çevresel Değerlendirme (SÇD) İlişkisi*, s. 59 vd.

⁷⁷ Bu konuda daha ayrıntılı bkz. Serter, *Çevresel Değerlendirme Sürecinin Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi ve Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) – Stratejik Çevresel Değerlendirme (SÇD) İlişkisi*, s. 67 vd.; Aydın, *Planlama 2003/1*, s. 24.

Türkiye’de uygulanması konusunda önemli bazı hususların gün ışığına çıkması ve deneyimlerin kazanılması bakımında önemli katkılar sunmuşsa da, stratejik çevresel değerlendirmeye ilişkin usul ve esasları içeren bir yönetmeliğin kabul edilerek, stratejik çevresel değerlendirmenin ülkemizde uygulanmasına dayanak oluşturacak bir hukuiki zeminin oluşumunu sağlayamamıştır. Burada vurgulanması gereken diğer bir nokta ise, ulusal mevzuatını Avrupa Birliği Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi ile uyumlu hale getirmenin Avrupa Birliği’ne üyelik yolunda Türkiye’nin yerine getirmesi gereken şartlardan olduğudur. Nitekim Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne katılım Sürecine İlişkin 2009 Yılı İlerleme Raporu’nda da, Türkiye’nin ulusal hukukunu Avrupa Birliği Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi ile hala uyumlulaştırmadığından söz edilmektedir.⁷⁸ Öte yandan, Aralık 2009’da Türkiye’nin AB katılım müzakerelerinde çevre faslının açılmış olmasının, AB yönergesi ile uyumlu bir stratejik çevresel değerlendirme yönetmeliğinin hazırlanışını hızlandıracağını belirtmek yanlış olmayacaktır. Bu açıklamalar ışığında, stratejik çevresel değerlendirme süreci ile ilgili esas ve usullere ayrıntılı bir şekilde yer veren Avrupa Birliği Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi’nin içerdiği hükümleri esas alan ulusal bir düzenlemenin kabulünün, gerek ÇED’in ülkemizde yalnızca proje düzeyinde uygulanması nedeniyle ortaya çıkan ciddi bazı eksikliklerin giderilmesi gerekse de ulusal çevre mevzuatımızın Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlulaşması yolunda önemli bir adım teşkil edeceğini ifade etmek gerekir.

V. Sonuç

Stratejik çevresel değerlendirme, çevre hukukunun en önemli araçlarından biri olan ve proje düzeyinde yürütülen ÇED’in ileri bir aşaması olarak, önemli çevresel etkiler doğurması muhtemel belli politika, plan ve programlar hakkında bir çevresel değerlendirme yapılmasını temin ederek, üst düzeyde bir çevre korumasını sağlamak ve politika, plan ve programların hazırlanması ve kabulü aşamasına sürdürebilir kalkınma ilkesi doğrultusunda çevresel faktörlerin dâhil edil-

⁷⁸ http://www.stgm.org.tr/docs/12580204942009_Ilerleme_Raporu_Gayriresmi_Turkce_Tercume.pdf

mesine katkıda bulunmak üzere yürütülen bir değerlendirme sürecidir. Stratejik çevresel değerlendirme bir bakıma, yalnızca proje bazında uygulanan ÇED'in çevresel sorunlarla etkin bir mücadelede ortaya çıkardığı eksiklikleri gidermeye yöneliktir. Geniş kapsamlı bir çevresel değerlendirme sürecini içeren stratejik çevresel değerlendirme, karar alma mekanizmasını oluşturan sürecin ilk aşamasından itibaren uygulanmakta, çevrenin bütünsel bir yaklaşımla korunmasını sağlamakta, karar verme sürecindeki eşgüdümü güçlendirmekte ve kurumlar arası koordinasyonu destelemektedir. Stratejik çevresel değerlendirme ayrıca, ilgili planlama safhası için uygun bilgileri sağlamakta ve resmi makamlar ile halka bilgi ve konsültasyon yoluyla planlama sürecine katılım imkânı sunmaktadır. 27 Haziran 2001 tarihinde kabul edilen Avrupa Birliği Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi, stratejik çevresel değerlendirme uygulamasının gerek Avrupa Birliği düzeyinde gerekse Avrupa Birliği dışındaki birçok ülkede benimsenerek hayata geçirilmesinde çok önemli bir rol oynamıştır. Avrupa Birliği'nin bu yönergesi, bilhassa stratejik çevresel değerlendirme sürecine ilişkin esas ve usullere kapsamlı bir tarzda yer veren ilk düzenlemelerden biri olması ve stratejik çevresel değerlendirmenin uygulanmasına ilişkin en önemli uluslararası hukuk metni olan Espoo Protokolü'ne esas teşkil edip, bu protokolle çok büyük ölçüde benzer hükümlere yer vermesi nedeniyle önem taşımaktadır. 2006 yılında gerçekleştirilen değişikliklerle Çevre Kanunu'nda stratejik çevresel değerlendirmenin tanımına yer verilerek stratejik çevresel değerlendirme ile ilgili usul ve esasların çıkarılacak bir yönetmelikte yer alacağını belirtilmiş olmasına rağmen, ilgili yönetmelik henüz çıkarılmadığından Türkiye'de stratejik çevresel değerlendirme mevzuatının mevcudiyetinden söz etmek mümkün değildir. Avrupa Birliği Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönergesi'ni esas alan bir stratejik çevresel değerlendirme yönetmeliğinin kabulü bu bağlamda, hem ülkemizde sadece proje düzeyinde uygulanan ÇED'in çevresel sorunlarla etkin mücadelede doğurduğu eksikliklerin giderilmesi hem de Türkiye'nin Avrupa Birliği müktesebatının üstlenilmesine ilişkin ulusal programında ifade ettiği taahhütlerini yerine getirmesi bakımından büyük öneme sahiptir.

KAYNAKLAR

- Aydın, Mustafa: Stratejik Çevresel Değerlendirme (SÇD), Planlama 2003/1, s. 19 vd.
- Balla, Stefan: Der Umweltbericht in der Strategischen Umweltprüfung nach dem neuen UVPG, NuR 2006, s. 485 vd.
- Bertling, Mario: Strategische Umweltprüfung, Plan-UVP (<http://www.hfv-speyer.de/hill/Lehrangebot/Sommersemester-2005/Instrumente/Referate/Bertling,%20Mario/Seminararbeit.pdf>) (15.05.2010)
- Bundesamt für Umwelt: Strategische Umweltprüfung (SUP) für Pläne und Programme (http://www.bafu.admin.ch/uvp/01065/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp6I0NTU04212Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCFfYJ5gGym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--) (15.05.2010)
- Callies, Christian, *Europäischer Umweltschutz durch Verfahren I – Die Plan-UVP bzw. Strategische Umweltprüfung als Beispiel*. (http://www.jura.fu-berlin.de/einrichtungen/we3/professoren/ls_calliess/onlinebeitraege/Paper33-Berliner_Online-Beitraege.pdf) (15.05.2010)
- Dietrich, Björn / Au, Christian / Dreher, Jörg, *Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaften*, Berlin 2003
- Ennöckl, Daniel / Rachauer, Nicolas, *Kommentar zum UVP-G*, 2. Auflage, Wien 2006.
- Epiney, Astrid, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, 2. Auflage, Köln 2005.
- Erbguth, Wilfried / Schubert, Mathias, *Das Gesetz zur Einführung einer Strategischen Umweltprüfung und zur Umsetzung der Richtlinie 2001/42/EG (SUPG)*, ZUR 2005, s. 524 vd.
- Frenz, Walter, *Europäisches Umweltrecht*, München 1997.
- Ginzky, Harald, *Die Richtlinie über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme*, UPR 2002, s. 47 vd.
- Güneş, Ahmet M., *Biyolojik Çeşitliliğin Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Korunması*, *TBB Dergisi*, 2009, S. 85, s. 35 vd.
- Güneş, Ahmet M., *Almanya’da Çevresel Etki Değerlendirmesi Uygulaması*, *İÜHFİM*, 2008, C. LXVI, S. 1, s. 39 vd.

- Güneş, Ahmet M., *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie und seine Umsetzung in nationales Recht*, Aachen 2007
- Güneş, Yusuf / Coşkun, Aynur A., *Çevre Hukuku*, İstanbul 2004
- Hendler, Reinhard, *Zum Begriff der Pläne und Programme in der EG-Richtlinie zur Strategischen Umweltprüfung*, DVBl 2003, s. 227 vd.
- Hendler, Reinhard, *Das Gesetz zur Einführung einer Strategischen Umweltprüfung*, NVwZ 2005, s. 977 vd.
- Hendler, Reinhard, *Der Geltungsbereich der EG-Richtlinie zur Strategischen Umweltprüfung*, NuR 2003, s. 2 vd.
- Hoppe, Werner (Hrsg.), *Gesetz über Umweltverträglichkeitsprüfung*, 2. Auflage, Köln 2002
- Hoppe, Werner / Beckmann, Martin / Kauch, Petr, *Umweltrecht*, 2. Auflage, München 2000.
- Jans, H. Jan/ von der Heide, Ann-Katrin, *Europäisches Umweltrecht*, Groningen 2003
- Jarass, Hans D., *Grundstrukturen des Gesetzes über Umweltverträglichkeitsprüfung*, NuR 1991, s. 201 vd.
- Kloepfer, Michael, *Umweltschutzrecht*, München 2008.
- Kloepfer, Michael, *Umweltrecht*, 3. Auflage, München 2004.
- Kröger, Detlef / Klauß, Ingo, *Umweltrecht*, Berlin 2001.
- Peters, Heinz-Joachim / Surburg, Ulf, *Die Strategische Umweltprüfung bei Plänen und Programmen* (http://www.bpi-consult.de/bpidoc/Strategische_Umweltpruefung.pdf) (15.05.2010)
- Peters, Heinz-Joachim, *Die Strategische Umweltprüfung und ihre Auswirkung auf die planungsrechtliche Systematik*, KommJur 2005, s. 245 vd.
- Peters, Heinz-Joachim / Balla, Stefan, *Die Vorprüfung des Einzelfalls zur Feststellung der SUP-Pflicht*, ZUR 2006, s. 179 vd.
- Pietzcker, Christoph / Fiedler, Jost, *Die Umsetzung der Plan-UP-Richtlinie im Bauplanungsrecht*, DVBl 2002, s. 929 vd.
- Sangenstedt, Christof, *Vorstellung und Bewertung der Richtlinie der EG zur Strategischen Umweltprüfung*, in: Reiter, Sven (Hrsg.), *Neue Wege in der UVP*, Bonn 2001.
- Saygılı, Abdurrahman, *Çevre Hukuku Açısından Çevresel Etki Değerlendirmesi*, Ankara 2007.
- Saygılı, Abdurrahman, *Avrupa Birliği'nin Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönergesi'ne Kısa Bir Bakış*, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 2004, C. 3, S. 2, s. 65 vd.

- Schink, Alexander, *Umweltprüfung für Pläne und Programme - Anwendungsbereich der SUP-Richtlinie und Umsetzung in deutsches Recht*, NVwZ 2005, s. 615 vd.
- Schink, Alexander, *Umweltprüfung für Pläne und Programme - Verfahrensanforderungen*, NuR 2005, s. 143 vd.
- Schmidt, Reiner / Kahl, Wolfgang, *Umweltrecht*, 7. Auflage, München 2006.
- Serter, Gencay, *Çevresel Değerlendirme Sürecinin Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi ve Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) - Stratejik Çevresel Değerlendirme (SÇD) İlişkisi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2005.
- Sparwasser, Reinhard / Engel, Rüdiger / Voßkuhle, Andreas, *Umweltrecht*, 4. Auflage, Heidelberg 2003.
- Stöglehner, Gernot / Wegerer, Gerald, *Die Strategische Umweltprüfung - Ein Planungsinstrument in der Raumordnung?*, DISP 2004, s. 52 vd.
- Stürer, Bernhard, *Strategische Umweltprüfung in der Verkehrswegeplanung, Landes- und Regionalplanung*, UPR 2003, s. 97 vd.
- Surburg, Ulf, *Die neue EU-Richtlinie über die Strategische Umweltprüfung und deren Auswirkung auf die Verkehrsplanung, Straßenverkehrstechnik* 2002, s. 537 vd.
- Töllner, Andrea, *Anwendungsbereich und Umsetzung der Plan-UVP-Richtlinie*, Berlin 2004
- Turgut, Nükhet Y., *Çevre Politikası ve Hukuku*, Ankara 2009.
- Turgut, Nükhet, *Çevre Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2001.
- Wolf, Joachim, *Umweltrecht*, München 2002 .
- Yücel, Muzaffer / Peker-Say, Nuriye, *Avrupa Birliği Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönerge Taslağı ve Türkiye'deki Durum* (<http://ekutuphane.cmo.org.tr/pdf/732.pdf>) (15.05.2010)

BİR HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK HABER VERME HAKKININ YAZILI BASIN YOLUYLA İŞLENEN HAKARET SUÇLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

STUDY UPON THE RIGHT TO IMPART INFORMATION AS A
GROUND FOR JUSTIFICATION IN THE CONTEXT OF THE CRIME OF
DEFAMATION COMMITTED THROUGH PRINT MEDIA

Sinan BAYINDIR / Özge APİŞ*

Özet: Çalışmamızın konusu, 5237 sayılı TCK'nın, "Şerefe Karşı Suçlar" başlığı altında ve 125. maddesinde düzenlenmiş bulunan "hakaret suçu"dur.

Çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde hakaret suçunun genel yapısı, ikinci bölümde ise, hukuka uygunluk nedeni kavramı ve özellikle de yazılı basın yoluyla işlenen hakaret suçlarında "Haber Verme Hakkı" ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nda yer alan cezai sorumluluğun esas ve türü üzerinde durulmuştur. Bu anlamda, basın özgürlüğü ve basının görevlerine de kısaca değinmek bir zorunluluk olmuş, ilgili oldukça anlatılan hususlara ilişkin Yargıtay kararlarına da yer verilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Hakaret suçu, basın özgürlüğü, Basın Kanunu.

Abstract: The Subject of our study is "crime of defamation" provided under the title of "Crimes Against Honor" in Turkish Penal Code No 5237, Article 125.

Our study consists two parts: In the first part, the overall structure of the crime of defamation was examined; in the second part the concept of justification, particularly "Right to Impart Information" with regard to crimes of defamation committed through print media and principles and varieties of the criminal liability under our Press Law No. 5187 are analyzed. In this sense, freedom and duty of the press are also needed to be briefly discussed; and decisions of

* Dr., İstanbul Aydın Üniversitesi.

* Marmara Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Ana Bilim Dalı araştırma görevlisi.

the Court of Cassation were referred so far as they are related.

Keywords: crime of defamation, freedom of the press, media law.

I. HAKARET SUÇU

1. Genel Olarak

Hakaret suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 125-131. maddelerinde “Şerefe Karşı Suçlar” başlığı altında sekizinci bölümde düzenlenmiştir. Buna göre;

“(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilâl ederek işlenmesi gerekir.

(2) Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur.

(3) Hakaret suçunun;

a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı,

b) Dinî, siyasî, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı,

c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle,

işlenmesi hâlinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

(4) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/15 md.) Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda biri oranında artırılır.

(5) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/15 md.) Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturulan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır.”¹

¹ 765 sayılı TCK'da hakaret ve sövme fiilleri iki ayrı maddede düzenlenmişti. Eski kanunumuzun hakaret suçunu düzenleyen 480. maddesine göre, “Her kim, toplu

Belirtelim ki 5237 sayılı TCK'da bu suçla benzerlik gösteren başka suçlar da mevcuttur. Örneğin TCK m. 216, 299, 300, 301. maddelerinde düzenlenen suçlar bu suçla benzerlik göstermekle beraber, gerek korunan hukuki değer gerekse maddi unsurları yönünden farklılık arz eder. Esasen kişilere karşı hakaret teşkil etmeyen bu suçlar daha çok devletin kişiliğine ve devlet idaresine karşı işlenen suçları düzenlemektedir.² Oysa, şereften başka bir takım değerlere tecavüz niteliğini taşıyan özel tahkir suçlarından farklı olarak hakaret suçu, sadece insan şerefini ihlal etmesi dolayısıyla genel tahkir suçu olarak tanımlanır.³

Hakaret suçu açısından bir başka özel düzenleme de 20.07.1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanun'dur. Atatürk'ün hatırasına karşı gerçekleştirilen tahkir edici fiiller, 5816 sayılı Kanun'un 1. maddesinde düzenlenmiştir.⁴

Maddede;

"Atatürk'ün hatırasına alenen hakaret eden veya söven kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Atatürk'ü temsil eden heykel, büst ve abideleri yahut Atatürk'ün kabrini tahrip eden, kıran, bozan veya kirleten kimseye bir yıldan beş yıla kadar ... hapis cezası verilir" denilmektedir.

veya dağılık ikiden ziyade kimse ile ihtilat ederek diğer bir şahıs hakkında bir madde mahsusaya tayin ve isnadı suretiyle halkın hakaret ve husumetine maruz kılacak yahut namus ve haysiyetine dokunacak bir fül isnat ederse, üç aydan üç seneye kadar hapis ve yüzbin liradan birmilyon liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur." Sövme suçunun düzenlendiği 482. maddeye göre ise, "Her kim, toplu veya dağılık ikiden ziyade kimse ile ihtilat ederek her ne suretle olursa olsun bir kimsenin namus veya şöhret veya vakar ve haysiyetine taarruz eylerse üç aya kadar hapis ve ellibin liradan beşyüzbin liraya kadar ağır para cezasıyla mahkum olur." denilmektedir.

² Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yay., 17. Bası, Ekim 2004, s. 271.

³ Yenidünya, Ahmet Caner / Alşahin, Mehmet Emin, "Bireyin Şerefine Karşı Suçlar", *TBB Dergisi*, Sayı 68, Ocak-Şubat 2007, s. 43.

⁴ Gündel, Ahmet, *Atatürk'e, Cumhurbaşkanına, Cumhuriyet'e, Hükümet'e Hakaret Suçları ile Yasadışı Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Davaları*, Seçkin Yay., Ankara 1997, s. 15.

Hakaret suçunun bu özel şeklinin soruşturulması ve kovuşturulması 125/1. maddenin aksine, şikayete tabi değildir; soruşturma re'sen yapılır⁵ (m. 3).

Biz bu çalışmamızda sadece “Şerefe Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiş olan hakaret suçu açısından konuyu ele alacağımız için ayrıntılı açıklamalara yer vermiyoruz.

2. Korunan Hukuksal Değer

Kişinin onur ve şerefi, Anayasamızın 17/1. maddesindeki, “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” hükmüyle Anayasal güvence altına alınmış bulunmaktadır.

Bu anlamda, Anayasa ile güvence altına alınan, kişilerin ve toplumun değer attığı varlıkların, bunları tehlikeye sokan ya da bu değerlere zarar veren eylemlere karşı yasalarda suç olarak düzenlenmek suretiyle korunması da söz konusu olmaktadır.⁶ Bu varlık yahut değerler, hayat, sağlık, vücut ve mal gibi maddi bünyeli olabileceği gibi manevi nitelikli de olabilir. Kişinin manevi varlığı da şereftir.⁷

Her ne kadar tüm dünyada hakaret eylemlerinin suç olmaktan çıkarılması eğilimi varsa da hakaret suçunun cezalandırılması, insanın kişiliğinin maddi ve manevi değerlerden oluşan bir bütün olduğunun kabul edilmesi ve bu suretle yasa koyucunun kişinin manevi değerlerine yapılacak saldırıları da şerefe karşı suçlarla koruması gerektiği düşüncesinden kaynaklanmaktadır.⁸ Zira insanın insan olmasından kaynaklı olarak, kendisine saygı duyulmasını isteme hakkı vardır ve devlet bu hakkı, söz konusu cezai hükümlerle güvence altına almaktadır.⁹

⁵ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s. 335 vd.

⁶ Erol, Çetin, *Açıklamalı-İçtihatlı Basın Kanunu (Basın ve Radyo Televizyon Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırılarından Doğan Sorumluluk, TCK ve Terörle Mücadele Yasasındaki Basın Yoluyla İşlenen Suçlar, Medya Mevzuatı)*, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s. 223.

⁷ Erem, Faruk / Toroslu, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2003, s. 422.

⁸ Yaşar, Osman, Gökcan, Hasan Tahsin, Artuç, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt III, Madde 86-146, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 3897.

⁹ Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı Suçlar*, Cilt: I, Beta Yay., 2007, s. 211.

Hakaret suçuyla korunmak istenen hukuksal değer, esasen şeref ve sosyal saygınlıktır. Sosyal saygınlık, “şeref” olmakla birlikte, şeref kavramına nasıl bir anlam verileceği hususunda tartışmalar söz konusudur.

“Subjektif (füli/iç) şeref” kavramından bir sonuca varmaya çalışan yazarlara göre şeref, kişinin kendisinin şerefli olduğu hususunda beslediği iyi duygu iken, “objektif (normatif/dış) şeref” kavramından bir sonuca varmaya çalışan yazarlara göre ise şeref, insanın insan olmasından kaynaklı olarak sahip olduğu ve başkalarının buna saygı göstermesini gerektiren değerdir.¹⁰ Aslında, şeref kavramının ne sadece subjektif ne de sadece objektif bir anlamının olduğunu söylemek mümkündür. Şeref kavramı, karma bir niteliğe sahip olup, kişinin hem kendisi hakkında hem de başkalarının onun hakkındaki kanaatlerini içeren bir kavramdır.¹¹ Madde gerekçesinde de hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer, kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığı olduğu belirtilmiştir. Nitekim suçun “Şerefe Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiş olması da suçla korunan hukuki değer, mağdurun şerefi olduğunu göstermektedir.

Bu anlamda, Türk Ceza Kanunumuz, “onur, şeref ve saygınlık” terimlerinden bahsetmek suretiyle hem iç hem de dış şerefi korumayı amaçlamıştır.¹²

3. Suçun Faili ve Mağduru

Suçun faili herkes olabilir. Çünkü Kanunu’nun 125. maddesinde, bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte so-

¹⁰ Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Önok, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin, Ankara 2008, s. 439.

¹¹ Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 221-222.

¹² Artuk/Gökçen/Yenidünya, *TCK Şerhi*, s. 3054.

Belirtmek gerekir ki, şeref kavramı, subjektif ve objektif olmak üzere iki şekilde değerlendirilebilir. Subjektif şeref, kişinin kendi onuruna yönelik olarak beslediği olumlu kanaat iken, objektif şeref, başkalarının o kimse hakkındaki düşüncelerini ifade eder. Bu anlamda 5237 sayılı TCK, “onur ve şeref” kavramından söz etmekle, subjektif şerefi, “saygınlıktan” söz etmekle, objektif şerefi korunmak istemiştir. Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 221-222.

mut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişiden söz edilmektedir.¹³

Tüzel kişilerin ise suçun faili olmaları mümkün değildir. Eğer tüzel kişilik bünyesinde işlenen böyle bir suçun varlığı söz konusuysa, cezai sorumluluk, Ceza Kanunumuzun 20. maddesinde düzenlenen cezaların şahsiliği prensibi gereği, suç teşkil eden eylemi işleyen gerçek kişiye aittir.¹⁴

Ölmüş bir kişinin geriye bırakmış olduğu vasiyetname yoluyla bir başkasına hakarete bulunmuş olması ihtimalinde, mirasçıların hakaret suçundan sorumlu tutulup tutulamayacağı akla gelse de yine cezaların şahsiliği prensibi gereği, böyle bir ihtimalin söz konusu olması mümkün değildir.¹⁵ Fakat ölen tarafından yazılıp da bu yazının başkaları tarafından yayınlanması hali dışında, ölen kimsenin mirasçılarından tazminat talep edilmesi, bir başka ifadeyle bu kişilere karşı hukuk davası açılması mümkündür.¹⁶

Basın yoluyla hakaret suçunun işlenmesi halinde ise, ileride ayrıntılı bir şekilde açıklanacağı üzere, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca cezai sorumluluk kural olarak eser sahibininindir. Fakat istisnai durumlarda, süreli yayınlarda sorumlu müdür ya da sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili, süresiz yayınlarda ise yayımcı ve basımcının sorumluluğu gündeme gelebilmektedir.¹⁷

Suçun mağduru, herhangi bir kişidir. Mağdurun bazı sıfatları haiz olması suçun nitelikli halinin uygulanmasını gerektirecektir.¹⁸ Keza mağdurun Cumhurbaşkanı olması halinde olduğu gibi, mağdurun sıfatının özellik arz etmesi halinde 125. maddenin değil 299. maddenin uygulanması gerekecektir.¹⁹ Çocuklar ve akıl hastaları da, bu kişiler tarafından algılanıp hissedilmese dahi, yalnızca insan olmaları

¹³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *TCK Şerhi*, s. 3062.

¹⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *TCK Şerhi*, s. 3062.

¹⁵ Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 222.

¹⁶ Erem/Toroslu, s. 423-424.

¹⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 441.

¹⁸ Malkoç, İsmail, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, 3. Bası, Malkoç Kitabevi, 2008, I. Cilt, s. 1095.

¹⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *TCK Şerhi*, s. 3063.

rı nedeniyle tanınan değere sahip olan herkes gibi bu suçun mağduru olabileceklerdir.²⁰ Hatta onur kırıcı bir suçtan mahkum olan ve “şerefsiz” diye nitelendirilen bir kişi de bu suçun mağduru olabilecek ve bu kimsenin de korunmaya değer bir şerefının olması dolayısıyla, 125. maddenin sağladığı korumadan yararlanabilecektir.²¹ Gerek hırsıza hırsız, katile katil demek gerekse de hırsıza katil ya da dolandırıcı demek geniş anlamda hakaret, dar anlamda ise sövme olarak nitelendirilebilecektir. Zira aksinin ispatı mümkün olmayan isnatlarda hakaret değil, sövme söz konusudur. Kendisine “hırsız” isnadında bulunulan kimsenin, nerede ve ne zaman bu hırsızlığı yaptığı belirtilmiş olmalıdır ki, hırsız olmadığını ispat edebilsin.²²

Mağdurun belli veya belirlenebilir kişi veya kişiler olmayıp belli bir etnik grup veya bölgenin hedef alınması suretiyle işlenmesi halinde TCK m. 213- 217’de yer verilen suçların oluşup oluşmayacağını değerlendirilmesi gerekir.²³

Ölülerin bu suçun mağduru olmaları mümkün değildir; koşulları varsa Ceza Kanunu’nun 130. maddesinde düzenlenmiş bulunan “Kişinin Hatırasına Hakaret” hükümlerini uygulamak gerekir.²⁴

Eğer mağdur bir kamu görevlisiyse ve hakaret suçu bu kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmişse, Kanunu’nun 125/3. maddesine göre, bu durum cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir haldir.²⁵

Hakaret suçunun mağduru açısından değinilmesi gereken diğer bir nokta, bu suçta mağdurun belirli veya belirlenebilir olması gerektiğidir. Fakat mağdurun kimliğinin açıkça belirtilmesine ihtiyaç yoktur.²⁶ Bu anlamda, hakaret teşkil eden fiilin kime yöneldiğinin anlaşılmasında tereddüt varsa, hakaret suçunun işlendiğinden bahsedilemeyecektir.²⁷ Fakat mağdurun ismi açıkça belirtilmemiş ol-

²⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 441.

²¹ Çetin, *Açıklamalı-İçtihatlı Basın Kanunu*, s. 224.

²² Erem/Toroslu, s. 429.

²³ Malkoç, s. 1096.

²⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 442

²⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *TCK Şerhi*, s. 3064.

²⁶ Yenidünya/Alşahin, s. 48.

²⁷ Şen Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt: 1 Madde 1-140, Vedat Kitapçılık, İs-

makla beraber, kim olduğu anlaşılabilirse, suç oluşacaktır. Dolayısıyla, örneğin mağdurun isminin sadece baş harflerinin veya herkesçe tanınmış bir lakabının yahut özelliklerinin belirtilmesi, mağdurun belirlenmesi anlamına gelir ve hakaret suçu oluşur.²⁸ Mağdurun belirlenmesini sağlayan imaların sadece muhatap tarafından bilinebilecek özellikleri ifade etmesi halinde dahi yine suçun oluştuğunun kabulü gerekir.²⁹

Nitekim 5237 sayılı Kanunu'nun 126. maddesinde, "*Hakaret suçunun işlenmesinde mağdurun ismi açıkça belirtilmemiş veya isnat üstü kapalı geçirilmiş olsa bile, eğer niteliğinde ve mağdurun şahsına yönelik bulunduğu duraksanmayacak bir durum varsa, hem ismi belirtilmiş ve hem de hakaret açıklanmış sayılır.*" denilerek mağdurun belirlenmesine yönelik bir karineye yer verilmiştir.

Suçun bir topluluğa karşı işlenmesi halinde (kollektif hakaret), bu topluluğun tüzel kişiliği olup olmadığına göre ayırım yapmak gerekecektir.

Eğer bu topluluğun tüzel kişiliği yoksa topluluk ne kadar geniş olursa, mağdurun tespiti de o kadar imkansızlaşacağından, suçun oluşabilmesi için ilgili kişi topluluğunun açıkça sınırlandırılmış ve belirlenmiş olması gerekmektedir.³⁰

Örneğin, "*avukatlar yalancısıdır*" ibaresi hakaret suçunu oluşturmazken, belirli bir okulun öğretmenlerine, belirli bir futbol takımının futbolcu, yönetici ve teknik heyetine yönelik hareketlerde suç oluşur ve kişi topluluğunu oluşturan kişilerden her biri fail hakkında şikayetçi olabilir.³¹ Şu halde, "*avukatlar yalancısıdır*" örneğinde, somut olarak avukat kişi/kişiler hedef alınmaksızın, salt beyan biçiminde ifadeler kullanılması halinde, suç oluşmayacaktır.³²

tanbul 2006, s. 550.

²⁸ Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 2. Cilt, Madde 72-145, Seçkin Yay., Ankara 2008, s. 1919.

²⁹ Donay, Süheyl, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Beta Yay., İstanbul 2007, s. 202.

³⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 442; karşı görüş için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 224.

³¹ Parlar/Hatipoğlu, s. 1920.

³² Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3904.

Söz konusu bu durumun tam tersi halinde de suç oluşturmayacaktır. Başka bir ifadeyle, bir eylemin hakaret sayılması için bir kimse ya da belirlenebilir kimselere yönelik olması gerektiğinden, eylem hakaret niteliğinde olsa da hiç kimseye yöneltilmemişse suç oluşmayacaktır. Örneğin, bir kimsenin ortalık bir yerde alkollü olarak alenen sövmesi, hakaret suçunu oluşturmayacaktır.³³

Halkın bir kesimini oluşturan sayısı belirsiz bir topluluğun sosyal sınıf, ırk, din mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak aşağılanması söz konusu ise, Ceza Kanunu'nun 216/2. fıkrasının uygulanması söz konusu olacaktır.³⁴

Eğer topluluğun tüzel kişiliği varsa, suç tüzel kişiye karşı da işlenebilmelidir. Çünkü mağdur olabilmek için şahsiyet sahibi olmak yeterli olup ayrıca bir de cezai sorumluluk sahibi olmaya gerek yoktur.³⁵ Olanaksız olan tüzel kişinin fail olmasıdır. Bu açıdan tüzel kişinin fail olamaması mağdur olmasını engellemektedir.³⁶

765 sayılı eski Ceza Kanunu'nun 483/2. fıkrasında, "*Adli veya siyasi veya mülki veya askeri bir heyet veya siyasi bir parti yahut amme menfaatine hadim bir cemiyet veya müesseseye tecavüz ve hakarete bulunanlar, fülhlerinin mahiyetine göre 480 veya 482 nci maddelerde yazılı cezalarla cezalandırılırlar.*" hükmü yer almıştır.

Bu anlamda 765 sayılı Kanun'a göre, tüzel kişiliğe sahip bulunan siyasal partiler, kamu yararına hizmet eden müesseseler suçun mağduru olabilecektir. Fakat Yargıtay bu dönemde maddede gösterilenler dışındaki tüzel kişilerin de hakaret suçunun mağduru olabileceğine ilişkin hükümler vermiştir.³⁷

³³ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3910.

³⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 10. Baskı, Ankara 2010, s. 383.

³⁵ Özen, Mustafa, "*Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi*", http://baroport.barobirlik.org.tr/App_Themes/Dergi/2008-75-402.pdf, Erişim, (Erişim Tarihi:13.04.2010).

³⁶ Özbek, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı*, Cilt 2, Özel Hükümler (Madde 76-169), Seçkin Yay., s. 861.

³⁷ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s. 283-284 vd., Aksi yönde, "...suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK 483/2 maddesinde hakaret suçunun mağduru olabilecek tüzel kişilerin sınırlı olarak sayıldığı, bunlar arasında kamu yararına çalışan dernek ve kuruluşlar dışında özel hukuk tüzel kişilerinin bulunmadığı, çalışan personelin he-

5237 sayılı Ceza Kanunu'nda ise 125. maddenin 5. fıkrasında, "Kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturan üyelerle karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır." düzenlemesine yer vermiştir.

Bu durumda 5237 sayılı Kanun'un 125/5. maddesi, 765 sayılı Ceza Kanunu'nun 483/2. fıkrasına göre daha geniş bir düzenleme getirmiştir. Dolayısıyla, 483/2. maddede yer alan adli heyet, siyasi heyet, mülki heyet ve askeri heyet yanında örneğin, disiplin kurulu, adalet komisyonu gibi kurullar da 125/5. maddesi kapsamında düşünülebilir.³⁸ Ancak burada adı geçen kurullardan, 301. maddede yer verilen kurulların dışında kalan kurulların anlaşılması gerekir.³⁹

Fakat halihazırdaki bu düzenlemeden tüzel kişilerin suçun mağduru olabileceği gibi net bir sonuç çıkarılamasa da kanımızca, tüzel kişilerin hakaret suçunun mağduru olabilmesi mümkün kılınabilmeli ve 125. maddenin 5. fıkrasına bu konuda açık bir hüküm getirilmelidir.

4. Suçun Unsurları

a. Suçun Maddi Unsuru

765 sayılı Ceza Kanunu'nda hakaret ve sövme suçları bağımsız birer suç olarak kabul edilmiş ve farklı maddelerde düzenlenmişken, 5237 sayılı Kanunu'nda, iki suç tipi 125. madde dahilinde suçun seçimlik hareketleri olarak tanımlanmışlardır.⁴⁰ Bu anlamda, hakaret suçu seçimlik hareketli bir suç olup, kanuni tipteki somut bir fiil veya olgu isnat etmek ya da sövmek suretiyle onur, şeref ve saygınlığa saldırmak fiillerinin gerçekleştirilmesiyle tamamlanacaktır.⁴¹

def alınması nedeniyle anılan vakfın suçtan doğrudan zarar görmediği de gözetilmeden..." denilmek suretiyle her türlü tüzel kişiliğin bu suçun mağduru olamayacağı ifade edilmiştir. Yarg. 4. CD, 27.11. 2007, 6074/10037, bkz. Malkoç, s. 1111.

³⁸ Özbek, s. 862.

³⁹ Malkoç, İsmail; s. 1101.

⁴⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3907.

⁴¹ Yenidünya/Alşahin, s. 43.

5237 sayılı Ceza Kanunu'nun, 765 sayılı Kanun'dan farklı olarak, suç ister hakaret etmek suretiyle ister sövme suretiyle işlenmiş olsun, hakaretin sövmeye oranla daha ağır bir fiil olmasına rağmen, verilecek cezanın aynı olacağı yönünde bir düzenleme getirmiştir. Bu anlamda, hakaret ve sövme cezalandırılırken, yargıç cezayı somut olaya göre belirleyecek, 61. maddedeki kriterleri araç olarak kullanacaktır.⁴² Öyle ki somut bir fiil ya da olgunun isnadı halinde cezanın alt sınırından daha fazla ayrılmak gerekecektir.⁴³

aa. Somut Bir Fiil veya Olgu İsnat Etme

Ceza Kanunu'nun 125. maddesinin 1. fıkrasına göre, "*Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ... kişi ... cezalandırılır.*"

Suçun oluşmasını sağlayan bu seçimlik harekette, hakaretin varlığı için, fiil veya olgunun varlığı yeterli olmayıp, aynı zamanda bu olgu ve fiilin somut olması da gerekir.⁴⁴ Yargıtay bu durumu, "*belirli bir olayı yükleme niteliğinin*" varlığının bulunması olarak açıklamaktadır.⁴⁵

Bir başka ifadeyle, fiilin somut sayılabilmesi için, şahsa, konuya, yer, zaman yahut şekle ait bir takım unsurların açıklanmış olması gerekir.⁴⁶ Fakat bu unsurların hepsinin teker teker açıklanmış olmasına gerek olmayıp, hakaret konusu fiil veya olgunun somutlaştırılmasına yetecek miktarda açıklık bulunması yeterlidir.⁴⁷ İsnat edilen fiilin, bir mahkeme kararı gibi olayın bütün inceliklerini ve ayrıntılarını belirtmiş olması aranmaz.⁴⁸

Örneğin, bir kimseye "*hırsız, sahtekar*" denilmesi, somut bir olgu belirtmediğinden, burada sövme suretiyle hakaret suçu işlenmiş olur.

⁴² Yurtcan, Erdener, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, Kazancı Yay., İstanbul 2004, s. 248.

⁴³ Malkoç, s. 1096.

⁴⁴ Parlar/Hatipoğlu, s. 1920.

⁴⁵ Özbek, s. 863.

⁴⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 3054.

⁴⁷ Parlar/Hatipoğlu, s. 1921.

⁴⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 10. Bası, Ankara 2010, s. 374.

Fakat, “*hırsız, babanın evinden paralarını çaldın*” şeklinde bir ifade kullanılması halinde ise, somut bir fiil veya olgu isnat etmek suretiyle hakaret suçu oluşur.⁴⁹

Bu anlamda, somut bir fiil veya olgu, doğruluğu veya yanlışlığı tartışılabilir, ortaya çıkartılabilecek nitelikteki fiil veya olgulardır.⁵⁰ Bu somut fiil veya olgunun geçmişte meydana gelmiş yahut şimdiki zamanda meydana geliyor olması gerekir. İleride gerçekleşecek olaylarınsa, şimdiki zamanda gerçekleşen olaylarla bağlantısı kurulabiliyorsa, somut bir fiil isnadının varlığı kabul edilecektir.⁵¹ Örneğin, bir kimseye, “*bu kadın boşanırsa, evine komşusu A’yi alır ve onunla zina eder*” denirse, bu somut olgu isnadından çok sövme eylemini oluşturur.⁵²

Son olarak belirtmeliyiz ki, adı geçen bu isnat konusu somut fiil veya olguların doğru olup olmaması yahut bir suç olup olmaması önemli değildir.⁵³ Fakat, isnat edilen bu olay ya da olguların suç olup olmaması, 5237 sayılı Kanunu’nun 127. maddesi dahilinde, isnadın ispatı halinde ceza verilmesine engel olması bakımından önem taşıyabilmektedir.⁵⁴

Ayrıca, mağdur hakkında daha önceden mahkumiyet hükmü verilmiş olduğu durumlarda, bu mahkumiyet hükmünden dolayı, somut bir fiil isnadı halinde de hakaret suçu oluşacaktır.⁵⁵ Bu anlamda, kesin hükümle sonuçlanmış bir davayla, işlendiği sabit görülen fiilden bahisle kişiye basın yoluyla hakaret edilmesi halinde de cezaya hükümlenacaktır. Meğerki haber verilirken haber verme hakkının sınırları içinde kalınmış olsun. Burada amaçlanan daha önceki bir mahkumiyetten hareketle kişinin sürekli gündeme getirilerek, gereksiz yere küçük düşürülmesinin önlenmesidir.⁵⁶

⁴⁹ Parlar/Hatipoğlu, s. 1921.

⁵⁰ Özbek, s. 864.

⁵¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *TCK Şerhi*, s. 3055.

⁵² Yaşar/Gökçen/Artuç, s. 3907.

⁵³ Meran, Necati, 3056, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yay., 2. Bası, Ankara 2007, s. 645.

⁵⁴ Yaşar/Gökçen/Artuç, s. 3907.

⁵⁵ Erem/Toroslu, s. 426.

⁵⁶ Malkoç, s. 1138.

Keza hakkında yürütülen soruşturma sonucu takipsizlik kararı, düşme veya beraat kararı verilen kişiye soruşturma veya kovuşturma konusu fiilden bahisle hakaret edilmesi halinde de fail cezalandırılacaktır.⁵⁷

Belirtelim ki somut bir fiil veya olgu isnadı failin huzurunda olabileceği gibi failin gıyabında başka kişilerle ihtilat etmek suretiyle de gerçekleşebilecektir. TCK m. 125-1/son'da "*...mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için failin en az üç kişi ile ihtilat ederek gerçekleşmesi gerekir.*" denilmiştir.

5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'daki düzenlemeden farklı olarak "*ikiden ziyade*" ibaresi yerine "*en az üç kişi*" ifadesi kullanılmıştır. Ayrıca eski düzenlemede yer verilmiş olan "*toplu ya da dağıntık*" ibaresine de yer verilmemiştir.⁵⁸ Maddede ihtilatın şekline yer verilmemiştir.⁵⁹ İhtilat, sözlük anlamı itibarıyla karşılıklı görüşme anlamına gelmektedir.⁶⁰ Somut olayda ihtilat unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin her türlü delille ispatı mümkündür.⁶¹ İhtilat, ya söylenen sözlerin en az üç kişinin duyabileceği bir ortamda sarf edilmesi ile veya aynı isnadın değişik zamanlarda farklı kişilere söylenmesi ile oluşabilir.⁶² İhtilat unsurunun gerçekleşmesi için failin diğer kişilerle yüz yüze gelmesi şart olmayıp, isnadı teknik iletişim araçlarıyla diğer kişilere ulaştırması halinde ihtilat şartı gerçekleşmiş olacaktır.⁶³

Bu konuda son olarak belirtelim ki ihtilat ve aleniyet kavramları farklı kavramlardır. Maddede ihtilat gıyapta hakaretin bir unsuru olarak kabul edilmişken; aleniyet suçun bir nitelikli halini oluşturmaktadır.

⁵⁷ Malkoç, s. 1138.

⁵⁸ Donay, s. 198.

⁵⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 403.

⁶⁰ *Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük*, Ankara 2005, s. 943.

⁶¹ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s. 281.

⁶² Malkoç, s. 1097.

⁶³ Malkoç, s. 1097.

bb. Sövmek Suretiyle Onur, Şeref ve Saygınlığa Saldırmak

Ceza Kanunu'nun 125. maddesinin 1. fıkrasında yer verilen bir diğer seçimsiz hareket, "...sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırılması"dır.

Sövme, her hangi bir somut fiil ya da olgu isnat etmeksizin, şeref ve haysiyeti rencide eden, kişiyi aşağılayan, hor gören, inciten isnatlardır.⁶⁴ Sövme suretiyle suçun işlenmesi halinde, "alçak", "terbiyesiz", "sahtekar", "frençili", "kör", "psikopat" gibi kişinin bir vasfını, kötü bir niteliğini, huyunu veya bedeni arızası ya da bir hastalığın izafe edilmesi şeklindeki sözlerin⁶⁵ yahut yazı, işaret veya müstehcen bir el hareketi gibi türlü fiillerin varlığı söz konusudur.⁶⁶

Belirtelim ki sarf edilen sözlerin salt olarak kaba ve nezaketsiz olması hakaret suçun oluşumu açısından yeterli olmayıp, söz konusu sözlerin kişinin onur ve saygınlığını incitecek sözler olması gerekir.⁶⁷

Sövme suçuna konu olan bu söz ya da hareketlerin sövme vasfı taşıyıp taşımadığı hususunda tereddüde düşüldüğü durumlarda ise, kullanılan sözcük veya sözlerin ya da hareketlerin, fiilin gerçekleştiği bölgedeki anlamları araştırılmalı, bu sözler, örf ve adet kuralları, bölgesel özellikler, fiilin işlendiği andaki şartlar gibi unsurlar açısından değerlendirilmelidir.⁶⁸

Öte yandan, yaralama kastının bulunmadığı durumlarda, tahkir edici bir niteliğe sahip olmasından dolayı, tokat atmanın sövme olarak kabul edilebileceğini de belirtmek gerekir.⁶⁹

⁶⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, s. 3056.

⁶⁵ Parlar/Hatipoğlu, s. 1922.

⁶⁶ Yenidünya/Alşahin, s. 52.

⁶⁷ Yargıtay bir kararında ... "İlçe Seçim Kurulu'nda görevli olup, seçimde kullanılan eşyaları asansörle taşıyan sanığın, asansörde bulunan yakınanlara yük taşıyacağım, asansörden inin dediği yakınanların inmeyerek kapıyı kapatmasını istediklerinde, sanığın bir kaç adım yürüyemiyorlar diyerek ısrar etmesi üzerine, yakınanların hakim olduklarını hatırlatmalarına karşın sanığın, 'hakim ise hakim ne olacak biz yük taşıyoruz' şeklinde söylenmesi biçimindeki eylemlerinin kaba ve nezaketsiz davranış olmakla birlikte, yakınanların onur şeref ve saygınlıklarını inciten veya küçük düşüren haksız saldırı niteliğinde bulunmadığı gözetilmeden mahkumiyet tesis edilmesi bozmayı gerektirmiştir." şeklinde hüküm kurmuştur. Malkoç, s. 1104.

⁶⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, s. 3056.

⁶⁹ Özbek, s. 865.

Son olarak, “Allah belanı versin”, “cezanı versin” şeklindeki ve beddua niteliğindeki ifadelerin sövme vasfını taşımadığını ve Yargıtay’ın da bu tür ifadeleri sövme olarak değerlendirmedini belirtmemiz gerekir.⁷⁰ Ancak, Yargıtay bir kararında, sanığın cezaevindeki bir yakını ile görüşmesine izin vermeyen C. Savcısına söylediği kabul edilen “Allah belanı versin, sen de oraya girersin” biçimindeki sözlerin, yakınının bela okunacak nitelikte bir kişiliğe sahip olduğu anlamını taşıdığı ve yakınana küçük düşürücü değer yargıları yüklediği, bu suretle suçun sübuta erdiğini belirtmek suretiyle, beddua mahiyetindeki sözlerin hakaret suçunu oluşturacağına hükmetmiştir.⁷¹

cc. Hakaret Konusu Fiilin Şeref ve Saygınlığı Rencide Edici Olması

Gerek somut bir fiil veya olgu isnat edilmesi gerek ise sövmek suretiyle hakaret suçunun işlenmesi durumunda, suç konusu fiillerin tahkir edici olması gerekir.⁷²

Failin fiilin tahkir edici olup olmadığı, örf ve adet kuralları ya da kamuoyu uyarınca mağdurun şeref ve haysiyetini sarsacak nitelikte olup olmadığına göre belirlenir; isnat edilen fiilin mutlaka suç olması aranmaz.⁷³

Yargıtay bir kararında, sanığın, yakınana söylediği kabul edilen, “‘Büyücü, büyü yapıp hayvanları öldürüyorsun’ sözlerinin ne suretle hakaret suçunu oluşturduğu açıklanmadan hüküm kurulması ... bozmayı gerektirmiştir.” ifadesine yer vermiştir.⁷⁴

Bunun yanında kimi hallerde, kullanılan ifadeler, anımsattıkları olaylar yahut kullanılış sebepleri gereği, objektif olarak hakaret suç-

Yargıtay 9. CD’nin 2009/13357 E., 2009/12595 K. sayılı ilamından özetle, “görevli memura hakaret suçunda sanığın kullandığı cebir ve şiddetin ağırlatıcı neden mi yoksa ayrı bir etkili eylem suçunu mu oluşturduğu sanığın kastı dikkate alınarak belirlenmelidir.” denilmektedir. *Yargıtay Kararları Dergisi*, Şubat 2010, s. 347.

⁷⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 3057.

⁷¹ 4. CD, 05.04. 2006, 6628/032, Malkoç, s. 1133.

⁷² Özbek, s. 865.

⁷³ Erem/Toroslu, s. 428.

⁷⁴ Yarg. 4. CD’nin 18.12.2002, 16288/18775 sayılı kararı, Meran, s. 659.

na vücut verir gibi görünmeseler de, hakaret suçunun oluşmasına neden olabilirler.⁷⁵

Hakaret suçu, soyut tehlike suçudur. Mağdura yönelen fiil ya da söz, toplumun büyük bir kesimi tarafından aşağılayıcı, kişinin haysiyetini zedeleyici görülmelidir. Bu fiil ya da sözlerin mağduru aşağılamış olması değil, aşağılayacak bir nitelik göstermiş olması gerekir.⁷⁶ Bir başka ifadeyle, suçun oluşması için, failin kastettiği neticenin, örneğin mağdurun üzülmeye gibi, gerçekleşmesi gerekmez; tahkir edici sözün söylenmesi ya da hareketin yapılmasıyla, hakaret suçu tamamlanır.⁷⁷

Bunun yanında, mağdurun aşırı alıngan olması, örf ve adet kuralları yahut kamuoyu bakımından aşağılayıcı, küçük düşürücü ya da onur kırıcı olmayan bir söz yahut harekete, tahkir edici özellik kazandırmaz.⁷⁸

Yine, sitem etme, yakınma ifade eden sözler, şeref ve saygınlığı rencide edici olmadığı sürece hakaret suçuna vücut vermeyecektir.⁷⁹

Son olarak, mağdurun sıfatı bazı durumlarda, hakaret konusu fiilin tahkir edici olup olmadığı hususunda etkili olabilir. Nitekim, topluma mal olmuş yahut isim yapmış kişiler, toplum tarafından tanınmak istediklerinden, bu kişilerin özel hayatlarına ilişkin ölçülü haberler, hakaret suçunu oluşturmaz.⁸⁰

⁷⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, s. 3059.

⁷⁶ Çetin, Açıklamalı-İçtihatlı Basın Kanunu, s. 229.

⁷⁷ Özbek, s. 866.

⁷⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, s. 3059 “...ne tür hareketlerin şeref ve itibarı ihlal edici olduğu, toplumda hakim olan ortalama düşünüş ve anlayışa göre belirlenmelidir. Bunu tayinde ölçü bireyin özel duyarlılığı değildir”. Yarg. CGK. 03.07.2001, 9-132/155, Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.378.

⁷⁹ Sanığın, kız kardeşinin dövülmesi olayına gösterdiği tepkiyle Cumhuriyet Savcısının odasına girerek “...benim kız kardeşimi dövüyorlar, siz burada ne yapıyorsunuz, kimseye ceza vermiyorsunuz” demekten ibaret olan eyleminin çaresizliğini dile getirme ile sitem niteliğinde olduğu gözetilmeden ve hakaret suçunun küçük düşürme öğesinin ne şekilde oluştuğu açıklanmadan mahkumiyet hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir. denilmiştir.” Yarg. 4. CD 06.02.2007 Tarih ve 2005/12433 E., 2006/1174 K. Karar için bkz. Meran, s. 652.

⁸⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, s. 3059.

b. Suçun Manevi Unsuru

Hakaret suçunda kast, hakaret konusu fiili bir kimseye, onun şeref ve onurunu kırarak şekilde, bilerek ve isteyerek isnat etmektir. Burada fail, hem fiilin hakaret niteliği taşıdığını hem de mağdurun onur ve şerefini kırıcı nitelikte olduğunu bilmeli ve istemelidir.⁸¹ Yine, gıyapta hakaret suçunda da kastın ihtilata yönelmiş olması gerekir.⁸²

Böylece, suçun işlenmesi için genel kast yeterlidir; failde ayrıca bir saik aranmamıştır.⁸³ Hakaret suçu, olası kastla da işlenebilir; fakat tak-sirle işlenemez.⁸⁴ Örneğin, başkalarının duymasının istenmediği, hakaret içeren söz veya fiillerin sadece bir kişiyle ihtilat edildiği sırada, kişinin tedbirsizlik ve dikkatsizliği yüzünden başkaları tarafından da öğrenilmesi durumunda, kast mevcut olmadığından suç da oluşmaz.⁸⁵

Basın yoluyla işlenen hakaret suçları açısından da örneğin haber, yalan ya da değiştirilmiş bir habere dayanıyorsa, haberin yalan olduğu bilinecek ve fail bu yalan haberi yayma iradesine sahip olacaktır. Haberin bilfiil fail tarafından uydurulmuş olmasına gerek yoktur; başkası tarafından uydurulan haberi yayan kimse de bu suçun faili olur.⁸⁶

⁸¹ "Sanığın suça konu yazıda kişisel davacıya... 'seviyesizce uyarı hareketlerinizi kınamaktayız. Bizleri takip etmeniz medeniyetsizlik örneğidir' diyerek küçük düşürücü değer yargısında bulunmasının, kişisel davacının haksız fiiline tepki olarak işlendiğinin kabul edilmesi karşısında bu durumun TCK'nın ilgili hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden amacının hakaret etme kastı olmadığı biçimindeki yasal ve yerinde olmayan gerekçeyle beraatine hükümlenmesi..." denilmiştir. Yarg. 4. CD 27.02.2006 tarih 2004/4510, 2006/4366 sayılı kararı, Meran, s. 657.

⁸² Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Suçlar*, s. 305, Örneğin, bir günlük tutan kimse-nin tuttuğu günlükte yer alan sözler veya gizlice ya da tesadüfen dinlenen sözlerde ihtilatlı hakarete yönelik bir kast bulunmadığı için, kişi cezalandırılmaz. Tezcan/ Erdem/Önok, s. 453.

⁸³ Karşı görüş için bkz. Donay, s. 197. Yazar, maddede "onur, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek" kavramlarının kullanılması suretiyle suçun oluşabilmesi için özel bir hakaret kastının arandığını ifade etmektedir.

⁸⁴ Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 239, Örneğin, başka bir ülkenin vatan-dışı olan ve Türk örf ve adetlerini, Türkiye'yi iyi bilmeyen failin, mağdura iltifat ettiğini düşünerek, tahkir içeren söz veya hareketlerde bulunması. Yenidünya/ Alşahin, s. 60.

⁸⁵ Erem/Toroslu, s. 436.

⁸⁶ Dönmezer Sulhi, "Yeni Hükümler Muvacehesinde Yalan ve Tahrif Edilmiş Haber ve Havadisler Yayımlamak Suçu", Tahir Taner'e Armağan, İÜHF, İstanbul 1956, s. 28.

c. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, işlenen ve kanuni tipe oturan bir fiilin, hukuk düzeniyle ters düşmesi, sadece ceza hukuku ile değil tüm hukuk düzeyiyle çatışma halinde bulunması demektir.⁸⁷ İstisnai haller dışında, aslında bir eylemin tipikliği, onun hukuka aykırılığı yönünden bir karine oluşturmaktadır.⁸⁸ Bunun anlamı, işlenen fiilin salt yasadaki suç tanımına oturmasının yetmemesi, fiilin cezalandırılabilmesi için, aslında hukuka aykırı ve suç olarak nitelendirilen bu eylemin, özel nedenlerle hukuken hoş görülebilir veya yapılması emredilmiş olmamasının, yani hukuka uygunluk sebeplerinin somut olayda gerçekleşmemesinin gerektiğidir.⁸⁹

Böylece, tipik bir fiil açısından hukuka aykırılık unsurunu kaldıran nedenlere, hukuka uygunluk nedenleri adı verilmektedir.⁹⁰ Bu nedenler, fiilin hukuka aykırı olarak ortaya çıkmasını önler, normal şartlar altında meşru sayılamayacak olan fiilin hukuka uygun olarak ortaya çıkmasını sağlarlar. Genel olarak hukukun tanıdığı bir yetki veya yüklediği bir görev olarak ortaya çıkan hukuka uygunluk nedenleri, hukuk düzeninin kendisiyle çelişkiye düşmezliği ilkesinin gereği, hukuka aykırılığı ve bu anlamda suçu ortadan kaldırır.⁹¹

5237 sayılı TCK'nın 24. maddesinden itibaren "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" başlığı altında, kusurluluğu azaltan veya ortadan kaldıran haller ile birlikte düzenlenmiş olan hukuka uygunluk nedenleri, kanun hükmünü yerine getirme/amirin emrini yerine getirme meşru savunma, hakkın icrası ve ilgilinin rızasıdır. Haber verme hakkı da, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni içinde yer almaktadır.⁹²

⁸⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 396.

⁸⁸ İçel/Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, Beta Yay., 2000, s. 92.

⁸⁹ Centel/Zafer/Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yay., 2008, s. 279.

⁹⁰ İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/ Mahmutoğlu/Ünver, s. 107.

⁹¹ Toroslu Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, Nisan 2009, s. 135.

⁹² Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 398, 439.

Hakkın kullanılması, bir hukuk normundan, mahkeme kararından, idari bir tasarruftan, özel hukuka ait bir işlemde veya haber verme hakkında olduğu gibi hukuken tanınmış ve düzenlenmiş bir mesleğin icrasından doğmuş olabilir.⁹³ Bu anlamda, hakaret suçunda hukuka uygunluk sebepleri, meşru savunma, mağdurun rızası, ihbar ve şikayet hakkı, savunma hakkı ve haber verme hakkı olarak belirtilebilse de biz burada konumuzun sınırları gereği ve haber verme hakkını aşağıda ayrıntılarıyla açıklayacak olmamızdan dolayı, söz konusu hukuka uygunluk nedenlerini saymakla yetiniyoruz.

5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

a. Teşebbüs

Hakaret suçu, neticesi harekete bitişik ve soyut tehlike suçu olduğundan, hareketin yapılması ile suç tamamlanır. Bu nedenle de huzurda hakaret halinde teşebbüs düşünülemez.⁹⁴

Gıyapta hakaret halinde ise, tahkir edici söz/davranış, üçten az kimse tarafından öğrenildiği ve bu nedenle ihtilat unsurunun gerçekleşmediği hallerde suç oluşmayacaktır. Çünkü kanaatimizce hakaret içeren fiil yahut sözlerin en az üç kişiyle ihtilat edilmesi hususu, suçun bir unsurudur. Böylece, tahkir edici sözün, mağdur dışındaki bir kimisenin bu sözü başkalarına iletmesi hususunda görevlendirilmesi fakat bu kişinin, tahkir edici sözleri başkalarına ulaştırmamasının engellenmediği durumlarda teşebbüs söz konusu olmayacaktır.⁹⁵

Ancak icra hareketlerinin bölünebildiği, huzura eşit sayılan yazılı araçlardan birinin kullanılmak suretiyle suçun işlendiği durumlarda teşebbüsten bahsetmek mümkün olabilecektir.⁹⁶ Bu anlamda örneğin, hakaret içeren mektubun, mağdurun eline geçmeden fail tarafın-

⁹³ Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 155.

⁹⁴ Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 253.

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kayançipek, Murat, *Şerefe Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 93-94, karşı görüş için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3925-3926.

⁹⁶ Yenidünya/Alşahin, s. 69.

dan geri alınması durumunda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması da mümkün olabilecektir.⁹⁷

Böylece, yazılı basın yoluyla işlenen hakaret suçlarının teşebbüse müsait olup olmadığı açısından ise, basılmış eserin yayınlanması her basın suçu için zorunlu bir icra hareketi niteliğinde olup, suç niteliğindeki fikri içeriği taşıyan eser, basılmış fakat yayınlanmamış yahut yayınlanmak üzereyken engellenmiş olabileceğinden “yayınlama” icra hareketi yapılmadıkça suç oluşmayacaktır.⁹⁸ Zaten 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 11. maddesine göre de, “Basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur.”⁹⁹ denilmek suretiyle bu husus belirtilmiştir.

Suçun basın yoluyla işlenmesinin ardından, sonraki sayılarda düzeltme yazısının yayınlanması halinde ise, suç tamamlanmış olacak; failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması mümkün olmayacaktır. Zira etkin pişmanlık belli suçlar için öngörülmüş olup, hakaret suçu bu suçlar arasında yer almamaktadır.¹⁰⁰

b. İştirak

Hakaret suçu, iştirak açısından herhangi bir özellik göstermemekte birlikte teorik olarak, iştirakin tüm şekillerinin gerçekleşebileceği kabul edilmektedir.¹⁰¹

Suçun yazılı basın yoluyla işlenmesi halinde, şu olasılığa dikkat çekmek gerekir:

⁹⁷ Kayanççek, s. 336.

⁹⁸ İçel, Kayıhan, *Kitle Haberleşme Hukuku, Basın Radyo-Televizyon Sinema İnternet*, Beta Yay., 1998, s. 233.

⁹⁹ Yayımın ne zaman gerçekleşeceği hususunda, bizim de katıldığımız birinci görüş, yayımın basılmış eserin, muhatapların egemenlik alanına girdiğinde, ikinci görüş ise, basılmış eserin dağıtımın egemenlik alanından çıktığında gerçekleşeceğini savunmaktadır. İçel, *Kitle Haberleşme Hukuku*, s. 234.

¹⁰⁰ Yenidünya/Alşahin, s. 69.

¹⁰¹ Kayanççek’ in, bir mektubu, bir haberi, içeriğine katılmaksızın, sadece muhatabına götüren kişinin hakaret suçuna iştirak etmiş sayılmayacağı şeklindeki düşüncesine katılmamaktayız. (s. 365) Taşıyıcı/postacı işlevi gören kimse, mektubun içeriğine katılmasa ve fakat içeriğinden haberdar olup, bilerek ve isteyerek mektubu taşırsa, yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulacaktır. Taşıyıcı, mektubun içeriğinden haberdar değilse, bu sefer dolaylı faildir ve zaten cezai sorumluluğu yoktur.

Bir gazete muhabirine demeç verilmesi yahut bu kişiyle röportaj yapılması ve hakaret içeren sözlerin gazetede yayınlanması halinde, Basın Kanunu'nun 11. maddesi gereği, yazılı basın yoluyla hakaret suçunun failinin eser sahibi olduğundan kuşku yoktur. Demeç/röportaj veren kişi açısından ise, müşterek faillik için gerekli olan fiil üzerinde ortak hakimiyet kurma şartı gerçekleşmemiş olduğundan, suç basın ve yayın yoluyla işlenmiş sayılamayacaktır. Bu kişi, iştirak iradesi varsa, genel iştirak kuralları çerçevesinde, gıyapta hakaret suçundan sorumlu tutulacaktır.¹⁰²

c. İctima

Hakaret suçu farklı zamanlarda, farklı mağdurlara karşı işlenmiş ise, mağdur sayısı kadar suç oluşur. Fakat aynı suç işleme kararıyla, aynı kişiye karşı birden fazla hakaret suçunun işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.¹⁰³ Burada, aynı suçun seçimlik hareketleri olmaları gereği, suçlardan birinin hakaret birinin sövme olması yahut bu suçlardan birinin gıyapta birinin huzurda işlenmesi, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını engellemeyecektir.¹⁰⁴ Birden fazla kişiye tek bir fiil ile hakaret edilmesi söz konusuysa ve bu birden fazla kişi bir topluluk oluşturuyorsa, yine tek bir suç söz konusu olup zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır.¹⁰⁵

Yazılı basın yoluyla işlenen hakaret suçları açısından ise, kişiye bir baskıda hakaret edilmesinin ardından müteakip baskılarda başka hakaret suçlarının işlenmesi halinde de zincirleme suç hükümlerinin uygulanması düşünülebilir.¹⁰⁶

5237 sayılı Kanunu'nun 265. maddesinde düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçu işlenirken, aynı zamanda kamu gö-

¹⁰² Kayanççek, s. 368-369.

¹⁰³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 400.

¹⁰⁴ Kayanççek, s. 344.

¹⁰⁵ Yenidünya/Alşahin, s. 70.

¹⁰⁶ Kayanççek, s. 347.

revlisine hakaret edilmişse, ayrıca hakaret suçundan ceza verilmesi gerekecektir.¹⁰⁷

Tek bir fiille hem hakaret hem de tehdit, şantaj, iftira ya da suç uydurma suçlarının birinin işlenmesi halinde ise, farklı nevinden fikri içtima hükümleri uygulanacaktır.¹⁰⁸

Hakaret suçu, işkence ve eziyet suçlarında olduğu gibi, bir başka suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni ise, birleşik suç hükümleri gereği faile ayrıca hakaret suçundan dolayı ceza verilmeyecektir.¹⁰⁹

Yine Ceza Kanunu'nun 125. maddesinin 5. fıkrasına göre, kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi halinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılacak ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanacaktır.

Ancak madde hükmü yoruma açık ve belirsiz bir düzenleme içermektedir. Zira kurul üyelerinin birine veya birkaçına belirlenebilir bir şekilde hakaret edilmesi halinde, somut olaya 125. maddenin 3. fıkrasının mı yoksa aynı maddenin 5. fıkrasının mı uygulanması gerekeceği net olarak anlaşılamamaktadır. Yine kurul üyelerinin azınlık veya çoğunluğunun belirtilmesi suretiyle hakaret fiilinin gerçekleştirilmesi halinde fiilin sadece bu üyelere karşı işlendiğinin kabulünün gerekip gerekmeyeceği de belirsizdir. Kanaatimizce, 5. fıkra hükmü kurul üyelerinin açıkça anlaşılamadığı hakaret fiillerinde uygulama alanı bulacak, eğer kurul üyeleri ismen anlaşılabiliyorsa bu halde 3. fıkra hükmü uygulanacaktır.

¹⁰⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3927.

"Sanığın, etkin direnme eylemi ile birlikte işlediği görevlere sövme eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 265. maddesinde öngörülen '...engellemek amacıyla cebir ve tehdit ... kapsamının dışında olması karşısında, anılan Yasa'nın 265 ve 125/3-a maddelerine uygun iki ayrı suçtan hüküm kurulması gerekirken, sövme eyleminin etkin direnme suçunun ögesi olmadığı gözetilmeden, görevliye etkin direnme suçu içinde eritilerek tek suçtan hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırı..." Kayaççık, s. 340.

¹⁰⁸ Malkoç, İsmail, s. 1096.

¹⁰⁹ Kayaççık, s. 339.

6. Yaptırım

Ceza Kanunu'nun 125. maddesinin 1. fıkrasına göre, suçun basit şeklinde ve gerek huzurda gerekse gıyapta hakaret halinde verilecek ceza üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Suçun basit halinde yine Kanunu'nun 131. maddesine göre, soruşturma ve kovuşturma şikayete bağlıdır.

Suçun nitelikli halinde ise, 125. maddenin 3. fıkrasına göre, verilecek cezanın alt sınırı bir yıldan az olamayacaktır. Yine bu halde, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunun işlenmesi hali dışında, soruşturma ve kovuşturma şikayet şartına bağlanmıştır. Hakaretin alenen işlenmesi halinde ise, 125. maddenin 4. fıkrasına göre, verilecek ceza altıda bir oranında artırılabilecektir.

Adli para cezasının hesaplanması ve kısa süreli hapis cezasının para cezasına çevrilmesinde, Ceza Kanunu'nun 50 ve 52. maddeleri göz önünde bulundurulacaktır.¹¹⁰

Basın suçları açısından ise, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 28. maddesine göre, "18'inci ve 22'nci maddelerdeki suçlar dışında bu Kanunda öngörülen suçlar için hükmedilen para cezaları, hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilemez." denilmektedir.

Fakat, hakaret suçu Basın Kanunu'nda değil Ceza Kanunumuzda düzenlenmiş bir suç olduğundan, para cezasına mahkum edilmiş olan kişi, bu cezayı süresinde ödemediği takdirde, ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapis cezasına hükmolunabilecektir.¹¹¹

II. HAKARET SUÇUNUN YAZILI BASIN YOLUYLA İŞLENMESİ

1. Genel Olarak

765 sayılı TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK m. 125'te hakaret suçunun basın yoluyla işlenmesi bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Öyle ki maddenin 2. fıkrasında fiilin, mağduru muhatap alan

¹¹⁰ Yenidünya/Alşahin, s. 85-86.

¹¹¹ Yenidünya/Alşahin, s. 86-87.

sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde de fiilin birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılacağı belirtilmiştir.

125. maddenin dördüncü fıkrasında hakaret suçunun alenen işlenmesi bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Doktrinde hakaret suçunun basın yoluyla işlenmesi halinde bu nitelikli halin uygulanabileceği savunulmaktadır.¹¹²

Basının görevi, kamuoyunun genelini ilgilendiren ya da ilgilendirmesi gereken olayları, kamuoyunun üzerinde düşünmesini sağlayacak, toplumsal ve siyasal olayları gerçekleri yansıtacak şekilde bilgilendirecek, bireylerin içinde yaşadığı toplumun sorunları hakkında farkındalığını arttıracak ve gerek olayları gerek ise yöneticileri eleştirecek şekilde toplumu aydınlatmaktır.¹¹³

Basın bu görevi gereği, çeşitli haber, fikir ve düşünceleri çoğaltmak suretiyle açıklamak özgürlüğüne yani basın özgürlüğüne sahiptir ve bu özgürlüğünü, “haber verme”, “denetim ve eleştiride bulunma” ve “yayma” hak ve görevini yerine getirmek suretiyle gerçekleştirir.¹¹⁴ İşte basın bu görevini yerine getirirken, kişilerin hakları ile basın özgürlüğünün çatışması, bir başka ifadeyle haber verme hakkının kullanılmasyla, kişilik haklarının ihlal edilmesi söz konusu olabilir.¹¹⁵

Yazılı basın yoluyla kişilik haklarının ihlali, gazete ve dergiler gibi günlük basın araçlarıyla söz konusu olabileceği gibi, kitap, broşür, dergi gibi araçlarla da ortaya çıkabilir. Hatta kişilik hakları, resim, karikatür gibi araçlarla da ihlal edilebilir.¹¹⁶ Fakat bu ihlalin, hukuka uygunluk nedenlerine dahil olan “haber verme hakkı” içerisinde değerlendirilebilmesi halinde, kişilik haklarının, kamuoyu yararı ve basın özgürlüğü kavramlarının arkasına çekileceğini kabul etmek gerekir.

¹¹² Bkz. Donay, s. 200, Malkoç, s. 648, Meran, s. 648.

¹¹³ Tüfek, Ömer Faruk, *Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Bu İhlale Karşı Özel Hukuk Ceza Hukuku ve İ.H.A.S Koruması*, s. 49.

¹¹⁴ Günay, Erhan, *Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Basında Sorumluluk*, Seçkin Yay., Ankara 1999, s. 265.

¹¹⁵ Çetin, *Açıklamalı-İçtihatlı Basın Kanunu*, s. 188.

¹¹⁶ Tüfek, s. 47-90.

2. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Basının Haber Verme Hakkı

Daha önce yukarıda kısaca belirttiğimiz üzere, bir fiilin cezalandırılabilmesi için bu fiilin kanuni tipe uygunluğu yetmemekte, aynı zamanda hukuk düzeninin bu fiile izin vermemesi de gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, suçun tüm unsurları oluşmuş olmasına rağmen hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmedikçe fiil suç oluşturmayacaktır. Bu anlamda, bir fiilin hakaret suçuna vücut verebilmesi için, o fiilin hakaret suçunu tanımlayan kanuni tipe (maddeye) oturması yeterli olmayıp, eylemin hukuka uygunluk sebeplerinin birine dahil olmaması da gerekir.¹¹⁷ Bu anlamda, yazılı basın yoluyla işlenen hakaret suçunun oluşup oluşmadığının değerlendirilmesinde, haber verme hakkına üstünlük tanınmasını gerektiren koşulların var olup olmadığının araştırılması söz konusu olacaktır.

Doktrinde haber verme hakkının içerisinde üç hakkı barındırdığı kabul edilir. Bunlar;

- a. Haberi öğrenme ve toplama hakkı,
- b. Haber verme ve yorumlama hakkı,
- c. Haberi yazıya dökme ve yayma hakkı'dır.¹¹⁸

Haber verme ya da olayları açıklama hakkı kamu yararı taşıyan bir olayı, topluma haber vermek, bildirmektir. Basın, haber verme hakkını kullanırken, ya somut gerçeklik/doğruluk ilkesi gereği hiçbir değerlendirme ve eleştiri yapmaz; ya da eleştiri niteliğindeki bir basın açıklaması söz konusu ise bu açıklama salt eleştiriden ibarettir yahut karma bir nitelik taşır. Salt bir eleştiri veya değer yargısında basın, herhangi bir olay açıklaması yapmaz; burada sadece değer yargısı söz konusudur. Buna karşılık karma eleştiri veya değerlendirmelerde, hem mevcut maddi bir olayın haber olarak verilmesi hem de bu olay nedeniyle bir değer yargısının varlığı söz konusudur.¹¹⁹

¹¹⁷ Erol Çetin, *Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları*, Seçkin Yay., Ankara 2005, s. 273.

¹¹⁸ Dönmezer, Sulhi, *Basın Hukuku Cilt: 1*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1958, s. 61, Donay, Süheyl; *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*, İstanbul 1978, s. 193.

¹¹⁹ Eren, Fikret, *Borçlar Genel Hukuku*, Beta Yay. 9. Bası, İstanbul 2006, s. 768.

Basın hürriyetinin önemli bir içeriği olan haber verme hakkının hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi ve basın özgürlüğünün gereksiz yere sınırlandırılmaması için, haber verme hakkına ilişkin bazı koşulların gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar, haberin gerçek ve güncel olması, haberin kamuyu ilgilendirmesi ve ölçülülüktür.

Burada önemle belirtmek gerekir ki, hakaret suçunda, hakkın icrası kapsamında değerlendirilen haber verme hakkı, ancak ve ancak somut bir fiil veya olgu isnadı halinde hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirilebilir. Bir kimseye karşı, yazılı basın yoluyla ve sövmek suretiyle hakaret eden kişi, haber verme hakkını kullandığını iddia edemez.¹²⁰

a. Haberın gerçek ve güncel olması

Verilen bir haberin hukuka uygun sayılabilmesi için, ilk olarak söz konusu haberin gerçek olması gerekip, haberin gerçekmiş gibi yansıtılması, mutlak surette hukuka aykırıdır.¹²¹ Kamu yararının bulunması dahi, gerçeğe aykırı yayınları hukuka uygun hale getiremeyecek, söz konusu yayın nedeniyle bir zarar ya da zarar tehlikesi doğmuşsa, ilgililerin hukuki ve cezai sorumluluğuna gidilebilecektir.¹²²

Haberin gerçek olması, haberin veya bir olaya dayanan eleştiride olayın gerçek olmasıdır. Buradaki gerçeklik, maddi anlamda bir gerçeklik olmayıp, olayın belirli biçimine uygunluktur.¹²³ Aksini düşün-

¹²⁰ Çetin, *Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları*, s. 274.

¹²¹ Çetin, *Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları*, s. 274.

¹²² Çolak, Nusret İlker, *Kitle İletişim Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2007, s. 175.

¹²³ "Muhabir sanığın Denizli Hizmet Gazetesi'nin 1.9.2003 tarihli nüshasındaki yazısında katılan hakkında 'seksen kişiyi öldürdüğü iddia edilen Ege canavarının torunu, dedesinin izinde ilerliyor. E.T'nin 86 dosyasının bulunduğu iddia edildi.' Biçiminde ifadeler yer verildiği, yazıların gerçeği yansıtmadığı ve katılanı küçük düşürücü nitelikte olduğu gözlemlenmeden, kastının bulunmadığı gerekçesiyle beraata hükmolunması yasaya aykırıdır." (4. CD, 01.11.2007, 4478/8672), "Sanığın haber koordinatörü olduğu CNN Türk Televizyonu'nun 11.10.2000 tarihinde saat 16'da yayınlanan bülteninde Sarıyer İlçe Emniyet Müdürü olan katılanın ismi verilmek suretiyle yayınlanan 'Egebank'ın eski sahibi Y. M. D.'yi bankaya yönelik operasyondan 15 gün önce haberdar ettiği gerekçesiyle açığa alındığı' biçimindeki haberin Emniyet Müdürlüğüne de bu konuda herhangi bir soruşturma yapılmadığı yolundaki yazı içeriği itibarıyla doğrulanmaması nedeniyle, gerçek olmadığı'nın anlaşıldığı, haberin Anadolu Ajansı tarafından da yayınlanmasının gazetecinin habe-

mek basın özgürlüğünü ölçüsüz biçimde sınırlamak ve maddi gerçeğin araştırılmasını basına yüklemek olur ki bu durumun kabul edilmesi mümkün değildir.¹²⁴ Ancak elbette ki basının, öğrenilen haberin gerçek olup olmadığını, az önce belirttiğimiz ölçüde, araştırma yükümlülüğü vardır.¹²⁵ Şayet haber yayınlandığı anda gazeteci belirli bir bilginin doğru olduğuna inanmak için yeterli nedene sahip ise, o zaman cezalandırılmamalıdır.¹²⁶

Yayınların gerçek olma koşulu değerlendirilirken, örneğin, herhangi bir kişinin açıklamaları olması dolayısıyla, başka kimselerin kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyabilecek ifadelere yer verilmemesi gerekir.¹²⁷ Fakat, kişi içinde bulunduğu koşullar dahilinde gerekli araştırmaları yapmak suretiyle haberi yayınlamışsa, daha sonradan haberin gerçek olmadığını anlaşılması durumunda, “kaçınılmaz hata” (TCK m. 30/3) hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır.¹²⁸ Bu nedenle haber verenin kendisinden beklenen araştırmayı gerçekten

ri yayınlamadan olayın gerçek olup olmadığını araştırma yükümlülüğünü bertaraf edemeyeceği, dolayısıyla küçültücü değer yargısı içeren ve katılanın sosyal ve mesleki alanda kişilik haklarını zedeleyen haberde hukuka uygunluk nedeni bulunmadığı, sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi yasaya aykırıdır.” (4. C.D. 06.11.2007, 11311/1145) Kayaççek, s. 119-122.

¹²⁴ Tüfek, s. 127-128.

¹²⁵ Çetin, *Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları*, s. 276, Yarg. 4. CD'nin 18.09.2006 tarih ve 2006/ 7706E, 14025 K sayılı kararında ... “somut olayda İçel Ekspres adlı günlük gazetede katılanın da ortak olduğu şirkete ait tankerin kaçak satışta yakalandığı belirtildikten sonra “Bakan Güçlü'nün sözleri geliyor akla, Gözünüzü Toprak Doyursun” biçiminde verilen haberde, haberin güncelliği ve verilişinde kamu ilgi ve yararı bulunduğundan söz edilebilir ise de, dosyada mevcut tutanağa göre 29.07.2003 tarihinde yakalanan tanker hakkında, gazetenin yayınladığı 01.08.2003 tarihine kadar yeterli bir araştırma yapıldığı takdirde, katılanın o tarihte Kaptan Petrol Ürünleri Oto Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti'nde ortaklık sıfatı kalmadığının belirlenmesi olanaklı bulunduğu gibi habere eklenen “Bakan Güçlü'nün sözleri geliyor akla Gözünüzü Toprak Doyursun” biçimindeki küçük düşürücü değer yargısı içeren sözler nedeniyle olay ile olayın anlatılışı arasında bulunması gereken fikri bağın da mevcut olmadığı dikkate alındığında eylemi hukuka uygun kılan haber verme ve eleştiri hakkı sınırlarının aşıldığı gözetilerek...” denilmek suretiyle haber verenin araştırma yükümlülüğü vurgulanmıştır. Meran, s. 656.

¹²⁶ Kayaççek, s. 119.

¹²⁷ Çolak, s. 175.

¹²⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 440.

yapıp yapmadığı ve bu konuda hataya düşmüş olup olmadığının somut olayda araştırılması gerekir.¹²⁹

Şunu da belirtmek gerekir ki, basın, resmi makamlar tarafından yapılan açıklamaların doğruluğunu araştırma yükümlülüğü yoktur. Eğer yapılan açıklamanın gerçek olmadığı anlaşılırsa, burada sorumluluk, mücbir sebep dolayısıyla kalkmaktadır.¹³⁰

Haberin gerçek olması kadar, güncel olması da gerekir. Çünkü haber konusu olay unutulmuş ve artık hatırlanmasında kamunun bir yararı yoksa bu olayın haber yapılmasının nedeni olarak, hakkında haber yapılan şahsın, kişilik haklarına saldırı olduğunun kabulü gerekir.¹³¹ Ayrıca böyle bir durumda, yayının objektifliğinden de söz edilmesi mümkün değildir.¹³² Ancak, eskiden gerçekleşmiş bir olay, örneğin geçmişte kalmış olan bir mahkumiyetin, ilgilinin milletvekilliğe aday olması halinde yeniden gündeme gelmesindeki gibi, kamuoyunda yeniden önem arz ederse yahut bu olay toplumun çıkarları açısından bir gereklilik haline gelirse, bunun duyurulmasında güncelliğin var olduğunu kabul etmek gerekir.¹³³ Haberin güncelliği hususunda bir istisna, yönetici kimliği olan veya toplumda söz sahibi kişiler (siyasi parti üyeleri ya da liderleri gibi) açınsındandır. Çünkü bu gibi kişilerin güvenilirliklerinin denetlenmesinde toplumsal yarar olup, hataları her zaman günceldir.¹³⁴

Bu anlamda, haberin güncel oluşu ile olayın güncel oluşu arasında fark vardır. Aksinin düşünülmesi, kamuoyu tarafından unutulmuş bir olayın, çeşitli fırsatlarla tekrar tekrar açıklanmasına ve bir kimseye tekrar tekrar hakaret edilmesine imkan sağlayacaktır. Güncel olmayan çıkmış bir olay artık haber değildir ve haber verme hakkı içerisinde değerlendirilemez.¹³⁵

¹²⁹ Özbeke/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara 2010, s. 307.

¹³⁰ Çetin, *Açıklamalı-İçtihatlı Basın Kanunu*, s. 160.

¹³¹ Çetin, *Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları*, s. 276.

¹³² Tüfek, s. 126.

¹³³ Çolak, s. 176.

¹³⁴ Tüfek, s. 127.

¹³⁵ Çetin, *Açıklamalı-İçtihatlı Basın Kanunu*, s. 185.

b. Kamu yararı ve haberin kamuyu ilgilendirmesi

Basının, halkın “öğrenme hakkı”nı kullanmasında önemli bir yeri olmasının yanında halkı eğitmek, yönetimi denetlemek ve kamuoyu oluşturmak şeklinde görevleri de vardır. Bu görevlerin varlığı halinde ise “kamu yararı” söz konusu olur.¹³⁶ “Toplumsal ilgi”, toplumsal yarar anlamında kabul edilmelidir. Aksi hal, yani toplumun merak ettiği her konunun açıklanmasının, toplumsal yarar gerekçesine dayalı bir hukuka uygunluk nedeninden yararlanması mümkün değildir.¹³⁷ Ekonomik gelir elde etmek, bir başka kimseye çıkar sağlamak ya da o kişiyi cezalandırmak amacıyla veya siyasi hedefler gözetilmek suretiyle yapılan yayınlarda kamu yararının var olduğunu savunmak mümkün değildir.¹³⁸

Şu halde, yasa dışı davranışların, kaçakçıların, yolsuzlukların tespiti ve kamuoyuna duyurulması, eleştirilmesi, devletin ve siyasi kuruluşlarının çeşitli faaliyetlerinin izlenmesi ve bunların yayınlarının yapılması halinde “kamu yararı” vardır; bu yayınlar nedeniyle kural olarak şahsiyet haklarına “haksız” bir tecavüzdən söz edilmez.¹³⁹ Zira burada fiili hukuka uygun hale getiren, böyle bir haberi vermede kamu yararının kişinin şeref hakkından daha üstün olduğunun kabul edilmesidir.¹⁴⁰ Yine, yasama, yürütme ve yargı gibi fonksiyonlardaki aksaklık, yolsuzluk ve yanlışlıkların haber olarak vatandaşın bilgisine sunulması bu kapsamdadır.¹⁴¹ Çünkü bu gibi hallerde, belirli bir dönem ve toplumda geçerli olan ahlak ve hukuk kurallarına aykırılıktan dolayı kamu yararının varlığı kabul edilir.¹⁴² Dolayısıyla, kamu yararının varlığı tespit edilirken, haberin kişilerin marazi merak duygularına mı yoksa yüksek ahlaki ve hukuki değerlerin korunmasına mı

¹³⁶ Özek, Çetin, *Türk Basın Hukuku*, İUHFY, İstanbul 1978, s. 164.

¹³⁷ Günay, s. 68.

¹³⁸ Çolak, s. 174.

¹³⁹ Tüfek, s. 124.

¹⁴⁰ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara 2010, s. 308.

¹⁴¹ Tüfek, s. 125.

¹⁴² Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 232.

hizmet ettiği değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır.¹⁴³ Başka bir ifadeyle, kamuoyunun merakının da haklı olması gerekmektedir.¹⁴⁴ Dolayısıyla burada, yapılan basın açıklamaları sonucunda kişilik hakları ve basın özgürlüğü kavramları karşı karşıya geldiğinde, toplum yararının mı yoksa kişi yararının mı korunması gerektiğine, somut olayın özelliklerine göre hakim karar verecektir. Bir haberin verilmesinde kamu yararı yoksa ya da pek azsa, haber verme hakkı ve bu hakkın üstünlüğünden bahsedilemeyecektir.¹⁴⁵

Bu anlamda, kamu yararının, belli ölçüler dahilinde, siyasetçiler, sanatçılar ve sosyal mevkisi itibariyle ilgi çeken diğer kişiler gibi toplumsal ilginin üzerlerinde yoğun olduğu kişilere ilişkin haber yapılması açısından da varlığı kabul edilmektedir.¹⁴⁶ Özellikle siyasal kişiler açısından, kamuoyunun kamusal denetimi de gerçekleştirmesi açısından, öğrenme hakkının bu kişiler bakımından daha geniş değerlendirilmesi gereğine binaen, eleştiri ve haberin sertliğine tahammül zorunluluğu doğacaktır.¹⁴⁷ Fakat elbette bu ilginin magazinsel bir ilgi olması durumunda kamu yararından bahsetmek mümkün olmayacağı gibi yayının, kişilik haklarına saldırı teşkil etmesi durumunda yayın, hukuka aykırı da olacaktır.¹⁴⁸

c. Ölçülülük

Ölçülülük, haber verme hakkının sınırlarına ilişkin olup, konu ile ilgisi olmayan ve kişinin onur ve şerefine saldırıda bulunan fiillerin, haber verme hakkı içinde değerlendirilmemesini sağlayan, olay açıklaması veya eleştiride bulunulurken kullanılan dil ve sözcükler itibariyle, orta düzeydeki bir okuyucu gözünde kişinin küçük düşürülmemesi gerektiğini ifade eden ölçüttür.¹⁴⁹ Söz konusu ölçüt, haber konusu olay

¹⁴³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 441.

¹⁴⁴ Özek, *Türk Basın Hukuku*, s. 163-164 Örneğin, bir vatandaşın önceden hırsızlık suçunu işlediğinin açıklanmasında kamu yararı yokken, bu kimsenin bakan olması halinde kamu yararı vardır. Çetin, *Açıklamalı İçtihatlı Basın Kanunu*, s. 188.

¹⁴⁵ Çetin, *Açıklamalı-İçtihatlı Basın Kanunu*, s. 188.

¹⁴⁶ İçel/ Sokullu/ Özgenc/ Sözüer/ Mahmutoğlu/Ünver, s. 171.

¹⁴⁷ Günay, s. 67.

¹⁴⁸ Çolak, s. 174.

¹⁴⁹ Çetin, s. 278.

ya da eleştiri, açıklanmasında kamu yararı bulunan, gerçek ve güncel bir habere ilişkin olsa dahi, haberde kullanılan üslup, haberin amacını aşan, küçük düşürücü ve aşağılayıcı nitelikte ise, haber ve eleştiri sırf bu yönüyle hukuka aykırı olabilir.¹⁵⁰ Çünkü basın kuruluş ve çalışanlarının amaç ve görevi ilgiliyi cezalandırmak değil, toplumun konudan haberdar olmasını sağlamak, kamu makamlarını harekete geçirmektir. Bu nedenle yayın yapılırken, katilden hırsızdan bahsederken dahi, yayının dengeli yapılmak zorunluluğu bulunmaktadır.¹⁵¹ Çünkü kamunun bir olay hakkında bilgi edinmesi açısından, bu olayda yer alan kişilere sövülmesi lüzumsuz ve faydasızdır.¹⁵²

Ancak özellikle basın yoluyla işlenen hakaret suçlarında, hakaret ile eleştiri arasındaki farkı tespit etmek çoğu kez kolay değildir. Eleştiri herhangi bir kişiyi, eseri, olayı veya konuyu enine boyuna, derinlemesine her yönüyle incelemek, belli kriterlere göre ölçmek, değerlendirmek, doğru ve yanlış yargıları sergilemek amacıyla ortaya konulan görüş ve düşüncelerdir. Eleştiri hakkının sınırını hakaret suçu oluşturur.¹⁵³ Eleştirinin içeriğinin ne olması ve hangi özelliklere içermesi gerektiğini kesin ve net olarak ortaya koymak mümkün değildir. Fakat eleştiriye hakarettten ayırmayı mümkün kılan bazı ölçütler vardır. Öyle ki eleştirinin, fikri bir çaba sonucu düşüncenin kıymetlendirilmesi faaliyeti olması ve eleştirinin daima kamunun menfaati olan bir konuda olması zorunluluğu onu hakarettten ayırır.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Eren, Fikret, s. 406.

¹⁵¹ Çolak, s. 177.

¹⁵² Çetin, *Açıklamalı-İçtihatlı Basın Kanunu*, s. 191, "Rüşvet ve benzeri iddiaları, haber çerçevesinde yansıtmakla yetinilecek yerde, katılanı küçük düşürücü kişisel değer yargılarını da ekleyerek yayında bulunan sanıkların, haber yayınlama hakkının sınırlarını aştıkları ve suçun oluştuğu gözetilmeden hüküm kurulması yasaya aykırıdır." (4. CD, 22.11.1990, 5181/6275) Kayanççek, s. 128.

¹⁵³ YCGK, 20.03.2007 tarihli kararındaki karşı oy yazısı, Malkoç, s. 1119.

¹⁵⁴ Dönmezer, *Basın Hukuku*, s. 63, 1. nolu dipnot, YHGK bir kararında "...dava, yayının yoluyla kişilik haklarını saldıran iddiasına dayalı manevi tazminat talebine ilişkindir. Basın özgürlüğü ile kişilik hakları karşı karşıya geldiğinde, bu iki değerden birinin üstün tutulması gerekir. Bunun için temel ölçüt kamu yararadır. Yayın, yalnızca toplum yararı gözetilerek yapılmalıdır. Yayın gerçek olmalı, toplumsal ilgi, güncellik gözetilmeli ve öyle biçim arasındaki denge korunmalıdır. Yayınlanmasında kamu yararı bulunan gerçek ve güncel bir haberin öyle biçim arasındaki denge korunarak verilmesi halinde hukuka aykırılık ortadan kalkacağından basın sorumlu tutulamaz. Dosya kapsamından, davalı yazarın davacının kitabını kamuoyuna duyururken kitabın içeriğini eleştirdiği, eleştirilerini çarpıcı söz-

Yine icra ettikleri iş veya meslek dolayısıyla devlet adamı, sanat, siyaset iş ya da bilim adamı gibi kimselerin eleştirilmesinin önceden bu kimseler tarafından kabul edildiği, bu eleştirilere razı oldukları kabul edilir.¹⁵⁵ Fakat şunu söyleyebiliriz ki, eleştiri bir övgü olmadığına göre, kullanılan ifadeler zorunlu olarak sertlik içerecektir. Ancak bu sertlik somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmeli ve ifadelerin eleştiri sınırlarında kalıp kalmadığı takdir edilmelidir.¹⁵⁶

3. 5187 Sayılı Basın Kanunu'na Göre Basın Yoluyla İşlenen Suçlardan Sorumluluk

a. Hakaret Suçunun Basın Yoluyla İşlenmesi

Ceza Kanunu'nda yer alan suçların bir kısmı hem başka araçlarla hem de basın araç olarak kullanılmak üzere işlenebilmektedir.¹⁵⁷ Dolayısıyla, basın suçlarında ceza sorumluluğu denilince, hem basın suçlarının hem de basın yoluyla işlenen suçların göz önünde bulundurulması gerekir. Sadece basın yoluyla işlenen suçlara, basın suçları denir.¹⁵⁸

Basın yoluyla işlenen suç ise, başka yolla işlenmesi de mümkün olan bir suçun, basın aracılığıyla işlenmesidir. Yani basının somut olayda araç olarak kullanılması bu suçların belirgin özelliğidir.¹⁵⁹ Örneğin, özel hayatın gizliliğini ihlal etme suçtur. (TCK m. 134) Bu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi, cezanın ağırlaşması sonucunu doğurmaktadır (TCK m. 134/2). Dolayısıyla, burada başka şekilde işlenmesi mümkün olan suçun, basın ve yayın yoluyla işlenmesi, suçu nitelikli hale dönüştürmekte ve basın yoluyla işlenen suç söz konusu

lerle ifade ettiği, yayın gerçek ve güncel olduğu gibi öyle biçim arasındaki dengenin korunduğu anlaşılmaktadır." denilmiştir. Bkz. 19.03. 2008 Tarih 2008/4 E., 2008/262 K., Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara 2010, s. 310, 338 no.'lu dipnot.

¹⁵⁵ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Suçlar*, s. 276.

¹⁵⁶ Erman, *Hakaret ve Sövmeye Suçları*, 2. Bası İstanbul 1989, s. 171.

¹⁵⁷ Çetin, s. 217.

¹⁵⁸ Centel/Zafer/Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 2005, s. 425.

¹⁵⁹ İçel, *Kitle Haberleşme Hukuku, Basın Radyo-Televizyon Sinema İnternet*, Beta Yay., 1998, s. 230-231.

olmaktadır.¹⁶⁰ Hakaret suçu da basın yoluyla işlenmesi mümkün olabilen suçlardandır.

765 sayılı Ceza Kanunu döneminde, hakaret suçunun Ceza Kanunu'nun 480, 482 ve 268. maddelerinin dördüncü fıkraları doğrultusunda, "umuma neşir veya teşhir olunmuş yazı veya resim veya sair neşir vasıtasıyla işlenirse", yayın yoluyla işlenmiş sayıldığından, hakaret veya sövme içeren yazı ya da resmin genel bir yere asılmasının da suçun, yazılı basın yoluyla işlenmiş gibi değerlendirilmesini gerektireceği düzenlenmiştir.¹⁶¹

5237 sayılı Ceza Kanunu'nda da 5377 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile 125. maddenin 4. fıkrasında yapılan değişiklik öncesinde, hakaret suçunun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, cezanın artırılacağı öngörülmüştür. Ancak bu düzenleme, adı geçen 15. madde ile yürürlükten kaldırıldığından, cezayı artıran neden, yine 125. maddenin 4. fıkrası gereği, suçun alenen işlenmesinden kaynaklanacaktır.¹⁶²

Bu ayrıma değindikten sonra belirtmeliyiz ki, gerek basın suçları ve gerekse basın yoluyla işlenen suçlar açısından üzerinde sıkça tartışılan konu, Basın Kanunlarında öngörülen sorumluluğun esas ve türüdür. Zira doktrinde baskın görüş, bazı sorumluluk şekilleri açısından Basın Kanunlarında objektif sorumluluğa yer verildiği ve böylece "Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi"nin bertaraf edildiğidir. Bu nedenle öncelikle basın suçlarında cezai sorumluluğun nasıl düzenlendiğine değinilmesi gerekir.

5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesine göre,

"Basılmış eserler yoluyla işlenen suç, yayım anında oluşur.

Sürelili yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur."

Görüldüğü gibi 5187 sayılı Kanun, basın yoluyla işlenen suçlar açısından, eser sahibini sorumlu tutmuştur.¹⁶³

¹⁶⁰ Centel/Zafer/Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 2005, s. 425.

¹⁶¹ Çetin, Erol, *Son Değişikliklerle Basın Hukuku* (Hukuk-Ceza, Açıklamalı-İçtihatlı), Seçkin Yay., Ankara 2007, s. 481.

¹⁶² Şen, s. 545.

¹⁶³ 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 2. maddesine göre, eser sahibi, sürelili veya süresiz

Dolayısıyla, iştirak iradesi olmaksızın yazı veya haber eser sahibinin iradesi dışında yayınlanmış ve ya aynı şekilde getirilen haberde bir suç unsuru yokken, haberin yayına verilmiş şekli nedeniyle suç oluşmuşsa, eser sahibinin eylemleri ile verilen haber arasında bir illiyet bağı kurulamayacağından, eser sahibinin sorumluluğundan bahsedilemez.¹⁶⁴

Madde şöyle devam etmektedir;

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

Süresiz yayınlarda, eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı, yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur.

Yukarıdaki hükümler, sürelî yayınlar ve süresiz yayınlar için bu Kanunda aranan şartlara uyulmaksızın yapılan yayınlar hakkında da uygulanır.”

Anlaşıldığı üzere, her ne kadar 11. madde ile cezai sorumluluk eser sahibine yüklenmişse de ilerleyen fıkralarda, belli şartlarda gerek sürelî ve gerek ise süresiz yayınlarda, eser sahibi dışındaki kişilerin de sorumluluğu öngörülmüştür.¹⁶⁵ Doktrindeki tartışmalar da tam

yayının içeriğini oluşturan yazıyı veya haberi yazan, çeviren veya resmi ya da karikatürü yapan kişidir.

¹⁶⁴ Çetin, *Son Değişikliklerle Basın Hukuku (Hukuk-Ceza, Açıklamalı-İçtihatlı)*, 2007, s. 534.

¹⁶⁵ 5187 sayılı Basın Kanunumuz, basılmış eserleri, türleri bakımından, sürelî ve süresiz şeklinde adlandırarak, tanımlarını 2. maddesinde yapmıştır. Buna göre sürelî (dönemsel) yayın, belli aralıklarla (örneğin, günlük, haftalık, aylık, yıllık) yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarını, süresiz (dönemsel olmayan) yayın, belli aralıklarla yayımlanmayan kitap, armağan gibi basıl-

bu nokta üzerinde toplanmaktadır. Zira maddenin devamındaki düzenlemelerin, yine maddenin ikinci fıkrasının önemini ortadan kaldırdığını söylemek yanlış olmayacaktır. Çünkü söz konusu Kanun, süreli yayınlarda eser sahibinin bilinmemesi, bulunamaması veya cezai ehliyetinin yokluğu halinde, sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin, sorumluluğunu öngörmektedir.¹⁶⁶

Bir başka ifadeyle, Basın Kanunu'nun 11. maddesi, eser sahibinin hareketinden doğan neticenin, sorumlu müdür tarafından istenmiş olup olmamasına bakmamakta, sorumluluğun ortadan kalkacağı halleri sınırlı biçimde saymakla, diğer hallerde netice istenmiş olmasa da sorumluluğun doğacağını belirtmiş olmaktadır.¹⁶⁷

Bu anlamda, Basın Kanunu'na göre bu sorumluluk ancak, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin, söz konusu eserin yayımlanmasına karşı çıkmasına rağmen yayımlanırca kalkmaktadır. Ancak söz konusu sorumluluk, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin kendi kusurlu eylemlerinden dolayı ortaya çıkmadığından, başka bir ifadeyle sorumlu müdür ve yetkili kişiler asli fail gibi nitelendirildiklerinden, sorumluluğu kaldıran bu gibi hallerin de böyle bir objektif sorumluluk hali için bir önemi yoktur. Ayrıca, sorumlu müdürün sorumlu tutuluş nedeni, bu kimse- nin, bizim sistemimizde belirli bir otorite, insiyatif ve bağımsız olarak karar verme yetkisine sahip bir kişi olarak, süreli yayını suç oluşturacak düşünsel malzemeden ayıklamakla görevli olmasına rağmen gerekli denetimi yapmamasıdır. Gerçekten, sorumlu müdürün esas görevi, süreli yayının her nüshasını, yayından önce denetleyerek suç teşkil eden unsurları elemektir. Bu nedenle, mesleğin gereği olan bu ödevi savsaklaması ve bunun sonucunda suç teşkil eden yayını engellemesi ve sonuçta gerekli özeni göstermemesi nedeniyle kanun tara-

mış eserleri ifade etmektedir.

¹⁶⁶ Yenidünya/Alşahin, s. 44, "Eser sahibi olarak gösterilen Sami Arslan'ın kimlik bilgilerinin belli olmaması, anılan ismin gerçek olup olmadığına dahi belirlenmemesi karşısında, 5187 sayılı Basın Yasası'nın 11/2. maddesi uyarınca sorumluluğu öngörülen, gazete sorumlu müdürü M.Ö'nün hükümlülüğü yerine, 'suçun kanunilik unsurunun bulunmadığı' biçimindeki yasal olmayan gerekçe ile beraatine karar verilmesi.." 4. CD, 05.06.2007, 1031/5328.

¹⁶⁷ Centel/Zafer/Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 2005, s. 427.

findan sorumlu tutulmaktadır.¹⁶⁸ Bu anlamda, sorumlu müdürün denetim görevini kasten veya taksirli olarak ihlal edip etmediği araştırılmamakta ve sorumlu müdür, meydana gelen suçtan dolayı eser sahibinin işlediği suçtan dolayı cezalandırılmakta, böylece sorumlu müdür için aksi kanıtlanamayan bir iştirak ve kusur karinesi yaratılmış olmaktadır.¹⁶⁹ Bunun yanında sorumluluk, bu kişiler üzerinden kalkmış olsa da kusur araştırması yapılmaksızın yayımlatana kolayca yükletilebilmektedir.

Süresiz yayınlar için de farklı bir durum söz konusu değildir. Kanımızca, bahsi geçen yayıncının da sorumluluğu, objektif sorumluluk alanına girmektedir. Hatta görevi eseri basmak veya çoğaltmak olan basanın, iştirak durumu dışında, sorumluluğunun öngörülmesi anlaşılabilir bir düzenleme değildir. Satan ve dağıtan açısından ise, cezai sorumluluğun kaldırılmış olması yerinde bir düzenleme olarak nitelendirilebilir.¹⁷⁰

Bunun yanında, 5187 sayılı Basın Kanunu'nda, dönemsel (sürelî) ve dönemsel olmayan (süresiz) yayınlardaki ceza sorumluluğuna ilişkin hükümlerde (m. 11 vd.), eylemi ve en önemlisi de kusuru bulunmayan kimselerin, sırf başkalarının bulunamaması, yargılanamaması veya cezalandırılmaması nedeniyle, kanunen sorumlu tutulması ve dereceli bir sorumluluk skalasının düzenlenişi de ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine tamamen aykırıdır.¹⁷¹

Şu halde, her ne kadar bu düzenlemenin ikinci fıkrasına göre (m. 11), yayın yoluyla işlenen suçlarda ceza sorumluluğu eser sahibinin ise de, fıkra 3 uyarınca eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması veya yurt dışında olması nedeniy-

¹⁶⁸ Özen, Muharrem, "Türkiye Cumhuriyeti'nde ve Kuzey Kıbrıs Türkiye Cumhuriyeti'nde Sürelî ve Süresiz Yayınlarda Ceza Sorumluluğu", *AÜHFD*, Cilt 52, Sayı 1-4, 2003, s. 64.

¹⁶⁹ Sözüer Adem, *Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, Ocak 1996, s. 92.

¹⁷⁰ Fakat belirtmek gerekir ki, eğer, bir iştirak hali söz konusuysa, o zaman satan ve dağıtan genel hükümlere göre sorumlu olabilir, ama onun dışında, satan veya dağıtanın sorumluluğu kabul edilmemiştir. Toroslu, X. Yerel Medya Eğitim Semineri - Kayseri 20 - 21 Şubat 2004, [http://www.byegm.gov.tr/seminerler/kayseri x/kayseri_8.htm](http://www.byegm.gov.tr/seminerler/kayseri/x/kayseri_8.htm), Erişim Tarihi: 01.06.2010.

¹⁷¹ Ünver, Yener, "YTCK'da Kusurluluk", *CHD*, Yıl: 1 Sayı: 1, Seçkin, Ekim 2006, s. 43.

le Türkiye’de yargılanamaması durumunda sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlunun ceza sorumluluğu bulunmaktadır. Böyle bir objektif sorumluluğun, tamamıyla yeniden düzenlenmiş ve yeni Ceza Kanunu’ndan kısa bir zaman önce yürürlüğe girmiş bir kanunda muhafaza edilmesi düşündürücüdür. Ayrıca, ilgili düzenlemenin, kimsenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağını öngören yeni Türk Ceza Kanunu m. 20. maddesine açıkça muhalif olması da altı önemle çizilmesi gereken bir diğer noktadır.¹⁷²

SONUÇ

İnsanın insan olmasından ve kendisine saygı duyulmasını isteme hakkının varlığından kaynaklı olarak, gerek kişinin kendisine gerek ise başkalarının bu kişiye karşı duyduğu saygının çeşitli saldırılara karşı korunması gerekliliği söz konusudur. Zira kişinin maddi varlık ve değerlerine yönelen saldırılar kadar, manevi değerlerine yönelik saldırılar da aynı korumadan yararlanmaya muhtaçtır. Bu anlamda, “*onur, şeref ya da saygınlık*” olarak adlandırılan bu manevi değerler, hakaret suçunun korunmaya muhtaç konusunu oluştururlar.

765 sayılı Ceza Kanunu’nda, “*onur, şeref ya da saygınlık*”a yönelik saldırılar açısından, hakaret ve sövme suçları bağımsız birer suç olarak kabul edilmiş ve farklı maddelerde düzenlenmişken, 5237 sayılı Kanunu’nda, iki suç tipi 125. madde dahilinde suçun seçimlik hareketleri olarak tanımlanmışlardır. Bu anlamda, 5237 sayılı Ceza Kanunu’nun, 765 sayılı Kanun’dan farklı olarak, suç ister hakaret etmek suretiyle ister sövme suretiyle işlenmiş olsun, hakaretin sövmeye oranla daha ağır bir fiil olmasına rağmen, verilecek cezanın aynı olacağı yönünde bir düzenleme getirmiştir. Bu anlamda, hakaret ve sövme cezalandırılırken, yargıç cezayı somut olaya göre belirleyecek, 61. maddedeki kriterleri araç olarak kullanacaktır.

¹⁷² Roxin Claus, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümleri”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin’e Armağan, Suç Politikası, İçeli, Kayıhan / Ünver, Yener, Seçkin, Ankara, 2006, s. 283’ün 31 numaralı dipnotu olarak yazılmıştır.

Hakaret suçu, 5237 sayılı Kanunu'nun 125. ve devamı maddelerinde gösterilen şekil ve araçlarla işlenebileceği gibi, basın araç olarak kullanılmak üzere de işlenebilecektir. Bir başka ifadeyle hakaret suçu, basın yoluyla da işlenebilen bir suçtur. Fakat 765 sayılı Ceza Kanunu'ndan farklı olarak 5237 sayılı Kanunu'na göre, hakaret suçunun (yazılı) basın yoluyla işlenmesi halinde, suçun nitelikli halinin gerçekleşmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak, bir hukuka uygunluk sebebi olarak basının haber verme hakkına ilişkin koşulların gerçekleştiği hallerde, hakaret suçunun oluşmadığı da kabul edilecektir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, basının görevi, kamuoyunun genelini ilgilendiren ya da ilgilendirmesi gereken olayları, kamuoyunun üzerinde düşünmesini sağlayacak, toplumsal ve siyasal olayları gerçekleri yansıtacak şekilde bilgilendirecek, bireylerin içinde yaşadığı toplumun sorunları hakkında farkındalığını arttıracak ve gerek olayları gerek ise yöneticileri eleştirecek şekilde toplumu aydınlatmaktır. Basın bu görevini "*haber verme hakkı*"nı kullanarak yerine getirir. Fakat bazı durumlarda, kişilerin hakları ile basın özgürlüğünün çatışması, bir başka ifadeyle haber verme hakkının kullanılmasyla, kişilik haklarının ihlal edilmesi söz konusu olabilir. Bu nedenle, basın hürriyetinin önemli bir ifadesi olan haber verme hakkının, hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi ve basın özgürlüğünün gereksiz yere sınırlandırılması için, haber verme hakkına ilişkin bazı koşulların gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar, haberin gerçek ve güncel olması, haberin kamuyu ilgilendirmesi ve ölçülülüktür. Bu şartlardan her hangi birinin gerçekleşmemesi, haber verme hakkının varlığını ortadan kaldıracak ve hakaret suçu oluşacaktır.

Bu anlamda somut fiil ya da olgu isnadı halinde, bu somut fiil ya da olgunun gerçekliği araştırılmak zorundadır. Haberin gerçek olması halinde ise bu haber güncel olduğu kadar kamuyu da ilgilendirmelidir. Tüm bu koşullara sahip olan haber, aynı zamanda ölçülü ve dengeli bir biçimde kamuya sunulmalıdır.

Sövme şeklinde hakaret halinde ise, hakaret suçunda, hakkın icrası kapsamında değerlendirilen haber verme hakkı, ancak ve ancak somut bir fiil veya olgu isnadı halinde hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirilebileceğinden, bir kimseye karşı, yazılı basın yoluyla ve

sövmek suretiyle hakaret eden kişi, haber verme hakkını kullandığını iddia edemeyecektir.

Hakaret suçu ancak kast ve olası kastla işlenebilen bir suçtur. Bu nedenle, yazılı basın yoluyla işlenen suçlar açısından da kast/olası kast ile hareket edilmesi gerekir. Bu anlamda, yazılı basın yoluyla işlenen hakaret suçları açısından da örneğin haber, yalan ya da değiştirilmiş bir habere dayanıyorsa, haberin yalan olduğu bilinecek ve fail bu yalan haberi yayma iradesine sahip olacaktır. Haberin bilfiil fail tarafından uydurulmuş olmasına gerek yoktur; başkası tarafından uydurulan haberi yaymak kimse de bu suçun faili olacaktır.

Yazılı basın yoluyla işlenen hakaret suçlarına teşebbüste ise, basılmış eserin yayınlanması her basın suçu için zorunlu bir icra hareketi niteliğinde olup, suç niteliğindeki fikri içeriği taşıyan eser, basılmış fakat yayınlanmamış yahut yayınlanmak üzereyken engellenmiş olabileceğinden “*yayınlama*” icra hareketi yapılmadıkça suç oluşmayacaktır. Zaten 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 11. maddesine göre de, “*Basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur.*” denilmek suretiyle bu husus belirtilmiştir. Bu anlamda, suçun basın yoluyla işlenmesinin ardından, sonraki sayılarda düzeltme yazısının yayınlanması halinde ise, suç tamamlanmış olacak; failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması mümkün olmayacaktır. Zira etkin pişmanlık belli suçlar için öngörülmüş olup, hakaret suçu bu suçlar arasında yer almamaktadır.

İştirak hususunda ise, bir gazete muhbirine demeç verilmesi yahut bu kişiyle röportaj yapılması ve hakaret içeren sözlerin gazetede yayınlanması halinde, Basın Kanunu’nun 11. maddesi gereği, yazılı basın yoluyla hakaret suçunun failinin eser sahibi olduğundan kuşku yoktur. Demeç/röportaj veren kişi açısından ise, müşterek faillik için gerekli olan fiil üzerinde ortak hakimiyet kurma şartı gerçekleşmemiş olduğundan, suç basın ve yayın yoluyla işlenmiş sayılamayacaktır. Bu kişi, iştirak iradesi varsa, genel iştirak kuralları çerçevesinde, gıyapta hakaret suçundan sorumlu tutulacaktır.

Kişiyi bir baskıda hakaret edilmesinin ardından müteakip baskılarda başka hakaret suçlarının işlenmesi halinde ise, içtima açısından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması düşünülebilecektir. Bir yazıda, hem hakaret hem de tehdit, şantaj, iftira ya da suç uydurma suç-

larının birinin işlenmesi halinde ise, farklı nevinden fikri içtima hükümleri uygulanabilecektir.

Daha önce yukarıda belirttiğimiz üzere, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK m.125'te hakaret suçunun basın yoluyla işlenmesi bir nitelikli hal olarak kabul edilmemiştir. Fakat 125. maddenin dördüncü fıkrasında hakaret suçunun alenen işlenmesi bir nitelikli haldir. Doktrinde ise, hakaret suçunun basın yoluyla işlenmesi halinde bu nitelikli halin uygulanabileceği savunulmaktadır. Bizim görüşümüze göre de, hakaret suçunun yazılı basın yoluyla işlenmesi halinde ceza, 125. maddenin dördüncü fıkrasına göre artırılması gerekecektir.

Yazılı basın yoluyla hakaret suçunun işlenmesi, bir başka ifadeyle somut olayda haber verme hukuka uygunluk sebebinin gerçekleşmemesi halinde sorumluluk 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesine göre eser sahibininindir. Fakat süreli yayınlarda eser sahibinin bilinmemesi, bulunamaması veya cezai ehliyetinin yokluğu halinde, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili, aynı maddenin devamı fıkralarına göre sorumlu tutulabilmektedir. Bu anlamda, Basın Kanunu'nun 11. maddesi, eser sahibinin hareketinden doğan neticenin, sorumlu müdür tarafından istenmiş olup olmamasına bakmamakta, sorumluluğun ortadan kalkacağı halleri sınırlı biçimde saymakta, diğer hallerde netice istenmiş olmasa da sorumluluğun doğacağını belirtmiş olmakta ve böylece objektif sorumluluğu kabul etmiş olmaktadır. Çünkü süreli yayını suç oluşturacak düşünsel malzemedan ayıklamakla görevli olmasına rağmen gerekli denetimi yapmamış olan, eserdeki suç teşkil eden unsurları elemeyen ve bu nedenle, mesleğin gereği olan bu ödevi savsaklayan ve bunun sonucunda suç teşkil eden yayını engellememesi ve sonuçta gerekli özeni göstermemesi nedeniyle kanun tarafından sorumlu tutulması gereken sorumlu müdür/sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili, denetim görevini kasten veya taksirli olarak ihlal edip etmediği araştırılmaksızın ve meydana gelen suçtan dolayı eser sahibinin işlediği suçtan dolayı cezalandırılmak suretiyle, aksi kanıtlanamayan bir iştirak ve kusur karinesi ile karşı karşıya kalmaktadır. Süresiz yayınlar için de farklı bir durum söz konusu değildir. Aynı süreli yayınlarda olduğu gibi burada da sorumluluk yayımcı ve basımcıya yüklenebilmektedir.

Şu halde ilgili düzenleme, kimsenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağını öngören 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesine açıkça aykırıdır ve Basın Kanunu'nun 11. maddesindeki objektif sorumluluk halleri kaldırılarak, eser sahibinin dışındaki kişilerin sorumlulukları açısından kusur sorumluluğu benimsenmelidir.

KAYNAKLAR

- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner, *TCK Şerhi, Özel Hükümler*, Madde 76-131, 3. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi 10. Baskı, Ankara 2010.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yay., 2008.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, *Kişilere Karşı Suçlar*, Cilt: I, Beta Yay., 2007.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yay., 2005.
- Çetin, Erol, *Son Değişikliklerle Basın Hukuku (Hukuk-Ceza, Açıklamalı-İçtihatlı)*, Seçkin, Ankara 2007.
- Çetin, Erol, *Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları*, Seçkin Yay., Ankara 2005.
- Çetin, Erol, *Açıklamalı-İçtihatlı Basın Kanunu (Basın ve Radyo Televizyon Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırlardan Doğan Sorumluluk, TCK ve Terörle Mücadele Yasasındaki Basın Yoluyla İşlenen Suçlar, Medya Mevzuatı)*, Turhan Kitabevi, Ankara 1999.
- Çolak, Nusret İlker, *Kitle İletişim Hukuku*, Seçkin, Ankara 2007.
- Donay, Süheyl, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Beta Yay., İstanbul 2007.
- Donay, Süheyl, *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1978.
- Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yay., Ekim 2004, 17. Bası.
- Dönmezer, Sulhi, *Basın Hukuku*, Cilt: 1, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1958.

- Dönmezer Sulhi, *Yeni Hükümler Muvacehesinde Yalan ve Tahrif Edilmiş Haber ve Havadisler Yaymak Suçu, Tahir Taner'e Armağan, İÜHF, İstanbul 1956.*
- Erem, Faruk / Toroslu, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2003.*
- Eren, Fikret, *Borçlar Genel Hukuku, Beta Yay. 9. Bası, İstanbul 2006.*
- Günay, Erhan, *Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Basında Sorumluluk, Seçkin Yay., Ankara 1999.*
- Gündel, Ahmet, *Atatürk'e, Cumhurbaşkanı'na, Cumhuriyet'e, Hükümet'e Hakaret Suçları ile Yasadışı Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi Davaları, Seçkin Yay., Ankara 1997.*
- İçel, Kayıhan / Sokullu, Akıncı / Füsün, Özgenç / İzzet, Sözüer / Adem, Mahmutoğlu / Fatih S. / Ünver, Yener, *Suç Teorisi, Beta Yay., 2000.*
- İçel, Kayıhan, *Kitle Haberleşme Hukuku, Basın Radyo-Televizyon Sinema İnternet, Beta Yay., 1998.*
- Malkoç, İsmail, *Yeni Türk Ceza Kanunu, I. Cilt,3. Bası, Malkoç Kitabevi, 2008.*
- Meran, Necati, *Yeni Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yay., 2. Bası, Ankara 2007.*
- Özbek, Veli Özer/ Kanbur, M. Nihat / Bacaksız, Pınar / Doğan, Koray / Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2010.*
- Özbek, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Cilt 2, Özel Hükümler (Madde 76-169), Seçkin Yayıncılık.*
- Özek, Çetin, *Türk Basın Hukuku, İUHFY, İstanbul 1978.*
- Özen, Muharrem, *Türkiye Cumhuriyeti'nde ve Kuzey Kıbrıs Türkiye Cumhuriyeti'nde Süreli ve Süresiz Yayınlarda Ceza Sorumluluğu, AÜHFD, Cilt 52, Sayı 1-4, 2003.*
- Özen, Mustafa, *Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi, http://baroport.barobirlik.org.tr/App_Themes/Dergi/2008-75-402.pdf, Erişim, (Erişim Tarihi:13.04.2010).*
- Parlar Ali / Hatipoğlu Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Madde 72-145, Seçkin Yay., Ankara 2008.*
- Sözüer, Adem, *Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, Alfa Basım Yayım Dağıtım, Ocak 1996.*

- Şen, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt: 1 Madde 1-140, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin, Ankara 2008.
- Toroslu Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, Nisan 2009.
- Toroslu, X. Yerel Medya Eğitim Semineri – Kayseri 20 - 21 Şubat 2004, http://www.byegm.gov.tr/seminerler/kayseri-x/kayseri_8.htm, (Erişim Tarihi: 01.06.2010).
- Tüfek, Ömer Faruk, *Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Bu İhla- le Karşı Özel Hukuk Ceza Hukuku ve İ.H.A.S Koruması*, Adalet Yay., Ankara 2007.
- Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük* Ankara 2005.
- Ünver, Yener, *YTCK’da Kusurluluk*, CHD, Yıl: 1 Sayı: 1, Seçkin, Ekim 2006.
- Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt III, Madde 86-146, Adalet Yayı- nevi, Ankara 2010.
- Yenidünya, Ahmet Caner / Alşahin, Mehmet Emin, *Bireyin Şerefine Karşı Suçlar*, *TBB Dergisi*, Sayı 68, Ocak- Şubat 2007.
- Yurtcan, Erdener, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, Kazancı Yay., Ka- sım 2004.

İDARİ USUL İLKELERİNİN YÖNETİM HUKUKUMUZ AÇISINDAN DEĞERİ

THE VALUE OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE NORMS IN TERMS OF ADMINISTRATIVE LAW

Çınar Can EVREN*

Özet: İdarenin yerine getireceği hizmetlerde veya alacağı kararlarda bireyin önceden haberdar edilmesi ve bu faaliyetlerin yapılmasına katılımının mümkün kılınması, demokratik devletin bir gereği olan idareye katılımı sağlar. Bunun yanında idari işlemlerin gerekli olması, bireylere yargı öncesi savunma hakkı tanınması gibi usul ilkeleri sayesinde ilgililer, yargı makamının önüne gitmeden önce de kendilerini hukuken koruma imkanına sahip olurlar. Bu ise hukuk devleti ile yakından ilgilidir.

Anahtar Sözcükler: İdari usul, idari usul kanunu, bilgi edinme hakkı, demokrasi, hukuk devleti.

Abstract: It is crucial for administrative bodies to inform the individuals in advance and let them be involved in the administrative decision making process. Letting these individuals be involved in this process, which is called “*administrative participation*”, also empowers democracy. On the other hand, by means of the procedural principles, such as the requirement that administrative acts have declared rationale, and also the right of defense, individuals can defend themselves against administrative bodies before taking legal action. This opportunity also effectuates the rule of law.

Keywords: Administrative procedure, administrative procedure act, right of information, democracy, rule of law.

Giriş

1982 Anayasası'nın Cumhuriyet'in niteliklerini düzenleyen 2. maddesine göre “*Türkiye Cumhuriyeti demokratik, laik, sosyal bir hukuk*

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku araştırma görevlisi.

devletidir." Yine Anayasa'nın 11. maddesinde "*Anayasa hükümleri, yasa-
ma, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve ki-
şileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*" hükmü yer alır. Bu hükümler-
den yola çıkarak şu sonuca varabiliriz: Anayasamız, devleti oluşturan
organların kuruluş, işleyiş ve vatandaşlarla olan ilişkilerinde demok-
ratik ve hukuk devletinin gereklerine uygun davranması gerektiğini
emretmektedir.¹

Konumuz olan idari usul ilkeleri bir yandan işlem tesis edilmeden
önce bireylerin işlemin yapılışına katılmalarını sağladığı için demok-
ratik devletle; diğer yandan bireylere idare karşısında önceden kanun-
larla belirlenmiş haklar verdiği ve idareye de yine önceden kanunlarla
belirlenmiş usullerde işlem yapmak ödevi yüklediği için hukuk devle-
ti ilkesiyle yakından ilgilidir.

İdari usul ilkelerinin demokratik devlet anlayışıyla ve bu bağlam-
da vatandaşların yönetime katılmalarını sağlamasıyla ilişkisi kendisi-
ni yönetimde açıklığın sağlanmasıyla göstermektedir. Açıklık sayesinde
idare, işlemlerini kapalı kapılar ardında tesis etmeyecek, bireylere
işlem tesis edilmeden önce işlem hakkında bilgi edinme imkanı tanı-
yacak ve onlara gerekli bilgi ve belgeleri sunma imkanını da sağlayaca-
ktır.

I. Yönetimde Açıklığın Sağlanması

Açıklık ilkesi, dosyaların incelenmesini, idareden belirli ve makul
sınırlamalar olmakla birlikte her türlü bilgi ve belgenin alınmasını,
idari mekânların gezilebilmesini, toplantıların açık şekilde yapılması-
nı² ve idari işlem sürecinde ilgililerin dinlenmesi gibi hususları kap-

¹ Gözübüyük, Şeref, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Kitabevi, Ankara 1995, s. 136; Alpar,
Erol, "Yönetimi Etkileyen Anayasal ve Diğer İlkeler", *Askeri Yüksek İdare Mahkeme-
si Dergisi*, Y. 2000, S. 13, s. 3.

² 1976'da Watergate skandalından sonra, Amerikan Kongresi sözlü toplantıların yer-
terli açıklıkta yapılmadığını ve vatandaşların bu toplantılarda alınan kararlardan
haberdar olmadıklarını düşünmüş ve bunun sonucunda "*Government In The Sun-
shine Act*" kabul edilmiştir. Bu Kanun sayesinde sadece idarenin elindeki yazılı bel-
gelere ulaşma imkânı değil önceden zamanı ve gündemi belirlenmiş toplantılara
da kişilerin katılması imkânı sağlanmıştır. Fox, F. William, *Understanding Adminis-
trative Law*, LexisNexis, Fifth Edition, San Francisco 2008, s. 353.

sar. Açıklık ilkesinin kabulü ile idarenin kamu gücünü kullanma yetkisinin bir çeşidi olan tek yanlı işlem tesis etme yetkisi vatandaş lehine dengelenir.³

Bireyin yönetimde açıklığın sağlanmasını isteme nedeni, müdahaleci devlet anlayışının ortaya çıkışı sonucunda devletin faaliyette bulunduğu alanların çoğalması ve bireyin devlet faaliyetlerinin nedenlerini ve sonuçlarını öğrenmek için daha fazla bilgi edinme isteği duymasıdır. Devletin faaliyet alanıyla bireyin temel sorunları kesişmiş ve bunun sonucunda vatandaşlar kendilerini ilgilendiren konularda bilgi sahibi olmanın ve alınacak kararlara katılmanın önemini kavramışlardır. Yönetimde açıklığın sağlanması, bireyin, yöneticilerin uygulamalarını daha iyi etüt etmesini sağlayacak, bunun sonucunda yöneticilerin eleştirilmesi mümkün olacak ve yöneticiler bu eleştirilerden kurtulmak için daha iyi bir idare amacıyla çalışacaklardır. Açıklık ve saydamlık politikacıların hesap vermesinde, yolsuzlukların ve diğer yanlış uygulamaların önlenmesinde ve vatandaşların yönetime katılmalarının sağlanmasında da etkili bir araçtır.⁴

Anayasanın, demokrasinin ve hukuk devletinin bir gereği olarak siyasi iktidar ve idare, temel hak ve hürriyetlerin kullanımını keyfi olarak engelleyemez.⁵ Ancak mevcut olan bu tehlikenin bertaraf edilebilmesi için bireyin işlerin nasıl yürüdüğünden haberdar olması ve gerektiğinde müdahale edebilmesi gerekir. Bunun sağlanabilmesi için de demokrasinin, idari faaliyetlere katılımı desteklenmesi gerekir. Bu ise yönetimde açıklığın sağlanması ile mümkündür.⁶ İdari kararların alınması sırasında yapılan toplantıların, idareye ait binaların herkese açık

³ Akıllıoğlu, Tekin, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, TODAİE Yayınları No. 206, Ankara 1983, s. 16, (Savunma hakları); Gürsel, Özkan, "İdari Usul", *Damıştay Dergisi*, Y. 2000-30, S. 101, s. 28.

⁴ Groves, Matthew / Lee H.P., *Australian Administrative Law*, Cambridge University Press, 2007, s. 117.

⁵ Eken, Musa, "Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı", *AİD*, Y. 1994, C. 27, S. 2, s. 41.

⁶ Güran, Sait, "Yönetimde Açıklık", *İHİD, Sarıca'ya Armağan*, Y. 1982-3, S. 1-3, s. 102. Eken'e göre yönetimde açıklık İsveç, ABD, Fransa gibi demokrasisi gelişmiş ülkelerde belirli bir düzeye ulaşmış olmakla birlikte gelişmekte olan ülkelerde siyasi bir slogan olmaktan öteye gidememiştir. Eken, s. 25.

olması ve idareye ilişkin bilgi ve belgelerin incelenbilmesi gerekir.⁷ Böylece idari faaliyetler, gizlilikten kurtularak yürütülecek ve bireylerin ve onların temsilcisi sayılan sivil toplum örgütlerinin katılımına açılacaktır.⁸ Ayrıca yönetimde açıklığın sağlanmasıyla birey, işlemin sebebini teşkil eden maddi veya hukuki gerekçelere ulaşabilecek, bu sayede idarenin taraflı ve hukuk dışı bir düzenleme getirmediğinin bilincinde olup ona güvenecektir.⁹

Yasama organında kararlar açık şekilde alınmakta olup gerek kanunların görüşülmesi ve gerekse diğer parlamento kararlarının alınmasında vatandaşların bu toplantıları izleyebilmelerini sağlamak için çeşitli düzenlemeler getirilmekte, Meclis Televizyonu canlı yayın yapmaktadır. Anayasa'nın 97. maddesinde görüşmelerde açıklığın kural olduğu vurgulanmıştır. Nitekim bir süre önce gündeme gelen demokratik açılım tartışmasında mecliste bir kapalı oturum yapılması talebi gerek muhalefet partilerince ve gerekse vatandaşlar tarafından büyük tepkiyle karşılanmış ve bu girişim sonuçsuz kalmıştır. Benzer şekilde yargılama faaliyetinin de açık şekilde yapılacağı Anayasa'nın 141. madde hükmüyle belirtilmiştir.

Yönetilenlerin yasama organıyla ve hatta yargıyla bile hayatları boyunca doğrudan doğruya bir münasebetleri olmayabilir. Oysa hiç kimse yoktur ki hayatı boyunca idareyle muhatap olmasın. Yasama ve yargı organı sadece işlem tesis edebilirken yürütmenin bir parçası olan idare bu iki erkten ayrılarak hem işlem tesis etmekte hem de eylemler yapabilmektedir. Bunun yanında idarenin görevi kişilerin günlük ihtiyaçlarını yerine getirmektir. Durum böyleyken idare nasıl olur da işlem ve işlemlerini tesis ederken belirli bir usul kuralıyla bağlı olmaz.¹⁰ Bireyin, iç içe yaşadığı idarenin alacağı kararlara müdahil olamama-

⁷ Bereket, Zuhul, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 19.

⁸ Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 58.

⁹ Alan, Nuri, "Bürokrasi ve İnsan Hakları", TBB Yayınları No. 122, *Bürokrasi ve İnsan Hakları Açık Oturumu*, Ankara 10 Aralık 2006, s. 17, (Bürokrasi).

¹⁰ Özay bu konuda esprili bir dille idarenin geceleri istihareye yattığını ve sabah da gördüğü rüyaya göre karar verdiğini ifade etmektedir. Özay, İl Han, "Demokratik Yönetim ve Yönetimde Demokrasi", *Başbakanlık İdari Usul Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu*, Ankara 1998, s. 277.

sı ve bu kararların idare tarafından hep kapalı kapılar ardında alınıyor olması düşündürücüdür. Kanunlar ve idari işlemler arasında, bu kurallara uymak zorunluluğu açısından herhangi bir fark bulunmadığı halde, kişiler bir kanun teklifi veya tasarısının verilmesinden itibaren bu teklif veya tasarı görüşülüp kanunlaşınca kadar her aşamasını takip edebilmekte ve beğenmediği konularda sesini yükseltme imkânına sahip olmaktadır. Oysa bu durum bağlayıcı idari işlemler için söz konusu değildir. Böylesi bir durumun demokratik esaslara ve bu bağlamda halkın alınacak kararlara katılması gerekliliğine aykırı olduğunu tartışmaya gerek dahi yoktur.

Açıklık ilkesi, hukuk devletiyle yakından ilgili olan savunma haklarının kullanılması açısından da zorunludur.¹¹ Şöyle ki, bireyin kendisini savunabilmesi için her şeyden önce kendisine yönelmiş işlemi ve bu işlemin dayanaklarının neler olduğunu bilmesi; işlemin tesisinde yararlanılan bilgi ve belgelerden haberdar olması gerekir. Birey savunmasını ancak bu bilgi ve belgelere sahip olarak yapabilir.

Bireyin idari işlemlerin yapılmasında söz sahibi olması, idari işlemin tek yanlı olma niteliğini de etkilemez.¹² Klasik idare hukuku anlayışında idari işlemin tek yanlı olması, sadece idari işlemin ilgilisinin rızası olmadan hukuki sonuçlarını doğurması değil aynı zamanda işlemin yapılış sürecine ilgilinin herhangi bir müdahalede bulunmamasını da ifade eder. Bu bakımdan klasik idare anlayışında işlemin muhatabı mutlak itaat durumunda olan pasif öznedir.¹³ Ancak alınacak karar sürecine yönetilenlerin katılması, idari işlemin tek yanlılık özelliğini bertaraf etmez. Zira bu durumda da ilgilinin rızasının bulunmaması veya işlemin yapılmasını istememesi, idareyi o işlemi yapmaktan alıkoymayacak; idare tek taraflı iradesiyle işlemi tesis edebile-

¹¹ Akıllıoğlu, s. 101, (Savunma hakları).

¹² Bu kuralın istisnası mevcuttur. Şöyle ki, Kamulaştırma Kanunu'nun 12. maddesinde "Bir kısmı kamulaştırılan taşınmaz maldan artan kısmı yararlanmaya elverişli bir durumda değil ise, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda dava açılmayan hallerde mal sahibinin en geç kamulaştırma kararının tebliğinden itibaren otuz gün içinde yazılı başvurusu üzerine, bu kısmın da kamulaştırılması zorunludur." yer alan hüküm uyarınca ilgilinin kalan kısmın da kamulaştırılması için idareye yaptığı başvuru idare için bağlayıcıdır. Akyılmaz, Bahtiyar, *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 58, (Usul).

¹³ Akıllıoğlu, s. 50, (Savunma hakları).

cek ve icrailik ilkesinin sonucu olarak da bu işlem muhatabının hukuk âleminde sonuçlarını doğuracaktır. İlgililerin işleme katılımının sağlanması, tek yanlılık özelliğini bertaraf eden bir durum değil; sadece yapılacak işlemin en iyi sonucu vermesini veya en uygun işlemin tesis edilmesi sağlayan bir nitelik taşıyacaktır.

II. Gizlilik

Gizlilik idarenin elindeki bilgi, belge ve diğer verilerin açıklanmamasıdır. Gizlilik kişilerin sadece idarenin elindeki kişisel bilgi ve belgelere ulaşabilmesi sorusunu değil, aynı zamanda, kamu hizmeti politikalarına ilişkin bilgi ve belgelere ulaşma imkânına sahip olup olmadıkları sorusunu da gündeme getirir.¹⁴

Eken, gizliliğin sebeplerini, siyasi rejimin niteliği, devlet güvenliği ve diplomasi, özel hayatın ve kişisel bilgilerin korunması gerekliliği, kamu yararı, ülkede mevcut olan bürokrasi geleneği ve yine bürokrasinin otorite kazanma isteği, yönetimde etkinliği ve tarafsızlığı sağlama düşüncesi, kötü yönetim uygulamaları ve memurların kendilerini denetim riskinden koruma eğilimleri şeklinde sıralamıştır.¹⁵

İdari alanda hâkim olan gizlilik ve dışı kapalılıktır. Gizlilik kapalılıktan farklı bir anlam taşır. Şöyle ki gizlilik idarenin elindeki bilgi ve belgeleri paylaşmak istememesini; kapalılık ise idarenin faaliyetlerinin tamamen kendi içerisinde meydana gelmesini, idarenin dıştan gelen her türlü etkiye karşı duyarsız kalmasını ve bu nedenle vatandaşların konular hakkında bilgi sahibi olamamasını ifade eder. Yani kapalılık, idarenin hizmetten yararlananlara karşı uyguladığı; gizlilik ise hem hizmetten yararlananlara hem de idarenin kendi içindeki kişi ve kurumlara karşı izlediği bir politikadır.¹⁶ Farklı anlamlara gelen kavramlar olsalar da bu iki kavramı birbirinden ayırmak pek mümkün de-

¹⁴ Barnett, Hilaire, *Constitutional And Administrative Law*, Fourth Edition, Cavendish Publishing Limited, London 2002, s. 359.

¹⁵ Konu hakkında geniş bilgi için bkz. Eken, Musa, *Yönetimde Şeffaflık*, Sakarya Kitabevi, s. 7 vd, (Şeffaflık).

¹⁶ Eken, s. 6, (Şeffaflık).

ğildir. Zira gizlilik geleneğine sahip bir idarenin tesis edeceği işlemleri dışarıya açmayacağı da kolaylıkla söylenebilir.¹⁷

Anayasa'nın 14. madde hükmüne göre,¹⁸ Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Bu sınırlama bilgi edinme hakkı için de geçerlidir. Zira pek çok diğer hak için de geçerli olduğu gibi bireylere sınırsız bir bilgi alma hakkının sağlanması kamu yararını zedeler. Bir ülkede bilgi ve belgelere ulaşma hakkı her ne kadar demokratik hukuk devleti olmak için gerekli ise de mutlak açıklık tehlikelidir. Mutlak açıklığın, karar alacak makamların diğer gruplar karşısında tarafsızlığını zedelemesi gibi sakıncaları vardır. Ayrıca özel hayata, ticari sırlara, devlet sırlarına, milli güvenliğe, para ve ekonomi politikalarına, devletlerarası ilişkilere ilişkin belgelerin açıklığı yarardan çok zarar getirir. Açıklığa istisna tutulması gereken konular kısaca şu hususları kapsar:¹⁹ özel hayatın gizliliğine ilişkin konular, ticari sırlar, devlet sırları, idarenin hazırlık ve iç düzen belgeleri vb... Ancak kanunla getirilen bu sınırlamalar idarenin kendi takdirine göre yeni şekillerde kısıtlanmamalıdır.²⁰ Nitekim Danıştay'ın görüşü de bu doğrultudadır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20/3. fıkrasında, mahkemece istenen bilgi ve belgelerin devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere ilişkin olması halinde başbakan veya ilgili bakanın, gerekçesini bildirmek suretiyle, bu belgeleri vermeyebileceği düzenlenmiştir.²¹ Ancak, verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ile-

¹⁷ Yürük, Tülin, "Bilgi Edinme Hakkının Niteliği ve Amacı", *Eskişehir Barosu Dergisi*, Y. 2005, S. 7, s. 39; Eken, s. 6, (Şeffaflık).

¹⁸ Kötüye kullanma yasağı sadece Anayasa'da belirtilen hak ve özgürlükler için değil aynı zamanda bütün hak ve özgürlükler için geçerli bir sınırlama olarak kabul edilmelidir. Yıldırım, Ramazan, "İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü", *Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu*, Ankara 1998, s. 234, (Bilgi edinme hakkı).

¹⁹ Yıldırım, s. 235 vd, (Bilgi edinme hakkı).

²⁰ Groves/Lee, s. 117.

²¹ İYUK madde 20 ilgisinin idari belgelere ulaşmasını sağlamak için değil; mahkemenin maddi gerçeği ortaya çıkarmasını sağlamak için getirilmiştir. Sezginer, Mu-

ri sürülen savunmaya göre karar verilemez. Böyle bir durumda mahkeme, verilmeyen bilgi ve belgelere dayalı olarak yapılmış savunma hariç, dosyada yer alan diğer bilgi ve belgeleri esas alarak ulaşacağı kanaate göre karar verecektir.²²

Gizlilik konusunda esas önemli olan, gizliliğin hiç olmaması değil ancak yukarıda ifade edilen hususların içeriğinin idarenin takdirine bırakılmadan yasama organınca liste şeklinde ve mümkün olduğunca tereddüde yer bırakmayacak biçimde belirlenmesidir. Ayrıca yasanın belirlediği, açıklık ilkesinin istisnasını teşkil eden bilgi ve belgelerin kapsamına nelerin gireceğini tespit etme yetkisi, her somut olayda yargı organına aittir. Nitekim idarenin, kamu yararı etiketi takarak yargı organından delileri saklaması her zaman ihtimal dahilindedir.²³ Danıştay 5. Dairesi 1991 tarihli bir kararında²⁴ “ *...fıkra da sözü edilen “gizli” kelimesiyle idarede de gizli olan ve hiç kimseye gösterilmemesi gereken belge ve dosyaların kastedildiğinde kuşkuyla yer yoktur. Dolayısıyla idarenin gönderirken üzerine gizlidir kaydını koyması veya ek bir yazıyla gizli olduğunu belirtmesinin kendiliğinden o belge veya dosyaya gizlilik niteliğini kazandırmayacağı açık olduğundan Mahkemenin bu çerçevede gerekli incelemeyi re’sen yaparak belge ve dosyanın gizli olup olmadığını bizzat saptaması ve sonucuna göre usuli işlemler yapması çağdaş hukuk devleti olmanın bir gereğidir.*” gerekçesiyle dosyanın veya belgenin üzerinde gizlidir yazılmasının o dosya veya bilgiye bu niteliği vermek için yeterli olmayacağını; bu konuda takdir yetkisinin mahkemede olduğuna hükme bağlamıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda açıklanması devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve devletin dış ilişkilerini tehlikeye düşürebilecek nitelikteki bilgilerin, devlet sırrı olarak kabul edileceği düzenlenmiştir (m. 47/1). Ancak yine aynı fıkra da bu bilgilerin mahkemeye karşı gizli tutulamayacağı da belirtilmiştir. Kanun koyucu, Danıştay’ın içtihatla geliştirdiği bu görüşü CMK’da doğrudan düzenlemiş olmakla birlikte bu düzenlemeyi hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suç-

rat, “İdari Belgelere Ulaşma Hakkı-Fransa Örneği”, SÜHFD, Y. 1998, C. 6, S. 1-2, s. 321.

²² D5D: 25.09.1996, E. 96/1345, K. 96/2819, DBB.

²³ Barnett: s. 359.

²⁴ D5D: 06.06.1991, E. 90/4297, K. 91/1099, DBB.

larla ilgili olarak kabul etmiş ve bu yolla devlet sırrı niteliğindeki belgelerin açıklanabileceği suç sayısını azaltmıştır.

III. Gizlilik Ve Kapalılığı Engelleyen Araçlar

Gerek belgelere erişim gerekse bilgi edinme hakkının temeli demokrasi, hukuk devleti ve eşitliktir. Temelleri aynı olan bu iki hak biri diğerinin içinde yer alacak şekilde, biri geniş diğeri daha dar niteliktedir. Bilgi edinme hakkı, belgelere erişim hakkını da içinde barındıran daha geniş kapsamlı bir haktır. Ancak çalışmamızda, bilgi edinme hakkının daha geniş olduğunu göz önünde tutarak, ona daha geniş yer vermek suretiyle, iki hakkı da ayrı ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz.

A. İdari Belgelere Erişim Hakkı

İdari belgelere erişim imkânının tanınması, yönetilen durumda bulunan kişilerin haklarının korunmasına hizmet eder. Bu imkânın bireylere sağlanmasıyla idare kapalılıktan kurtulmakta, açıklık ve katılım gerçekleşmektedir.²⁵ Bu bakımdan idari belgelere ulaşma imkânının tanınması savunma ve dinlenilme hakkının da bir gereğidir.²⁶

Belgelere ulaşma hakkı savunma hakları kapsamında değerlendirilebilecek olsa da ondan daha geniştir. Şöyle ki, savunma hakkının kullanılmasında söz konusu olan idarenin elindeki belgelere ulaşabilme hakkı, yalnız savunma yapacak kişiye tanınmış ve tesis edilen işleme yönelik iken, belgelere erişim hakkı konu sınırlaması olmadan ve herkese tanınmış bir haktır. Nitekim "*Bireyin İdarenin İşlemleri Karşısında Korunması Hakkında Kararda*" da bu iki hak birbirinden bağımsız olarak düzenlenmiştir.²⁷

Yönetimde gizlilik ve kapalılığın en önemli nedeni²⁸ idari karar alma yetkisinin kamu gücü kullanımının bir türevi olması ve yöneticilerin bu gücü paylaşmaktan imtina etmesidir. Oysa işlem tesis edilir-

²⁵ Sezginer, s. 343.

²⁶ Nieto, Eva - Delgado, M. Isaac and Garrido, *European Administrative Law in the Constitutional Treaty*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007, s. 39.

²⁷ Bereket, s. 24.

²⁸ Sezginer, s. 300.

ken bireyin o işleme ilişkin bilgilendirilmesi ve görüşlerini ileri sürmesinin sağlanması, ilgilinin kararı doğru bulunduğu takdirde yargıya gitmesine engel olacak ve bu sayede yargısal uyumsuzluğu önleyici bir işlev de görecektir. Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi de 2002 yılında aldığı tavsiye kararında (*Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi'nin Resmi Belgelere Erişme Konusunda Üye Devletlere Tavsiye Kararı*), üye devletlere resmi belgelere ulaşmak açısından gerekli yasal ve filli değişiklikleri yapmalarını tavsiye etmiştir.²⁹

B. Bilgi Edinme Hakkı

"Bireyin İdarenin İşlemleri Karşısında Korunması Hakkında Karar" uyarınca dinlenilme hakkının tamamlayıcısı niteliğinde görülen bu hak, kişinin düşüncesinin oluşmasına kaynaklık ettiği için düşünce hürriyetinin de temel ögesi ya da ön koşuludur.³⁰

Haber, bilgi³¹ ve belgelere ulaşabilme hakkı olarak da ifade edilen bu hak,³² İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 19., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10.,³³ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin

²⁹ Kararın Türkçe Metni için bkz. Kaya, Cemil, "Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi'nin Resmi Belgelere Erişme Konusunda Üye Devletlere Tavsiye Kararı" REC (2002) 2, TBB D, Y. 2005, S. 58, s. 189 vd., (Resmi belgelere erişim).

³⁰ Kaboğlu, Ö. İbrahim, *Özgürlükler Hukuku*, Afa Yayıncılık, 5. Baskı, İstanbul 1993, s. 215.

³¹ Bilginin reddedilmesinin vatandaşların siyasal yaşama katılmalarına imkan veren bütün kapıları kapatacağı ifade edilmiştir. Machado, Paulo A. L., "Anayasacılık Hareketleri", TBB Yayın No. 12, *TBB Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, Ankara 9-13 Ocak 2001, s. 31.

³² Kaboğlu, s. 215.

³³ Danıştay bu madde hükmüne istinaden verdiği bir kararında "*Olayda davacının Hukuk İşleri Müdürlüğü görevinden alınmasına neden olarak gösterilen yılbaşı tebrik kartında yer alan görüşler, yukarıda da değinildiği gibi, davacının kimi konularda, dilek ve temenni niteliğinde düşüncelerini belirtmekten ibarettir. Açık ve somut bir "kısıktırma" ya da "suça iteleme" niteliğinde olmadıkça herkesin düşüncelerini serbestçe açıklaması, demokratik toplum olmanın başta gelen temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Davacının yukarıda özetlenen görüş ve düşüncelerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/2.maddesinde yer verilen sınırlamaları aşan, başka bir anlatımla, ülkenin millî güvenliğini, toprak bütünlüğünü, kamu düzenini, genel sağlığı veya genel ahlakı, başkalarının şöhret veya haklarını ihlal eden ya da gizli bilgileri açığa vuran bir yönü bulunmadığı cihetle, adı geçen bahsi geçen tebrik kartıyla demokratik bir toplumun bireyi olarak uluslararası sözleşmelerle kendisine tanınan hakkı kullandığı, dolayısıyla bu eyleminin dava*

13., Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 1977 yılında kabul etmiş olduğu "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar" da, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 1981 yılında kabul etmiş olduğu "İdarenin Sahip Olduğu Bilgilere Erişme Hakkında Tavsiye Kararı"nda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 2002 yılında kabul etmiş olduğu "Resmi Belgelere Erişme Hakkındaki Tavsiye Kararı"nda ve 2009 tarihli "Resmi Belgelere Erişim Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi"nde yer almaktadır.³⁴

1982 Anayasası'nın "Düşünceyi Açıklama ve Yayma" kenar başlıklı 26. maddesi "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir." şeklinde düzenlenmek suretiyle devlete bilgi sağlama konusunda pozitif bir ödev yüklemekten ziyade müdahale etmeme zorunluluğu getirmiştir. Yani devlet bu hürriyetin kullanımında aktif değil pasiftir. Nitekim bu hak Anayasa'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri" bölümünde yani negatif statü haklarının düzenlendiği bölümde yer almaktadır. Ancak bu hakkın, bireylerin yönetime katılmasını sağlayan haklardan birini oluşturduğu için aktif statü hakkı olarak kabul edilerek siyasi haklar ve ödevler bölümünde düzenlenmesi gerektiği de ifade edilmektedir.³⁵

Bilgi edinme hakkı bir ülkede demokrasinin var olabilmesi için gereklidir. Bu hak sayesinde katılım gerçekleşmekte ve siyasal irade oluşmaktadır.³⁶ Bu hususta önemli olan, katılımın sadece örgütlenmiş

konusu işleme hukuki sebep oluşturamayacağı açıktır." ifadelerini kullanmıştır. D5D: 22.05.1991, E. 86/1723, K. 91/933, DBB.

³⁴ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 377.

³⁵ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 377.

³⁶ Bilgiyi yayma ve bilgi edinme hakkının demokrasinin kurucu unsuru olduğu ifade edilmiştir. Malaret, Elisenda "Demokratik Denetim ve Katılım", TBB Yayın No. 12, TBB Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Ankara 9-13 Ocak 2001, s. 425; Young, J. Hardin, "Administrative Procedure Act", Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Ankara 1998, s. 20.

kişiler için olması değil herhangi bir örgüte, kuruluşa üye olmayan tek bir bireyin de bu hakka sahip olmasıdır.³⁷

Bilgi edinme hakkının kullanılabilmesi için bir ülkede özgür basın var olması gerekir.³⁸ Basın, büyük halk kitlelerine kolaylıkla ulaşabilen ve aynı kitlenin bilgiye ulaşmasını sağlayan, bireylerin yönetime katılmasına imkan veren önemli bir unsurdur. Yöneticiler basın yoluyla halkın belirli konulardaki düşüncelerinin ne olduğunu öğrenirler. Yöneticiler basın aracılığıyla ulaştıkları bu görüşleri önemser ve mümkün olduğu kadar bu görüşler doğrultusunda karar alırlarsa, halkın yönetime katılması sağlanmış olur.³⁹

“Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”nın 8. maddesinde herkesin, kendisi hakkında toplanmış olan bilgilere erişme ve bunlar üzerinde düzeltme yaptırma hakkına sahip olduğu, bu kuralın bağımsız bir makam tarafından denetleneceği; 11. maddesinde herkesin kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ulusal sınırlarla kısıtlanmaksızın bir görüşe sahip olma, haber ve düşünceleri elde etme ve bunları ulaştırma özgürlüğüne sahip olduğu; 42. maddesinde Birliğin bütün vatandaşlarının veya bir üye devlette ikamet eden veya kanuni adresi bu devlette bulunan bütün gerçek veya tüzel kişilerin, Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon belgelerine erişme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.

Bazı yazarlar bilgi edinme hakkının hangi tür bilgi ve belgeleri içermesi gerektiğini sayma yoluyla belirtmiştir. Ancak burada olması gereken, kanunlarla, sınırları belirlenmiş gizlilik kurallarını koymak ve onun dışında kalan bilgi ve belgeleri halka interneti de kullanarak

³⁷ Yıldırım, s. 231, (Bilgi edinme hakkı).

³⁸ “Radyo ve televizyon yayınlarının serbest bırakılması, basın özgürlüğü anlayışındaki gelişimin doğal sonucu olmakla birlikte; bu özgürlük alanının, toplumun doğru bilgi edinme hakkı ve genel kamu yararı gözetilerek, kamuya sunulan hizmetin yansız, objektif biçimde yürütülebilmesi için düzenlenmesi gerektiği açıktır. Bir başka deyişle, radyo ve televizyon işletmeciliği düzenlenirken, basın özgürlüğünün toplumun doğru bilgilendirilmesi amacı doğrultusunda ve genel olarak kamu yararı zedelenmeden kullanılmasının sağlanması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.” DİBK, 10.04.2001, E. 01/1, K.01/4, DBB.

³⁹ Basın hürriyetinin düşünceyi açıklama özgürlüğünün bir çeşidi olduğu, çok yaygın ve etkili bir vasıta olduğu için farklı bir isim altında düzenlendiği ve Anayasa’da da ayrı bir hüküm olarak yer aldığı ifade edilmiştir. Armağan, Servet, “Basın Hürriyeti ve Sınırları”, *GÜHFD*, Y. 1998, C. 2, S. 1-2, s. 198.

açmaktır. Özellikle Türkiye gibi merkezden yönetim ilkesinin uygulandığı ülkelerde, taşrada yaşayan kişilerin her defasında başkente gelerek bilgi almaları masraflı olup uzun süre alacağı için, idarelerin internet sitelerinde gerekli düzenlemeleri yaparak, alınan kararları yayımlamaları gerekir. Nitekim, Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'nda kamu kurum ve kuruluşlarının, kendi görev ve yetki alanlarında, kamuyu ilgilendiren faaliyet ve işlemlerini, diğer iletişim araçlarının yanı sıra imkânlarının yeterliliği ölçüsünde elektronik ortamda da duyuracakları ve elektronik ortamda duyuruya ilişkin esas ve usullerin, yönetmelikte gösterileceği düzenlenBazı ülkelerde önceden belirlenmiş dokümanların idare tarafından yayımlanması, devlet belgelerine erişim hakkı ve tamamlanmamış, yanlış veya güncelliğini kaybetmiş kişisel bilgilerin değiştirilmesi usullerini de içeren bilgi edinme hakkı⁴⁰ Türkiye'de 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile düzenlenmiştir. Adı geçen Kanun, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektedir (m. 1). Bu kanun 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun hükümleri saklı kalmak üzere kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanır (m. 2). Kanun'un 4. maddesinde herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğu ancak Türkiye'de ikamet eden yabancılarla Türkiye'de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişilerin, isteyecekleri bilgilerin kendileriyle veya faaliyet alanlarıyla ilgili olması ve karşılıklılık ilkesinin varlığı halinde bu Kanun hükümlerinden yararlanacakları belirtilmiştir.⁴¹ Kanun'un bilgi verme yükümlülüğünü düzenleyen 5. maddesine göre, kurum ve kuruluşlar,⁴² bu Kanun'da yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlü olup, bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmayacaktır. Başvurunun yazılı yapılması, başvuruya-

⁴⁰ Groves/Lee, s. 117; Jones, Ian Ellis, *Essential Administrative Law*, Second Edition, Cavendish Publishing (Australia) Pty Limited, Sydney 2001, s. 138.

⁴¹ Ancak karşılıklılık ilkesi bir zorunluluk da değildir. Groves/Lee, s. 119; Fox, s. 343.

⁴² İngiltere'de ise kamu hizmetini görmekle görevli bazı özel hukuk kuruluşları da bu bilgi verme yükümlülüğünün kapsamındadırlar. Barnett, s. 361.

nın belirli bir adres göstermesi ve istenen bilginin anlaşılır derece açık olması gibi hususlar diğer ülkelerde yürürlükte bulunan bilgi edinme hakkı kanunlarında da aranan ortak şartlardandır.⁴³

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda bir takım sınırlamalar öngörülmüştür. Kanun'un 7. maddesi, istenen bilgi ve belgenin kurum ve kuruluşların ayrı veya özel bir çalışma, araştırma, inceleme ya da analiz yapmasını gerektirmesi halinde, başvuruya olumsuz cevap verebileceğini düzenlemiştir. Kanun'un 8. maddesinde kurum ve kuruluşlarca yayımlanmış veya yayın, broşür, ilân ve benzeri yollarla açıklanmış bilgi veya belgelerin, bilgi edinme başvurusuna konu olmayaacağı, ancak, yayımlanmış veya kamuya açıklanmış bilgi veya belgelerin ne şekilde, ne zaman ve nerede yayımlandığı veya açıklandığının başvurana bildirileceği; 9. maddesinde, istenen bilgi veya belgelerde, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler ile açıklanabilir nitelikte olanlar birlikte bulunuyor ve bunlar birbirlerinden ayrılabilirse, söz konusu bilgi veya belgelerin, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler çıkarıldıktan sonra başvuranın bilgisine sunulacağı ve ayırma gerekçesinin başvurana yazılı olarak bildirileceği düzenlenmiştir.

Kurum ve kuruluşlar, başvuru sahibine istenen belgenin onaylı bir kopyasını verirler. Bilgi veya belgenin niteliği gereği kopyasının verilmesinin mümkün olmadığı veya kopya çıkarılmasının aslına zarar vereceği hâllerde, kurum ve kuruluşlar ilgilinin; yazılı veya basılı belgeler için, söz konusu belgenin aslını incelemesi ve not alabilmesini, ses kaydı şeklindeki bilgi veya belgelerde bunları dinleyebilmesini, görüntü kaydı şeklindeki bilgi veya belgelerde bunları izleyebilmesini sağlamakla yükümlüdür. Bilgi ve belgelere ulaşım, sayılan şekillerden farklı bir tarzda elde edilebilecek nitelikteyse belgeye zarar vermek koşuluyla bu olanak sağlanacaktır. Başvurunun yapıldığı kurum ve kuruluş, erişimine olanak sağladığı bilgi veya belgeler için başvuru sahibinden erişimin gerektirdiği maliyet tutarı kadar bir ücreti bütçeye gelir kaydedilmek üzere tahsil edebilir (m. 10).

Kanun koyucu vatandaşların bilgiye ulaşma hakkını sınırlama yetkisine sahiptir. Nitekim İsviçre gibi bilgi edinme hakkı konusun-

⁴³ Groves/Lee, s. 120; Barnett, s. 362; Jones, s. 138.

da uzun bir geçmişi olan ülkelerde dahi çeşitli nedenlerle bu hakka istisna hükümler getirilmiştir.⁴⁴ Örneğin ticari sırlar, kişilerin özel hayatına ait sırlar, devlet sırlar, idarenin iç düzen belgeleri gibi konularda kanunla çeşitli sınırlamalar getirilmesi, bilgi edinme hakkına aykırılık teşkil etmez.⁴⁵ Benzer şekilde Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun dördüncü bölümünde bilgi edinme hakkının sınırları sayılmıştır.^{46,47} Adı geçen Kanun'un 16. maddesine göre açıklanması devletin emniyetine, dış ilişkilerine, millî savunmasına ve millî güvenliğine açıkça zarar verecek ve niteliği itibarıyla devlet sırrı olan gizlilik dereceli bilgi veya belgelerin; 17. maddede açıklanması ya da zamanından önce açıklanması hâlinde, ülkenin ekonomik çıkarlarına zarar verecek veya haksız rekabet ve kazanca sebep olacak bilgi veya belgelerin; 18. maddede sivil ve askerî istihbarat birimlerinin görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi veya belgelerin;⁴⁸ 19. maddede kurum ve kuruluşların yetkili birimlerince yürütülen idarî soruşturmalara ilgili olup, açıklanması veya zamanından önce açıklanması hâlinde kişilerin özel hayatına

⁴⁴ Kaya, Cemil, "İsveç'te Resmi Belgelere Erişim Hakkı", *Fikret Eren'e Armağan*, Ankara 2006, s. 1250.

⁴⁵ Yönetimde gizliliğin kamu düzenine ilişkin ve bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir. Akıllıoğlu, Tekin, "Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı", *AÜSBFD*, Y. 1991, C. 46, S. 1-2, s. 3, (Yönetimde açıklık).

⁴⁶ "4982 sayılı Yasa'nın anılan hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, idari aşamada dahi kişilerin bilgi ve belgelere erişmelerinin bir hak olarak kabul edilmek suretiyle yasal güvenceye kavuşturulduğu, bu hakkın ancak Yasada belirtilen hallerde sınırlanabileceği anlaşılmakta; bilgi edinme hakkı demokratik ve şeffaf bir yönetimin gereği olarak kabul edilmektedir." DİDDK: 12.06.2008, E. 05/3292, K. 08/1633, DBB.

⁴⁷ İngiliz hukukunda da bilgi edinme hakkına, isteğin aşırı olması, yasal dayanağının olmaması, daha önce de tekrarlanmış bir istek olması, başka yollardan elde edilebilecek nitelikte olması ya da ileride yayımlanacak olması hallerinde; ayrıca konu olarak, güvenlik güçlerine ilişkin, ulusal güvenliğe veya hükümet politikalarına ilişkin, ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin, adli soruşturmalara ilişkin, bakanlıklar arasındaki görüşmelere ilişkin, uluslararası ilişkilere ait, ticari ve kişisel bilgilere ilişkin olduğu durumlarda istisna getirilmektedir. Wade, H. W. R. / Forsty, C. F., *Administrative Law*, Eight Edition, Oxford 2000, s. 65-66; Barnett, s. 362.

Amerika'da da ulusal güvenlik bilgileri, özel kanunlarla yayımlanmayacağı belirtilmiş bilgiler, ticari ve finansal bilgiler ve ticaret sırları, kişisel gizliliği ihlal edebilecek nitelikte olan tıbbî veya diğer bilgiler, soruşturma dosyaları, petrol ve gaz yataklarına ilişkin bilgiler vb. gizli tutulmaktadır. Fox, s. 347 vd.

⁴⁸ Kanun burada bir istisna getirmiş ve istihbarata ilişkin bilgi ve belgelerin kişinin çalışma hayatını ve meslek onurunu etkileyecek nitelikte olması durumunda bu tür belge ve bilgilerin bilgi edinme hakkı kapsamında olacağını ifade etmiştir.

açıkça haksız müdahale sonucunu doğuracak, kişilerin veya soruşturmayı yürüten görevlilerin hayatını ya da güvenliğini tehlikeye sokacak, soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek, gizli kalması gereken bilgi kaynağının açığa çıkmasına neden olacak veya soruşturma ile ilgili benzeri bilgi ve bilgi kaynaklarının temin edilmesini güçleştirecek bilgi veya belgelerin; 20. maddesinde açıklanması veya zamanından önce açıklanması hâlinde suç işlenmesine yol açacak, suçların önlenmesi ve soruşturulması ya da suçluların kanunî yollarla yakalanıp kovuşturulmasını tehlikeye düşürecek, yargılama görevinin gereğince yerine getirilmesini engelleyecek, hakkında dava açılmış bir kişinin adil yargılanma hakkını ihlâl edecek nitelikteki bilgi veya belgelerin;⁴⁹ bunun dışında özel hayatın gizliliğine,⁵⁰ haberleşmenin gizliliğine, ticari sırlara,⁵¹ kurum ve kuruluşların, kamuoyunu ilgilendirmeyen ve sadece kendi personeli ile kurum içi uygulamalarına ilişkin düzenlemeler hakkındaki bilgi veya belgelerin⁵² bilgi edinme hakkı kapsamında olmadığını belirtilmiştir.⁵³ Ancak belirtilen bu istisnalar, genel prensip olan bilgi edinme hakkının kullanımını güçsüzleştirecek nitelikte oldukları için eleştirilmektedir.⁵⁴

Danıştay, hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinde, idarenin faaliyetlerini objektif esaslara göre ve güvenilir bir sistem içerisinde

⁴⁹ Kanun, Ceza Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu ve diğer özel kanun hükümlerinin saklı olduğunu belirtmektedir.

⁵⁰ Bu kaleme örnek olarak ailevi ilişkiler (evlat edinme), eğitim, vasilik, sağlık kayıtları, sosyal güvenlik bilgileri verilebilir. Ayrıca bu tür bilgilerde idarenin bu gizliliği yumuşatmaması gerektiği de ifade edilmiştir. Barnett, s. 360.

⁵¹ "... Ticari işletmeleri korumak, haksız rekabeti önlemek ve serbest piyasa ekonomisinin tam işlemlerini sağlamak için bilgi edinme hakkına bazı sınırlamalar getirilebilmesi mümkündür. Ancak belirtilen amaçla konular gizlilik kuralı; ticari işletmelerin sahip olduğu bilimsel veriler ile ekonomik ve mali durumlarını ve pazarlama tekniklerini kapsayan ticari sır niteliğindeki bilgilerin gizli tutulması ile sınırlıdır." D10D: 06.03.2007, E. 04/10375, K. 07/891, DBB.

⁵² Kurum ve kuruluşların, kurum içi uygulamalarına ilişkin düzenlemeler kurum çalışanlarını etkiler nitelikteyse onların bilgi edinme hakları saklıdır.

⁵³ Avustralya Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda da kamuyu, iş hayatını ve kişisel yararları korumak için çeşitli muafiyetler getirilmiştir. Bu cümleden hareketle örneğin, kişisel ve ticari durumları etkileyen belgeler, hükümet belgeleri, iç yazışmalar, sır niteliğindeki belgeler vb. bilgi edinme hakkından istisna tutulmaktadır. Geniş bilgi için bkz. Groves/Lee, s. 124 vd; Jones, s.139 vd.

⁵⁴ Barnett, s. 362.

de yürütmesinde etkili ve önemli araçlardan birisinin idarenin şeffaflığı ilkesi olduğunu, bu ilkeyi tamamlayan haklardan en önemlisinin ise bilgi edinme hak ve özgürlüğü olduğunu ifade etmiştir. Danıştay'a göre bilgi edinme hakkı ilgililerin karar alma süreçlerine katılabilmelerine, denetim mekanizmalarının etkin bir şekilde işletilebilmesine ve hak arama özgürlüğünün etkili bir şekilde kullanılmasına olanak sağlamaktadır.⁵⁵

Bir ülkede vatandaşların bilgi edinme hakkına sahip olması için o ülkede mevzuatla devlete bu konuda bir yükümlülük getirilmiş olması gerekir.⁵⁶ Açıklık, yönetimin herkesçe görülebilir olmasıdır.⁵⁷ Kimi hukuk sistemleri bilgi ve belgelerde açıklığı idarenin bunu sağlama-sı gerekli bir ödev olarak; kimi sistemler ise vatandaşlara tanınmış bir hak olarak düzenlemiştir. İdareye yüklenmiş ödev biçimindeki bir düzenleme açıklığı sınırlandırabilir. Zira idare bu durumda açıklığın kapsamını belirleme bakımından takdir yetkisine sahip olur. Böylesi bir sistemde birey ancak idareye bilgi verme konusunda bir yükümlülük getirilmişse bu bilgiye ulaşabilecek, aksi durumda bilgiyi verip vermemek idarenin takdirde olacaktır. Bu sistemler arasında yönetimde açıklığı sağlayabilecek en iyi yol, bireylere idari bilgi ve belgelere ulaşma konusunda hak tanınması ve kanunda açıkça öngörülmuş istisnalar dışında da bilgi verme bakımından idarenin yükümlendirilmesidir.

IV.Genel İdari Usul Kanununun Gerekliği

İdari usul, idarenin kamu hizmetini hızlı ve etkili bir şekilde gerçekleştirebilmesi için gerekli olan hukuki şartların sağlanması ve idari kararların tarafsız ve dikkatli bir araştırmaya dayandırılması suretiyle kamu hizmetinden yararlananların⁵⁸ hak ve menfaatlerinin teminat al-

⁵⁵ D10D: 06.03.2007, E. 04/10375, K. 07/891, DBB.

⁵⁶ Kaboğlu, konunun üç boyutu olduğunu vurgulamaktadır. Müellife göre bunlardan ilki bilgi ve haberleri iletme özgürlüğü, ikincisi karşılıklı olarak enformasyon alışverişinde bulunma hakkı ve üçüncüsü de bilgi edinme-bilgilendirilme hakkıdır. Kaboğlu, s. 216.

⁵⁷ Akıllıoğlu, s. 9, (Yönetimde açıklık).

⁵⁸ Yönetilen ifadesi yerine kamu hizmetinden yararlanan ifadesinin kullanılmasının nedeni, yöneten-yönetilen ayrımının soğukluğunu ve idarenin kamu gücünü kamu yararına kullanması gerekliliğini göstermektir. Akyılmaz, Bahtiyar, "Yeni

tına alınması amacına yönelmiştir.⁵⁹ Bu amaç, idari faaliyetlerde yönetilenlerin katılımının sağlanması, fikirlerini veya ellerindeki bilgi, belge ve delilleri beyan ederek idareyi aydınlatmaları ve idari başvuruların etkin şekilde kullanılmasıyla gerçekleşebilir.⁶⁰

Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'nda idarenin yapacağı işlemlerde, insan haklarına saygılı olmak; adalet, kanun önünde eşitlik, hukukî güvenlik ve istikrar, tarafsızlık, iyi yönetim, açıklık ve katılım, ölçülülük, doğru bilgilendirme, usul ekonomisi, kamu yararının gerçekleştirilmesi ilkelerine uymakla ve yargı kararlarının gereklerini yerine getirmekle yükümlü olduğu vurgulanmıştır.

İdari işlemin yapılışı sırasında izlenecek herhangi bir usulün öngörülmemesi ve bu konuda idareye geniş bir serbesti tanınması, işlemlerin gizli kalmasına, işlemlerden muhatabın haberdar edilmemesine, idarelerden benzer olaylarda farklı kararların çıkmasına ve bu nedenle eşitlik ilkesinin zedelenmesine neden olur. Ayrıca mevcut yolsuzluk ve kayırmalar nedeniyle idarenin faaliyetlerini belirli usuller çerçevesinde yerine getirmesini düzenlemek, idarenin daha etkin bir şekilde denetlenmesine de imkân verir.⁶¹

İdari usulden ne anlaşılması gerektiği sorusunun cevabına gelince, idari usul, *“idari faaliyetin hangi idari makam tarafından hangi biçimde, hangi aşamalardan geçilerek yapılacağını gösteren ve ne şekilde “tespit” edileceğini ortaya koyan kurallar bütünü”* şeklinde tarif edilebilir.⁶²

Yasama yetkisini kullanan meclisin Anayasa ve içtüzük, yargı yetkisini kullanan mahkemelerin muhakeme usulü kanunları olmakla birlikte yürütmenin ve onun bir parçasını teşkil eden idarenin tesis edeceği işlemleri nasıl yapacağına ilişkin genel bir usul kanunu bulunmamaktadır.⁶³ Bu durum idarenin kamu hizmetini verimli şekil-

Bir İdari usul Kanunu Örneği: İspanya Kamu İdarelerinin Hukuki Rejimi ve Genel İdari Usul Hakkında Kanun”, *Başbakanlık İdari Usul Kanunu Uluslararası Sempozyumu*, Ankara 1998, s. 35, dip. 3, (İspanya örneği).

⁵⁹ Akyılmaz, s. 35, (İspanya örneği).

⁶⁰ Azrak, A. Ülku, “İdarenin Yargısal Denetimine İlişkin Sorunlar”, TBB Yayın No.12, *TBB Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, Ankara 9-13 Ocak 2001, s. 73.

⁶¹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 371.

⁶² Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 372.

⁶³ Alan, s. 15, (Bürokrasi); Odyakmaz, Zehra, “İdari Usulden Beklediklerimiz”, *Başba-*

de yürütmesini engellediği gibi bireyi de idare karşısında yargı öncesi korumasız bırakmaktadır.

Mevcut yararlarına rağmen idari usulü düzenleyen kanunların yürürlüğe girmesine çeşitli nedenlerle karşı çıkıldığı da bir gerçektir. İdari faaliyetlerin usul kurallarına bağlanması konusunda direnç gösterilmesinin nedeni olarak şunlar söylenebilir:⁶⁴

- İdare, yargı organı gibi hukuki bir ilişkinin dışında kalan üçüncü kişi konumunda değildir. Yaptığı iş kendi işi olduğu için tarafsız bir hukuk süjesi gibi hareket etmez.

- İdarenin amacı hukuki uyumsuzlukları çözmek olmayıp, kamu yararını sağlamaktır. Personelinin ve faaliyetlerinin sayıca fazlalığı, idareyi çoğunlukla yaratıcı faaliyetlerde bulunmaya zorlar. İdareye, kamu hizmetini yerine getirirken uyması gereken usul kuralları getirmek, onun rahat hareket etmesini zorlaştırır.

- Bireyin idareye karşı korunmasında sadece idari yargının yeterli olduğu düşünülmektedir. Bununla birlikte, idari yargının varlığı bireylerin haklarının korunmasında vazgeçilemez bir gereklilik olmakla birlikte, idarenin her alana etkin şekilde müdahalesinin başlamasından sonra, sadece idari yargının varlığını yeterli görmek fazla iyimserlik olur.⁶⁵

Ayrı bir idari yargı ve idare hukukunun olduğu ülkelerde idari usul kuralları genellikle idari yargı içtihatlarıyla da ortaya çıkmaktadır.⁶⁶ Nitekim Danıştay da eski tarihli bir kararında genel idari usul kanununun gerekliliği konusunda genel görüşün aksine, idari usul kurallarının yargı içtihatlarıyla gelişmesi gerektiğini zira idarenin çok defa nerde, ne zaman, nasıl hareket edeceği kestirilemeyeceği için önce-

kanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı uluslararası Sempozyumu, Ankara 1998, s. 2.

⁶⁴ Azrak, A. Ülkü, "İdari Usulün Kodifikasyonuna İlişkin Sorunlar", *Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı uluslararası Sempozyumu*, Ankara 1998, s. 87 vd, (Sorunlar); Kıratlı, Metin, "İsviçre'de İdari Usul Kodifikasyonu", *AİD*, Y. 1973, C. 6, S. 2, s. 47.

⁶⁵ Azrak, idari yargının tek başına kişilerin haklarını korumaya yetmemesinin nedenini bazı hallerde idari yargıya başvurmanın imkânsız olmasına, idari yargıya başvurmanın masraflı olmasına ve yargılama sürecinin çok uzun sürmesine bağlamaktadır. Azrak, Ülkü, "Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi", *İÜHFİM*, Y. 1967, C. XXXIII, S. 1-2, s. 69, (Kodifikasyon).

⁶⁶ Kıratlı, s. 47.

den düzenlenmiş kurallarla bu konuların düzenlenemeyeceğini ifade etmiştir.⁶⁷

Türkiye’de idari faaliyetlerin nasıl yapılacağını gösteren ve uyulması gereken esasları düzenleyen genel bir idari usul kanunu olmakla birlikte ayrı ayrı kamulaştırma, vergi, kamu alacakları, disiplin ve ihalelere ilişkin hükümlerin bulunduğu kanunlar mevcuttur. Bu kanunlara örnek olarak, Devlet İhale Kanunu, Kamu İhale Kanunu, Kamulaştırma Kanunu, İmar Kanunu, Vergi Usul Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu ve Sıkıyönetim Kanunu gösterilebilir. Ayrıca idari yargı içtihatlarıyla oluşmuş yetki ve usulde paralellik gibi idari usul ilkeleri de mevcuttur.

İdari işlem ve eylemlerin tabi olduğu usuller, hakları koruma amacı güder. Bu nedenle idari usul kuralları hakların korunması açısından yargısal denetimden önce bir ön sorun olarak incelenmelidir.⁶⁸ İdari karar ve işlemlerin tesis edilmesinde belirli bir usulün bulunmaması, kamu yararının göz ardı edilmesine ve kamu hizmetine yabancı unsurların idari işlemin tesisinde rol oynamasına neden olabilir.⁶⁹

İdari karar alma sürecinde bireyin etkin olamaması, kararların dışı kapalı alınması kamu personelinin egemenliğini yaratmakta, bu kapalılık aynı zamanda her türlü yolsuzluğun rahatlıkla yapılabilmesine imkân vermekte ve bireylerin idareye olan güvenini azaltmaktadır. Bu durumun bir diğer sakıncası ise yöneticileri halktan koparmasıdır.⁷⁰

Anayasa’nın 123. maddesinde idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca idarenin kamu hizmetini yerine getirmesine ilişkin usulün de kanunla düzenlenmesi gerektiği ve genel bir idari usul kanununun çıkarılmasının Anayasal bir emir olduğu bu maddeye istinaden söylenebilir. Alan ise çıkarılması gerekli genel bir idari usul yasasının dayanağının Anayasa’nın 40/2 “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” fıkrasıdır.

⁶⁷ D5D: 26.03.1970, E. 69/4331, K. 70/1004, Akyılmaz, s. 96, (Usul).

⁶⁸ Kaboğlu, s. 99.

⁶⁹ Alan, s. 15, (Bürokrasi).

⁷⁰ Alan, s. 16, (Bürokrasi).

sında bulunduğunu söylemektedir.⁷¹ Anayasa'nın anılan hükmü uyarınca var olan bildirim yükümlülüğünün kapsamına sadece idare girmemekte bunun yanında diğer devlet organları da aynı yükümlülüğe tabi olmaktadır. Devlet için böyle bir yükümlülüğün söz konusu olmasında, işlemin ilgilisinin hukuki durumunu olumsuz yönde etkilemesi zorunluluğu da yoktur. Ancak ilgilinin kendi lehine olan işleme karşı dava açması da, hukuki yararın bulunması gerekliliği ilkesine aykırıdır. Anayasa koyucu, hangi işlemin ilgilinin hakkını ihlal eder nitelikte olduğunun tespiti her zaman kolay olmadığından ve bu konuda idareye takdir yetkisi vermek istememesinden dolayı her hangi bir ayrıma gitmeden tüm işlemler için bu hükmü kabul etmiştir. Bu kural, karışık olan mevzuat karşısında hak kayıplarının önlenmesi açısından da önemlidir. Bu düzenleme ayrıca hukuka aykırı kararların yargı önüne getirilebilmesini de sağlamakta, bu bakımdan hukuk devletinin gerçekleşmesine ve idarenin hukuka bağlı kalmasına olanak sağlamaktadır. Bu kural sayesinde başvuru yollarının gösterilmesi idari işlemin içinde bulunması gereken zorunlu bir şekil şartı haline gelmiştir. Bu bakımdan bu kurala uyulmaması işlemin şekil yönünden iptalini gerektirir.⁷²

A. İdari Usul Kanununun Faydaları:

Genel idari usul kanununun kabulü, bir takım yararları da beraberinde getirir:⁷³

⁷¹ Alan, s. 17, (Bürokrasi).

⁷² Danıştay İdari Dava Daireleri'nin de bir olaya ilişkin verdiği karara karşı oy yazan bir hakim başvuru yollarının gösterilmesinin önemini şu cümlelerle açıklamıştır: "İdari usulde, usul süreci sonunda ortaya çıkan kararın, kararın muhatabı için gerek uygulama gerek bilgilenme ve gerekse hukuk yollarına müracaat edebilme hususunda yeterince "açık", "yol gösterici" olma zorunluluğu "başvuru yollarının gösterilmesi" ilkesini ortaya çıkarmıştır. Çünkü idari işlemin sadece gerekçe ve hüküm fıkrasının bildirilmesi, bireysel hak ve menfaatler için yeteri kadar güvence taşımadığından, bu karara karşı başvurulabilecek kanun yollarının da gösterilmiş olması gerekmektedir. Başka bir anlatımda, işlem metninde başvuru yollarının gösterilmesi, kişilerin kendilerine tanınmış bulunan kanuni hakları kolaylıkla kullanmalarını sağlayacak, işleme karşı nereye ve daha da önemlisi hangi süre içinde başvuruda bulunulabileceğinin, başvurunun zorunlu olup olmadığının bilinmesi, işlemin yöneldiği kişinin uğrayabileceği muhtemel mağduriyetleri işin başında giderecektir." DİDDK: 16.06.2005, E. 03/428, K. 05/2175, DBB.

⁷³ Kanlıgöz, Cihan, "Katılımcı Demokrasi Ya Da "İdari Usul Kanunu Hazırlığı" Ulus-

Öncelikle, idari usul kanunuyla ilgilinin idari işlemin oluşması sürecine katılması sağlanırsa idare şeffaflaşır. Ayrıca bireyler kendileri hakkında alınan kararın gerekçesini doğru bulup tatmin olurlarsa yargıya başvurmayarak yargının iş yükünü azaltırlar.⁷⁴ Bunun yanında idari usul kanunu ilgiliyi dava açmaktan vazgeçirmeyecek olsa bile, bu kanunda öngörülen usullerin uygulanması, idarenin bireylere saygı duyduğunu ve yaptığı işin keyfi olmadığını gösterecek olması bakımından da önemlidir.

İdari usul kanununda İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndakine benzer usullerde bir idari başvuru yolu getirilirse, ilgili ilk olarak idari başvuru yollarını tüketecek, üst makam işlemin öngörülen şekilde yapılmadığına veya esasın hukuka aykırı olduğuna karar verirse işlemi değiştirip kaldırabilecektir. Böylesi bir düzenleme yine idari yargının görev yükünü önemli ölçüde azaltır. İlgili, idari başvuru sonrası ulaştığı sonucu da beğenmediği takdirde, yargıya başvurabilecek olmakla birlikte bu durumda idari süreçte işlem iyice incelenmiş olduğu için yargı, idarenin incelemelerinden istifade edecek ve bu suretle yargılama daha hızlı tamamlanacaktır.⁷⁵ Bu konuya ilişkin olarak Akıllıoğlu şunları söylemektedir: *“Yönetmelik etkili olursa yönetmelik yargıya daha az iş düşecektir. Öte yandan yönetmelik yargı bireyin korunmasında “olaydan sonra” konumdadır. İhlâl vaki olduktan sonra izleri silmeye çalışır. Yönetmelik ise “olaydan önce” konumdadır, başka bir deyişle ihlâlin vuku bulmasını önler konumdadır. Kısaca her ikisinin değeri farklıdır. Ancak birbirini tamamlaması arzu edilir.”*

lararası Sempozyumu Üzerine”, *AÜHFD*, Y. 1996, C. 45, S. 1-4, s. 168; Güran, s. 102 vd; Gürsel, s. 24 vd; Yıldırım, Ramazan, “Globalleşme Sürecinde Türk Cumhuriyetlerinde Demokrasinin Geçirdiği Aşamalar ve Ulaşması Gereken Hedef: Yönetimde Demokrasi”, *Kamu Hukuku Arşivi*, Eylül 2003, <http://www.akader.info/KHUKA/indexs.htm>; Azrak, s. 90 vd, (Sorunlar); Akyılmaz, s. 71 vd, (Usul).

⁷⁴ Akıllıoğlu, Tekin, “Yönetmelik İşlemlerde Gereke İlkesi”, *AİD*, Y. 1982 C. 15, S. 2, s. 19, (Gereke). Ancak idari usulün yargısal korumayla da desteklenmiş olması gereklidir. Nitekim Akıllıoğlu bir başka eserinde yargı denetimiyle tamamlanmamış bir idari usulün çatısı olmayan bir yapıya benzeyeceğini belirtmiştir. Akıllıoğlu, s. 56, (Savunma hakları).

⁷⁵ Akıllıoğlu, Tekin, “İdari Usul Ve Kişisel Verilerin Korunması”, www.idare.gen.tr/akillioğlu-idariusul.htm, 29.10.2009, (Kişisel verilerin korunması); benzer bir ikili ayırım için bkz. Alan, Nuri, “Savunma Hakkı”, *DD*, Y. 23, S. 87, s. 20, (Savunma hakkı); Güran, s. 102; Gürsel, s. 14.

Çıkarılacak genel bir idari usul kanununa idari karar alma yetkisine sahip bütün makamlar uymak zorunda olacağı için, idarelerin farklı uygulamalar yapmasının önüne geçilecek ve anayasal bir ilke olan eşitlik sağlanmış olacaktır.⁷⁶

Yürütmeyi ve onun uzantısı olan idareyi (yargı haricinde) denetleme yetkisi meclisindir. Meclis, yürütmeyi idarenin işleyişinde aksaklıklar olduğunu düşündüğü durumlarda çeşitli yollarla denetleyebilmektedir. Vekillerin sahip olduğu yürütme üzerindeki bu denetim yetkisi, çıkarılacak bir idari usul kanunuyla egemenliğin asıl sahibi olan millete de tanınmalıdır. Egemenliğin asıl sahibi olanlar, idari usul kanunundaki idarenin açıklığına ilişkin düzenlemeler sayesinde idareyi rahatlıkla denetleyebilir. Bu ise demokrasi için bir gerekliliktir.⁷⁷

İdari usul kanununda bireyin alınacak karara katılımının sağlanmasına ilişkin düzenlemelerin getirilmesi, idarenin karar sürecinde ilgililere danışmasını emrecek ve idare bu görüşler doğrultusunda, en azından belirli bir hassasiyet göstererek, bir karar aldığı anda sonradan yönetilenlere hiç danışmadan aldığı kimi bazı kararlarda olduğu gibi gelen tepkiler üzerine işlemini geri çekmek zorunda kalmayacaktır. Bu ise idareye olan güveni artırır.

İdari faaliyetlerin yapılışı sırasında belirli usul kurallarına uyulmak zorunda olunması, idareyi yapacağı işlemlerde ikinci kere düşünmeye iteceğinden, idarenin keyfi davranmasının da engel olur.

İdari faaliyetlerin yerine getirilmesinde vatandaşların yönetime katılmasının engellenmesi "*güçlü devletin varlığı için gereklidir*" şeklinde bir anlayış hâkimdir. Ancak bu yanlıştır. Günümüzde çağdaş anlamda güçlü bir devletten bahsedildiği zaman, katılımın sağlandığı, bireylerin idareye kolayca ulaşabildiği devletler ilk sırada gelir. Zira demokratik yönetimlerde ancak yönetilenlerin desteğine sahip bir siyasal yapı halkın desteğini sağlayacağı için güçlü devlet olur.⁷⁸

⁷⁶ Odyakmaz, s. 2.

⁷⁷ Güran, s. 103.

⁷⁸ Doğan, İlyas, "Yönetilenlere Katılım Yollarının Kısıtlanması Güçlü Devlet Anlamına Gelir mi?", *Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu*, Ankara 1998, s. 141.

İdarenin alacağı kararlarda açıklık sağlamadığı takdirde, özellikle ekonomik özelliği olan imar, ihale gibi konularda, görevliler, gerek baskı altında kalarak gerekse kendi çıkarları nedeniyle hukuksuz işlemler tesis edebilirler. Bu tür tehlikelerin bertaraf edilmesi için, bireylerin karar sürecine katılması ve bu tür faaliyetlerin vatandaşların gözleri önünde yapılması gerekir.

Kamu gücünün⁷⁹ kullanılmasına güzel örneklerden biri olan tek taraflı işlem tesis etme yetkisinin sadece yargı makamları önünde sonradan bir denetimle incelenebilecek olması da bireylerin korunması açısından istenen sonucu her zaman vermez.⁸⁰ Bu konuda söylenebilecek bir diğer husus da şudur: Bilindiği gibi idarenin bütün işlem ve eylemlerinin nihai amacı kamu yararadır. Bu bakımdan idari işlemlerin yapılması sırasında ilgili kişilerin ya da kuruluşların idari işlem sürecine dahil edilmesi bu kamu yararının tespitini de kolaylaştırır. İdari işlemlere vatandaşların katılımının sağlanması, bir diğer yandan idari yargının sahip olmadığı yerindelik denetimini doğrudan vatandaşların yapabilmesine imkân verir. Bu durumda idarenin takdiri yerini halkın takdirine bırakır.⁸¹

B. İdari Usul Kanunu'nun Konusu

İdari usule ilişkin düzenlemeler genellikle bireysel idari işlemleri (idari kararları) kapsar. Kararname, tüzük, yönetmelik gibi objektif, soyut, kişilik dışı kurallar koyan işlemlerin yapılış aşaması, idarenin özel hukuk tüzelkişisi sıfatıyla yürüttüğü faaliyetler, icrai olmayan ve idarenin iç işleyişine yönelik işlemler, idari işlemlerin icra edilmesine yönelik idari eylemler idari usulün konusuna girmezler. İdari kararların tesisi sırasındaki hazırlık işlemlerinin, işlemi tesis edecek makamların hangileri olduğu, tesis edilen idari işlemle menfaati bulunan kişiler arasındaki ilişkileri (ne tür hakları olduğu ve neleri ileri sürebilecekleri), idari işlemlere karşı başvuru yollarını ve idari işlemin geri alı-

⁷⁹ Akıllıoğlu'nun da ifade ettiği gibi kamu gücünün varlığı ve kullanılması sakıncalı değildir, sakıncalı olan onun gizli kullanılmasıdır. Akıllıoğlu, s. 117, (Savunma hakları).

⁸⁰ Güran, bu durumun kamu görevlilerini hukuka aykırı davranmaya bile özendirceğini ifade etmiştir. Güran, s. 102.

⁸¹ Kanlıgöz, s. 182.

nırken, kaldırılırken yani idare tarafından üstünde bir tasarruf gerçekleştirilirken izlenecek usuller idari usulün konusunu oluşturur.⁸²

Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi'nce kabul edilen 28 Eylül 1977 tarih ve (77) 31 karar numaralı "*İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar*" da da anılan ilkelerin bireysel idari işlemler açısından, üye devletlerce esinlenilmesi tavsiyesinde bulunulmuştur.⁸³ Ancak idari usul kanununda öngörülen usullerin sadece idari kararlar için olduğunu kabul etmek ve idarenin düzenleyici işlemlerine bu usullerin uygulanmayacağını söylemek hatalı bir tespit olur. Tüzükler⁸⁴ ve yönetmelikler için de idari usul kuralları uygulanmalıdır. İdari usul kanununa getirilecek hükümlerle tüzük söz konusu olduğunda Bakanlar Kurulu'nun -nasıl ki Danıştay'ın incelemesinden geçmek zorundadır- tüzüğün ilgili olacağı konulara ilişkin alanlarda görevli odalardan, derneklerden veya diğer sivil toplum örgütlerinden belirli bir süre vererek görüşlerini istemesi ve diğer sayılan idarelerin de yine benzer şekilde adı ne olursa olsun çıkaracakları ve ilgililerin menfaatlerini etkileyecek düzenleyici işlemlerde benzer şekilde süreler vererek görüşlerini istemeleri demokratik esaslara daha uygun olacaktır. Ancak böylesi bir düzenleme yapılırken elbette ki idarenin elini kolunu bağlayacak şekilde bir düzenlemeye gidilmemelidir. Bu durum yarardan çok zarar doğuracak, idare görev yapamaz hale geleceğinden kamu hizmetleri aksayacak, bu durumda ise kamu yararı zedelenecektir.⁸⁵ İdari usul kanunlarında idari kararlar için öngörül-müş olan usullerin düzenleyici işlemleri için de tanınması gerekir. Düzenleyici işlemler daha çok kişinin haklarına ilişkin hükümler içerdiğinden, o sayıda kişinin (bütün kişilerin görüşünün alınması mümkün olmamakla birlikte sivil toplum örgütlerinin görüşü alınarak) bu iş-

⁸² Gürsel: s. 19; Azrak: s. 75 vd, (Kodifikasyon).

⁸³ Kuntbay, İhsan, "*İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması*", *AİD*, Y. 1978, C. 11, S. 4, s. 3.

⁸⁴ Tüzüklerin çıkarılması sırasında uygulanacak usul kurallarının bir kısmı Anayasa'nın 115. maddesinde düzenlenmiştir.

⁸⁵ Bu sakıncaları önlemek için idari yargılama usulüne ilişkin kuralların idari usule değiştirilerek uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Yapılacak değişiklikler hem yönetilenlere yargılamadakine benzer haklar verecek ve birey idare önünde de yeterli hukuki güvenceye sahip olacak hem de idarenin hantallaşması, işlem yapamaz hale gelmesinin önüne geçilecektir.

lemin yapılmasına katılmasına imkân verecek ve idare bu oranda karar alma sürecinde yönetilenlerin katılımını sağlamış olacaktır.

İdari usul, idarenin nasıl davranacağını önceden düzenlediği için her ne kadar kişilere hukuki güvenlik sağlasa da; idarenin nerede, nasıl, ne zaman hareket edeceğinin önceden saptanması kolay olmadığı için, idarenin bütün faaliyetlerinin önceden koyulmuş kurallara bağlanamayacağı da bilinen bir gerçektir.⁸⁶ Genel idari usul kanununun, demokratik hukuk devleti için bir gereklilik olduğu doğru ise de çıkarılacak olan bu kanun sihirli bir değnek değildir ve idarenin işleyişindeki bütün olumsuzlukları kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Bu bakımdan yöneticiler açık ve katılımcı bir idarenin yararına inanmalı ve kapalı yönetim anlayışını terk etmelidir.⁸⁷ Buna ilave olarak yürütme ve idarenin, bireyleri yönetilen olarak değil; kendilerinin hizmet sunmakla yükümlü oldukları hak sahipleri olarak görmeleri gerekir.

C. İdari Usul İlkeleri

Burada biz idari usul ilkelerinin tamamını değil sadece gerekçe, dinlenilme ve savunma hakkını incelemeye çalışacağız. Bilgi edinme ve belgelere erişim hakkı olarak nitelendirilen, idarede gizliliğin ve kapalılığın önlenmesine ilişkin ilkelere ise yukarıda değinilmişti. Ancak elbette ki idari usul ilkeleri sayılan bu dördülden ibaret değildir. Bunların yanında, re'sen araştırma ilkesi, usul ekonomisi, danışmanlık ve hukuki yardım, başvuru yollarının gösterilmesi gibi farklı ilkeler de mevcuttur.⁸⁸ Ancak çalışmamızın sınırlandırılması gerekliliği açısından burada sadece yukarıda da ifade edildiği gibi gerekçe, dinlenme ve savunma haklarını inceleyeceğiz.

1. Gerekçe

Anayasa'nın 141/3. fıkrası uyarınca bütün mahkemelerin her türlü kararları (nihai kararları veya ara kararları) gerekçeli olmak zorundadır. Yasama organının işlemleri açısından ise genel bir gerekçe yü-

⁸⁶ Akıllıoğlu, s. 11, (Savunma hakları).

⁸⁷ Alan, s. 18, (Bürokrasi); Malaret, s. 430.

⁸⁸ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 497 vd.

kümlülüğü bulunmamakla birlikte Meclis İçtüzüğü'nün 73. maddesinde hükümetçe hazırlanan kanun tasarılarının bütün bakanlarca imzalanacağı ve gerekçesi ile birlikte Meclis Başkanlığı'na sunulacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde İçtüzüğün 74. maddesinde kanun tekliflerinin; 87. maddesinde değişiklik önergelerinin gerekçeli olacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte idarenin yapacağı işlemlere gerekçeyi de eklemesi gerektiğine ilişkin kanunlarda öngörülmüş birkaç istisna dışında genel bir hüküm bulunmamaktadır.

Gerekçe, işlem nedeninin işlem metninde gösterilmesidir. Gerekçe daha çok işlemin dayandığı hukuki ve maddi olaylar hakkında ilgilisine bilgi vermek amacını taşır. İYUK madde 2'ye göre idari yargı hâkimi, işlemi neden (sebeup) ve diğer unsurları bakımından hukuka uygunluk denetimine tabi tutar.⁸⁹ İşlemin nedeninin hâkime; gerekçenin ise işlemin ilgisine yönelik olduğu söylenebilir.⁹⁰ İşlemin neden ögesi ile bunun yazılı metne aktarılması olan gerekçenin paralel olması gerekir.⁹¹

İlgilinin işlemin hukuki nedenini öğrenebilmesi için gerekçenin yeterli açıklıkta yazılmış olması da gerekir. Zira gerekçe yönetilenlerin bilgi almasını sağlayan bir uygulamadır.⁹² İdare tarafından "görülen lüzum üzerine" şeklinde yazılan veya kanundaki maddelerin belirtilmesiyle yetinilen bir gerekçe bu yükümlülüğü sadece şeklen yerine getirme özelliğini taşıyacak, bunun ötesinde muhatabının bilgilenmesine imkan vermeyecektir. "Bireyin İdarenin İşlemi Karşısında Korunması Hakkında Karar" da gerekçenin, özellikle bireyleri olumsuz yönde et-

⁸⁹ "İşlemlerde gösterilen sebep ve gerekçe, işlemin yasaya uygunluğu ve dayanağını değerlendirme, itiraz edip etmeme konusunda ilgililere yardımcı olmakla birlikte, idarenin saydamlığı, savunma hakları ve idareye güven ilkeleri ve hukuk devleti anlayışının oluşumu noktalarında da büyük öneme sahiptir." D8D: 11.01.2010, E. 09/7855; D8D: 25.12.2009, E. 09/6617; D8D: 15.01.2010, E. 09/8191, (Güncel kararlar), DBB.

⁹⁰ Gerekçenin işlemin sunulmasıyla, dış hukuka uygunluk ile sebep ögesinin ise işlemin temeli, iç hukuka uygunluk ile ilgisi vardır. Sezginer, Murat, "Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü", *Başbakanlık Uluslararası İdari Usul Kanunu Hazırlığı Sempozyumu*, Ankara 1998, s. 217, (İdari işlemin dış görünüşü).

⁹¹ Bir kısım görüşe göre gerekçe savunma haklarından biri olup dinlenilme hakkını tamamlayan bir öge; kimi görüşe göre gerekçe idarenin ilgiliyi asgari düzeyde bilgilendirme ödevi; kimilerine göre ise temel hak niteliğindedir. Akıllıoğlu, s. 7 ve 15, (Gerekçe).

⁹² Akıllıoğlu, s. 9, (Gerekçe).

kileyen kararlarda idari işlemin temel ögesi olduğu, ilgilinin ancak gerekçe sayesinde itiraz edip etmemeğe karar vereceği ifade edilmiştir.⁹³

Gerekçenin işlemin muhatabı, idarenin kendisi ve yargısal denetim bakımından çeşitli yararları vardır.⁹⁴ İşlemin muhatabı açısından; ilgili, işlemin gerekçesini gördüğü zaman bu işlemin hukukiliğine inandığı takdirde dava açma yoluna gitmeyecek veya dava açmış olsa bile gerekli savunmasını gerekçede yer alan bilgilerden yola çıkarak daha rahat hazırlayabilecektir. Gerekçe açıklamak zorunda olan idare, işlem tesis etmeden önce geliş güzel hareketlerden kaçınacak ve işlem için dayandığı hukuki sebepleri iyice etüt edecektir. Ayrıca yine idare gerekçeli olarak verdiği kararda kararının hukuka uygun olup olmadığını yeniden denetleme imkânına sahip olur.⁹⁵ Gerekçenin işlem metninde yer alma zorunluluğunun yargı yerleri bakımından yararı ise, mahkemeler önlerine gelen davada idari işlemi sebep unsuru bakımından denetlerken gerekçede açıklanmış olan bilgilerden de yararlanmak suretiyle daha verimli bir inceleme yapar.

Danıştay *"idari işlemlerin bir sebebe ve gerekçeye dayalı olması hukukun genel ilkelerinden olduğundan, bu ilke genel anlamda düzenleme veya işlem yapan idareyi uyguladığı ve düzenleme yaptığı alanda doğru ve anlamlı olgular ortaya koymaya ve denetim yapmaya zorlar. İşlemlerde gösterilen sebep ve gerekçe, işlemin yasaya uygunluğu ve dayanağını değerlendirme, itiraz edip etmeme konusunda ilgililere yardımcı olmakla birlikte, idarenin saydamlığı, savunma hakları ve idareye güven ilkeleri ve hukuk devleti anlayışının oluşumu noktalarında da büyük öneme sahiptir."* ifadeleriyle gerekçenin önemine değinmiştir. Yüksek mahkeme aynı kararında gerekçenin düzenlemeye temel teşkil ettiğinden sonuçlandırıldığı anda zaten var olan bir kavramı ifade etmekte olduğunu; gerekçenin işlem hukuk âleminde sonuç doğurup, dava konusu edildikten sonra oluşturulacak bir sebep olmadığını ifade etmiştir.⁹⁶

⁹³ Kuntbay, s. 11; Gerekçenin bir zorunluluk olduğu Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında da ifade edilmiştir (m. 41). www.dpt.gov.tr.

⁹⁴ Sezginer, s. 219, (İdari işlemin dış görünüşü).

⁹⁵ Akyılmaz, Bahtiyar, "İdari İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü", *Şeref Gözübüyük'e Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 23, (Gerekçe).

⁹⁶ D8D: 01.03.2010, E. 09/7831; D8D: 01.03.2010, E. 09/7826, (Güncel kararlar), DBB.

İdari kararlar açısından, bazı istisnalar dışında, idarenin gerekçe bildirme yükümlülüğü yoktur. Bu durumda açılan bir davada mahkeme isterse, idare, işlemin gerekçesini mahkemeye göndermekte ve davacı da işlemin gerekçesini bu zaman öğrenebilmektedir. Kısaca idare sadece işlemi ilgilisine tebliğ etmekte; ilgili, işlemin doğurduğu hukuki sonucu öğrenmekte ve bu ise ilgiliyi tatmin etmemektedir. Bu durum özellikle idarenin takdir yetkisine sahip olduğu işlemlerde söz konusu olmaktadır.

Ülkemizde gerekçenin işlem metninde gösterilmesinin zorunluluk olduğuna ilişkin genel bir kural mevcut değildir. Ancak bazı kanunlar getirdikleri özel düzenlemeler aracılığıyla istisnai olarak idarenin tesis ettiği bazı işlemlerin metninde gerekçe olması gerekliliğini vurgulamıştır.⁹⁷ Bu tür kanunlarla öngörülmuş istisnai durumlarda gerekçenin işlem metninde gösterilmemiş olması işlemin iptaline neden olabilir.⁹⁸ Danıştay 1994 tarihli bir kararında,⁹⁹ “İdarenin işlemleri karşısında Bireyin Korunması Hakkındaki Avrupa Bakanlar Komitesi’nin 77 sayılı kararında, ilgilinin hak ve özgürlüklerine veya çıkarlarına değinen bir idari işlem söz konusu olursa, olabilecek itiraza olanak vermek için gerekçeli olması öngörülmiştir. İdari işlemlerin gerekçeli olması ilkesi; işlemi yapan idareyi yönetsel işlemin dayandığı maddi ve hukuksal nedenleri açıklamaya, uyguladığı yasayı kavramaya, doğru ve anlamlı olgular ortaya koymaya ve denetim yapmaya zorlar. İşlemden, gösterilen gerekçe işlemin yasaya uygunluğunu değerlendirme, itiraz edip etmeme ve yargı yoluna gidip gitmeme konusunda işlemin ilgisine yardımcı olur. ... Bütün bu düzenlemeler de idari işlemin gerekçeli olmasını bir şekil şartı olarak öngörmektedir. Davacının Sarı Basın Kartı talebinin reddine ilişkin dava konusu işlem ‘idari işlemlerin gerekçeli olması ilkesi’ne aykırı bulunmaktadır.” ifadesiyle gerekçenin ne olduğuna değinmiştir. Ancak idarenin bu kararı temyiz etmesi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu “...kararda gerekçeye yer verilmemiş olmasının kararın şekil şartını oluşturmada olduğudur. Ancak burada öngörülen şekil kuralı işlemin varoluş şartına ilişkin olmayıp sonucu etki-

⁹⁷ Kamu İhale Kanunu m. 40/6, Gümrük Kanunu m. 6/3, Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun m. 7, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu m. 11-12.

⁹⁸ Akıllıoğlu’na göre gerekçenin gösterilmemesi usuli bir hukuka aykırılık (şekil bakımında) olmaktan çok savunma hakkının ihlali niteliğindedir. Akıllıoğlu, s. 15, (Gerekçe).

⁹⁹ D10D: 10.11.1994, E. 93/1403, K. 94/5633, DBB.

lemeyen, ilgililerin durumunu değiştirmeyen bir özelliğe sahip bulunduğundan, bu kurala uyulmamış olması dava konusu işlemin esasının incelenmesini engellemeyecek ve yalnızca bu yönden iptalini gerektirmeyecektir. Bu durumda dava konusu işlemin dayandığı sebep, davalı idarece anılan Yönetmeliğin 22. maddesi olarak belirtildiğinden dava konusu işlemin, sebep unsuru yönünden hukuka uygunluk denetimi yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken işlemin, gerekçeye yer verilmemiş olmasından bahisle iptal edilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” gerekçesiyle 10. Daire'nin kararını bozmuştur.¹⁰⁰ Ancak, gerekçeyi esası etkilemeyen bir şekil bozukluğu olarak görmek yerine savunma hakkının bir çeşidi olarak nitelenmek ve ona göre karar vermek hukuk devletine daha uygun düşecektir.

Gerekçenin idari işlem türlerinden hangisinde var olması gerektiğinin tespiti de ayrı bir sorundur. Zira bilindiği gibi idari işlemler, düzenleyici-bireysel, yararlandırıcı-yükümlendirici, şart-subjektif işlemler vb. çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. İdari usul kanununu benimsemiş olan ülkelerin uygulamalarına bakıldığında, bir kısmında gerekçelendirilmesi gereken işlemlerin kanunda sayma yoluyla tek tek belirlendiği; bir kısmında ise genel olarak gerekçe belirtilmesinin kabul edildiği ancak gerekçelendirilmesi gerekmeyen işlemlerin sayma yoluyla belirlendiği görülmektedir.¹⁰¹ Geniş bir incelemeye girmeden söylemek gerekirse, idarenin takdir yetkisini kullanarak tesis ettiği işlemlerde, idarenin bütün düzenleyici işlemlerinde ve bireylere yükümlülük getiren bütün idari kararlarda idareyi işlem yapmaya sevk eden hukuki ve fiili nedenlerin işlem metninde gösterilmesi, savunma haklarının tam olarak kullanılabilmesi ve hukuk devleti idealinin gerçekleştirilmesi açısından gereklidir.

2. Dinlenilme ve Savunma Hakkı

Kişiye, hukuki durumunu etkileyecek nitelikte bir işlem tesis etmeden önce işlemin dayandığı vakıalarla ilgili kendi fikrini açıklama, itiraz etme ve delillerini sunma fırsatının verilmesi, sadece o kişi açısından değil; aynı zamanda idare için de olayın araştırma ve soruş-

¹⁰⁰ DİDDK: 17.10.1997, E. 95/769, K. 97/525, DBB.

¹⁰¹ Akyılmaz, s. 24 vd, (Gerekçe).

turmasında, vakıaların açıklığa kavuşmasını sağlayacağı için önemli bir araçtır. Dinlenilme hakkının, idarenin kişinin hukuki durumunu olumsuz yönde etkileyecek idari işlemlerinde ve bir idari işlemin yapılmasına yönelik taleplerin reddi halinde kullanılması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁰² Bu sayede idare bütün işlemleri açısından dinlenilme hakkını kullandırmak zorunda olmaktan da kurtulmuş olur. Ancak, işlemin ilgilisinin hukukunu olumlu veya olumsuz yönde etkileyeceği kesin olarak tespit edilemiyorsa bu durumda dinlenilme hakkı kullanılmalıdır.

Dinlenilme hakkı sayesinde hem idare bir işlem tesis etmek iradesini açıklamak suretiyle açıklığı sağlamakta hem de işlemin muhatabı dinlendiği için katılım gerçekleşmektedir.¹⁰³ İşlemin tesisi sırasında dinlenilme hakkının tanınması idare açısından da yararlıdır. İdare, işlemin muhatabının ileri sürdüğü hususları da göz önüne alarak gerekçesini ona göre şekillendirebilir; gözden kaçırdığı eksiklikler varsa işleme onları da ekleyebilir. Danıştay da, *“Esasen, zorunlu eğitim kapsamındaki okul öncesi ve diğer öğrenci taşıma hizmetlerini düzenli ve güvenli hale getirmek, bu amaçla taşıma yapacak gerçek ve tüzel kişilerin yeterlilik ve çalışma şartlarını belirlemek, davalı Bakanlığın görev ve yetkisi kapsamında olmakla birlikte, bu düzenlemenin konusu, öğrencileri, velileri, okul yönetimlerini dolayısıyla Milli Eğitim Bakanlığı’na, taşıma hizmetini sunacakların bağlı olduğu meslek örgütlerini, taşıma işinin yapıldığı karayollarının ve şehir içi yolların yapımı, bakımı ile trafik güvenliği ile ilgili konularda görevli idareler ile belediyeleri doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendirmektedir. Bu nedenle, anılan kişi ve kurumların bu konuyla ilgili görüş, deneyimleri uygulamada karşılaştıkları sorunları ile taleplerinin neler olduğunun öğrenilerek, bilimsel metodoloji kuralları içinde istatistiki bilgilere dayalı olarak bir değerlendirme yapılması halinde; yapılacak düzenlemelerin subjektif ve tek yönlü değerlendirmelerden uzak, somut ve yeterli nedenlere dayalı olacağı da kuş-*

¹⁰² Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 375; Kuntbay, s. 9.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının İyi Yönetilme Hakkı başlıklı 41. maddesinde de herkesin, kendisiyle ilgili işlerin, Birliğin kurum ve kuruluşları tarafından, tarafsız ve adil bir şekilde ve makul bir süre içinde görülmesi hakkına sahip olduğu ve bu hakkın herkesin, kendisini olumsuz biçimde etkileyecek önlemler alınmadan önce, dinlenme hakkını içerdiği ifade edilmiştir. www.dpt.gov.tr.

¹⁰³ Akyılmaz, s. 140, (Usul).

kusuzdur." gerekçesiyle ilgili kişi ve kurumların işlem tesis edilmeden önce dinlenilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁰⁴

"İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkındaki Karar" da idarenin hangi zaman diliminde ilgiliyi dinlemesi gerektiğine ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Bunun nedeni olarak, çok değişik idari uygulamaların olması ve süreç içerisinde işlemin yeniden gözden geçirilebilecek olması nedeniyle katı bir kural koymanın zorluğu gösterilmiştir. Bununla birlikte dinlenilme hakkının istenen sonucu vermesi için işlemin tesisi sırasında bu hakkın kullanılması gerekir. Bakanlar Komitesi kararına göre dinlenilme hakkının kullanılması iyi ve etkin bir idarenin gerekleri ile bağdaşır olmalıdır. Bu bakımdan ertelenmesi mümkün olmayan bir durum söz konusu olduğunda, ilgiyi dinlemenin imkânsız veya yararsız olduğu durumlarda veya ilgilinin karar sürecini geciktirmek istediğinin anlaşıldığı durumlarda ilgilinin dinlenilmesine gerek yoktur.¹⁰⁵ Yine aynı Kararda, ilgilinin dinlenilme hakkını etkili bir şekilde kullanabilmesi için, idarenin önceden uygun bir zaman vererek hazırlığını yapması amacıyla ilgiliyi haberdar etmesi de gerekir.

Türk idare hukukunda idari işlemin yapılışı sırasında işlem den etkilenecek kişilere, genel bir usuli hak olarak dinlenilme hakkı tanınmamıştır. İdare hukukumuzda bu konu daha çok disiplin hukuku içinde düzenlenmiş bulunan savunma hakkı çerçevesinde karşımıza çıkmakta, yine bu çerçevede yargısal içtihatlarla konu olmaktadır.¹⁰⁶ Anayasa'nın 129. maddesi memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceğini belirtmiş ve disiplin hükümleri içeren kanunlar da buna paralel düzenlemeler getirmiştir.

Anayasa'nın 36. maddesinde hüküm altına alınan ve herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğunu belirten hak arama hürriyeti, ne yazık ki, ida-

¹⁰⁴ D8D: 15.12.2009, E. 09/8738, (Güncel kararlar), DBB.

¹⁰⁵ Kuntbay, s. 9.

¹⁰⁶ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 376.

re karşısında savunma hakkı ve başvuru yollarının gösterilmesi gibi sınırlı birkaç husus dışında tanınmamıştır. Ancak bu hakkın muhakeme sürecinden önce bireye tanınması, ilgilinin alınacak karara yapacağı beyanlarla etkin olarak katılımını sağlayacağı için demokratik yönetime ve hukuk devleti ilkesine daha uygun olacaktır. Nitekim Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'nda "*Dinlenme Hakkı*" başlığı altında idarenin işlem tesis etmesinden önce ilgiliyi dinleyebileceği düzenlenmiştir.

Sonuç

İdari usul ilkeleri her ne kadar uygulamada idarenin hareket hızını düşürecek ve ona ayak bağı olacak nitelikte kurallar olarak (idare tarafından) görülse de, bu haklar Anayasa'da yer alan demokratik, hukuk devletinin hayata geçirilebilmesi için varlığı lazım gelen kurallardır. Zira ancak bilgi edinme hakkı veya işlem öncesinde dinlenme hakkı gibi hakların tanınması sayesinde bireyler idarenin işlem sürecine katılabilecek ve iradeleri esasa etkili olabilecektir. Bu tür hakların tanınması aynı zamanda idarenin gelişi güzel hareketlerden kaçınmasına da imkan sağlar. Bunun yanında idari usul kanunuyla getirilecek diğer ilkeler sayesinde birey, yargıya başvurmadan, hukuki yollardan korunma imkanına kavuşacaktır. Bireyin hakları, idareye karşı mahkemeler huzuruna gelmeden ve işlem tesis edilirken korunursa yargının iş yükü azalır ve vatandaşların uzun süreler haklarına kavuşmayı beklemeleri ortadan kalkar. Hukuk devletinin gerçekleşmesi açısından yargısal denetim her ne kadar vazgeçilmez ise de yargılama faaliyetinin yavaş işlemesi (ve adaletin geç gelmesi) ve bazı durumlarda hak kaybı oluştuktan sonra mahkemenin bir karara varması, yargısal korunmayı bazen ihtiyaca cevap vermeyecek duruma sokmaktadır. Bu nedenle bireylerin işlem tesisi sırasında ve hızlı bir şekilde hukuki korunma yollarına sahip olması, ifade edilen sakıncaları önleyebilir. Ayrıca bütün idarelerin işlem tesis ederken önceden düzenlenmiş usul kurallarına tabi olmaları, uygulamada farklı sonuçların doğmasını engelleyecek ve anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesi de güvence altına alınmış olacaktır.

KAYNAKLAR

- Akıllıoğlu, Tekin, “İdari Usul Ve Kişisel Verilerin Korunması”, www.idare.gen.tr/akkillioglu-idariusul.htm, (Kişisel verilerin korunması).
- Akıllıoğlu, Tekin, “Yönetimde Açıklık-Gizlilik Ve Bilgi Alma Hakkı”, *AÜSBFD*, Y. 1991 C. 46, S. 1-2, (Yönetimde açıklık).
- Akıllıoğlu, Tekin, “Yönetimsel İşlemlerde Gerekçe İlkesi”, *AİD*, Y. 1982 C. 15, S.2, (Gerekçe).
- Akıllıoğlu, Tekin, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, TODAİE Yayınları No. 206, Ankara 1983, (Savunma hakları).
- Akyılmaz, Bahtiyar, “İdari İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü”, *Şeref Gözübüyük'e Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, (Gerekçe).
- Akyılmaz, Bahtiyar, “Yeni Bir İdari usul Kanunu Örneği: İspanya Kamu İdarelerinin Hukuki Rejimi Ve Genel İdari Usul Hakkında Kanun”, *Başbakanlık İdari Usul Kanunu Uluslararası Sempozyumu*, Ankara 1998, (İspanya örneği).
- Akyılmaz, Bahtiyar, *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, (Usul).
- Akyılmaz, Bahtiyar /Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.
- Alan, Nuri, “Bürokrasi Ve insan Hakları”, TBB Yayınları No. 122, *Bürokrasi Ve İnsan Hakları Açık Oturumu*, Ankara 2006, (Bürokrasi).
- Alan, Nuri, “Savunma Hakkı”, *Danıştay Dergisi*, Y. 23, S. 87, (Savunma hakkı).
- Alpar, Erol, “Yönetimi Etkileyen Anayasal Ve Diğer İlkeler”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Y. 2000, S. 13.
- Armağan, Servet, “Basın Hürriyeti Ve Sınırları”, *GÜHFD*, Y. 1998, C. 2, S. 1-2.
- Azrak, A. Ülkü, “İdarenin Yargısal Denetimine İlişkin Sorunlar”, Türkiye Barolar Birliği Yayın No. 12, *TBB Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, Ankara 9-13 Ocak 2001.
- Azrak, A. Ülkü, “İdari Usulün Kodifikasyonuna İlişkin Sorunlar”, *Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu*, Ankara 1998, (Sorunlar).
- Azrak A. Ülkü, “Umumi İdari Usul Ve Kodifikasyonu Meselesi”, *İÜHFMD*, Y. 1967, C. XXXIII, S. 1-2, (Kodifikasyon).

- Barnett, Hilaire, *Constitutional And Administrative Law*, Fourth Edition, Cavendish Publishing Limited, London 2002.
- Bereket, Zuhale, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- Doğan, İlyas, "Yönetilenlere Katılım yollarının Kısıtlanması Güçlü Devlet Anlamına Gelir mi?", *Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu*, Ankara 1998.
- Eken, Musa, "Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı", *AİD*, Y. 1994, C. 27, S. 2.
- Eken, Musa, *Yönetimde Şeffaflık*, Sakarya Kitabevi, (Şeffaflık).
- Fox, F. William, *Understanding Administrative Law*, LexisNexis, Fifth Edition, San Francisco 2008.
- Gözübüyük, Şeref, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Kitabevi, Ankara 1995. Groves, Matthew / Lee, H.P., *Australian Administrative Law*, Cambridge University Press, 2007.
- Güran, Sait, "Yönetimde Açıklık", *İHİD, Sarıca'ya Armağan*, Y. 1982-3, S. 1-3, (Açıklık).
- Gürsel, Özkan, "İdari Usul", *Danıştay Dergisi*, Y. 2000-30, S. 101.
- Jones, Ian Ellis, *Essential Administrative Law*, Second Edition, Cavendish Publishing (Australia) Pty Limited, Sydney 2001.
- Kaboğlu, Ö. İbrahim, *Özgürlükler Hukuku*, Afa Yayıncılık, 5. Bası, İstanbul 1993.
- Kanlıgöz, Cihan, "Katılımcı Demokrasi Ya Da "İdari Usul Kanunu Hazırlığı" Uluslararası Sempozyumu Üzerine", *AÜHFD*, Y. 1996, C. 45, S. 1-4.
- Kaya, Cemil, "Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi'nin Resmi Belgelere Erişme Konusunda Üye Devletlere Tavsiye Kararı" REC (2002) 2i TBBD, Y. 2005, S. 58, (Resmi belgelere erişim).
- Kaya, Cemil, "İsveç'te Resmi Belgelere Erişim Hakkı", *Fikret Eren'e Armağan*, Ankara 2006.
- Kıratlı, Metin, "İsviçre'de İdari Usul Kodifikasyonu", *AİD*, Y. 1973, C. 6, S. 2.
- Kuntbay, İhsan, "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması", *AİD*, Y. 1978, C. 11, S. 4.
- Machado, Paulo A. L., "Anayasacılık Hareketleri", Türkiye Barolar Birliği Yayın No.12, *TBB Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, Ankara 9-13 Ocak 2001.

- Malaret, Elisenda, "Demokratik Denetim Ve Katılım", TBB Yayın No. 12, TBB Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Ankara 9-13 Ocak 2001.
- Nieto, Eva / Delgoda, M. Isaac and Garrido, *European Administrative Law In The Constitutional Treaty*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007.
- Odyakmaz, Zehra, "İdari Usulden Beklediklerimiz", *Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu*, Ankara 1998.
- Özay, İl Han, "Demokratik Yönetim Ve Yönetimde Demokrasi", *Başbakanlık İdari Usul Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu*, Ankara 1998.
- Sezginer, Murat, "İdari Belgelere Ulaşma Hakkı -Fransa Örneği", *SÜHFD*, Y. 1998, C. 6, S. 1-2.
- Sezginer, Murat, "Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü", *Başbakanlık Uluslararası İdari Usul Kanunu Hazırlığı Sempozyumu*, Ankara 1998, (İdari işlemin dış görünüşü).
- Wade, H. W. R., / Forsty, C. F., *Administrative Law*, Eight Edition, Oxford 2000.
- Yıldırım, Ramazan, "Globalleşme Sürecinde Türk Cumhuriyetlerinde Demokrasinin Geçirdiği Aşamalar Ve ulaşması Gereken Hedef: Yönetimde Demokrasi", *Kamu Hukuku Arşivi*, Eylül 2003, <http://www.akader.info/KHUKA/indeks.htm>.
- Yıldırım, Ramazan, "İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü", *Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu*, Ankara 1998, (Bilgi edinme hakkı).
- Young, J. Hardin, "Administrative Procedure Act", *Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu*, Ankara 1998.
- Yürük, Tülin, "Bilgi Edinme Hakkının Niteliği ve Amacı", *Eskişehir Barosu Dergisi*, Y. 2005, S. 7.

ADİL YARGILANMANIN BİR UNSURU OLARAK “SUSMA HAKKI”

“THE RIGHT OF SILENCE” AS AN ELEMENT OF FAIR TRIAL

Çağrı KAN AYDIN*

Özet: Temel hak ve özgürlüklerin etkili bir biçimde korunmasını sağlamak için bu hak ve özgürlüklerin hukuki metinlerde sayılması yeterli değildir. Aynı zamanda, bu hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla yönelik olarak birtakım temel usul güvencelerine de yer verilmesi gerekir. Bu nedenle adil yargılanma hakkı, temel usul güvenceleri ile birlikte batı hukuk sistemlerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Susma hakkı ise bu bütünün içinde adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak savunma hakkı bakımından önemli bir yer teşkil etmektedir. Susma hakkı bulunmayan savunma hakkı eksiktir. Susma hakkının çalıştırılmadığı bir yargılamada da adil bir yargılamadan söz edilemeyecektir. Adil bir yargılama, bu kapsamdaki hakların azami seviyede yerine getirilmesi ile mümkündür. Bu bakımdan susma hakkı sanığı koruyan ve gerçeği öğrenmek için her türlü yöntemin kullanılmadığı bir yargılamayı garanti etmektedir. Ancak susma hakkı adil yargılanma içinde mutlak değildir.

Anahtar Sözcükler: Susma hakkı, ceza hukuku, insan hakları, adil yargılanma, savunma hakları.

Abstract: In order to effectively protect fundamental rights and freedom, it is not enough to mention these rights and freedom in legal texts. It is also required to include some fundamental method assurances to protect these rights and freedom. Therefore, right of fair trial with the fundamental method assurances is an inseparable part of common law systems. The right of silence is occupying an important place from the point of defendant right within that totality as an element of right of fair trial. Defendant right will be incomplete without right of silence. It will also not be possible to mention about a fair trial without an operational right of silence.

* Nevşehir Üniversitesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri ABD öğretim elemanı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD doktora öğrencisi.

A fair trial is possible with the maximum fulfilment of rights in this content. In this respect, right of silence is assuring a trial protecting the culprit and lack of all manners of methods to learn the truth. On the other hand, right of silence is not absolute in fair trial.

Keywords: Right of silence, fair trial, criminal law, human rights, defendant rights.

İLK SÖZ

Temel hak ve özgürlüklerin etkili bir biçimde korunmasını sağlamak için bu hak ve özgürlüklerin hukuki metinlerde sayılması yeterli değildir. Aynı zamanda, bu hak ve özgürlüklerin korunması amacına yönelik olarak birtakım temel usul güvencelerine de yer verilmesi gerekir. Bu nedenle adil yargılanma hakkı temel usul güvenceleri ile birlikte batı hukuk sistemlerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır.¹ Bir insan hakkı² olarak adil yargılanma hakkı insan hakları hukuku ve uluslararası ceza hukukunda ifadesini, örf ve adet hukuku ile yazılı anlaşmalar hukukunda da kaynağını bulan bir hak olması dolayısıyla oldukça önemlidir.³ Bu hak demokratik bir yönetimin temel öğelerinden olan “hukukun üstünlüğü ilkesini” içinde barındırmaktadır. Adil yargılanma hakkının aynı zamanda AİHS’de bulunan diğer hakların uygulanabilirliği bakımından da temel bir işlevi bulunmaktadır.

¹ Tanrıkulu, Sezgin, Adil Yargılanma ve İddianamenin İadesi-Kabulü-Tebliğü, *TBB Dergisi*, S. 64, Ankara 2006, s. 71.

² Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Ankara 1997, s. 33 vd.; İnsan hakları, sözleşme ya da hukuktan değil ahlakilik düşüncesinden kaynaklanır. İnsan hakları en üstün ahlaki taleplerdir. Çünkü insan haklarının koruduğu temel değer, en üstün ahlaki değer olan insanın değeridir.

³ Ünver, Yener, “Adil Bir Yargılanmaya İlişkin Avrupa Temel Hakkı”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, *Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan*, s. 67; Avrupa sathındaki mahkemelerdeki adil yargılanma ilkesi açısından, şimdiye kadar uygulamaya geçirildiği ve ihlal edildiği en çok saptanmış bulunan madde AİHS’nin 6. maddesidir, Turan, Hüseyin, “Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki Yeri ve Önemi” , *TBB*, Sayı 84, 2009, s. 213.; Maddenin sözleşmenin en önemli maddesi durumuna gelmesinde birden çok neden bulunmaktadır. İhlalin yoğunluğunun dışındaki nedenlerden ilki maddenin gerek iç hukukta gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde en çok başvuru konusu olma özelliğini taşımasıdır. Bir diğer nedense adil yargılanma hakkını düzenleyen sözleşmenin 6. maddesinin hukuk devleti ve demokrasi ile yakın ilişki içerisinde olan sözleşmenin en kapsamlı maddelerinden biri olmasıdır.

Bu işlev adil yargılanma hakkının⁴ birden fazla unsuru içeren bir bütün olmasıdır.⁵ Tüm bunlar adil yargılanma hakkına önem atfetmektedir. "Susma hakkı" ise bu bütünün içinde adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak savunma hakkı bakımından önemli bir yer teşkil etmektedir. Susma hakkı bulunmayan savunma hakkı eksiktir. Susma hakkının çalıştırılmadığı bir yargılamada da adil bir yargılamadan söz edilemeyecektir. Tüm bunlara ilave olarak, adil bir yargılama tüm aşamaları ile bir bütün olarak değerlendirileceğinden ve şüphelilik statüsünün soruşturmayla başladığı⁶ da göz önüne alınacak olursa, hak ihlalinin yaşanmaması açısından özellikle de konumuz olan "susma hakkı" açısından içerilen önem açıktır. Adil yargılanmanın yumuşak karını, adil yargılanma hakkının ne olduğunun tanımlanmış olmamasıdır. Gerçekten insan hakları hukuku, uluslararası ceza hukuku ve iç hukuk metin ve uygulamalarında bu konuda herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Adil bir yargılama-yargılanma açısından sağlıklı bir değerlendirme yapabilmekse ancak adil yargılanma hakkının kapsamındaki hakların sayılması ile yapılabilmektedir. İşte susma hakkı bu kapsamdaki haklardan biridir.⁷ Bu açıdan adil yargılama-yargılanma açı-

⁴ Altunkaş, Aysun, "Adil Yargılanma Hakkı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü Işığında", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2007, S. 1, İstanbul, s. 64.; Adil yargılanma hakkının medeni, hukuki ve cezai yargılama alanı olmak üzere bütün hukuk sistemini etkileyen bir hak olması dolayısı ile bu kapsamda yer alan haklara bütün yargılama süreci boyunca özen gösterilmesi gerekmektedir.

⁵ Tanrıku, Sezgin, Adil Yargılanma ve İddianamenin İadesi-Kabulü-Tebliğü, *TBB Dergisi*, S. 64, Ankara 2006, s. 71.

⁶ Kunter / Yenisey / Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2009, s. 364; Kunter'e göre "şüphelilik statüsünün" başladığı an, bir kişi hakkında soruşturmanın başladığı andır. İlgilinin kendisine yapılan soruşturma ve araştırmalardan haberdar olması gerekmez. Koğuşurma makamları somut şüphe sebeplerine dayanarak söz konusu kişi veya kişilerden şüphelenmişler ve araştırma yapmaya başlamışlarsa, ilgili artık "geniş anlamda sanık" durumundadır. Bu şüphe basit bir şüphe ise ilgili "şüpheli" statüsündedir. Şüphelilik statüsünün temel haklar ne zaman kısıtlanmaya başlanırsa o andan itibaren gerçekleştirildiği kabul edilmelidir. Kunter-Yenisey- Nuhoglu dar anlamda sanıklık sıfatını ise, iddianamenin kabulü anından değil, suç isnadından başlatmakta sanığın isnadı öğrenmesini aramamaktadır. CMK m.175 f. 2 ise "sanıklık" hukuki durumunun iddianamenin düzenlenip mahkemeye verilmesi anında değil "iddianamenin kabulü" anında doğmasını benimsemiştir.

⁷ Altunkaş, Aysun, a.g.m., İstanbul 2007, s. 62.

sından sağlıklı bir değerlendirme, hakkın kapsamı içindeki daha nitelikli hakların da tespiti ile mümkün olacaktır.

Yukarıdaki açıklamaların ışığında çalışmamızda susma hakkı, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak incelenecektir. Bunun için, adil yargılanma hakkı ile ilişkisini tespit edebilmek adına, “*adil yargılanma*” kavramı nitelik ve içerik açısından incelendikten sonra susma hakkının incelenmesi yöntemi izlenecektir. Çünkü bütün ile parçayı adil yargılanma diyalektiği açısından ayırmak kanımızca çok sağlıklı olmayacaktır.

1. Adil Yargılanma Hakkının Genel Olarak Tarihi ve Hukuki Gelişim Süreci

Adil yargılanma hakkının bireysel özgürlüklerin güvence altına alınması anlamında hukukça tanındığı ilk belge 1215’te imzalanan ve 63 maddeden oluşan *Magna Carta Libertatum*’dur.⁸ *Magna Carta*’dan sonra 1628 yılında kabul edilen *Petition of Rights*’da getirilen ilkelerin en önemlilerinden biri, hukuka uygun bir yargılamada *sanığın da birtakım haklara sahip olduğudur*. 1679’daki *Habeas Corpus*’la ise “*keyfi olarak tutuklanmama ve cezalandırılmama hakkı*” getirilmiştir.⁹

⁸ Metnin tümü için bkz. Çeçen, Anıl, *İnsan Hakları Rehberi*, Ankara 1999, s. 11-12: “Yaygın görüşe göre insan haklarını düzenleyen metinlerin başlangıcı kabul edilen *Magna Carta Libertatum* adil yargılanma hakkı konusu bakımından önemli bir belgedir. Batıda insan haklarının korunması ve sanıklara ceza kovuşturması sırasında bazı hak ve güvencelerin tanınması ile ilgili hükümlerin sınırlı da olsa 1215 tarihli *Magna Carta Libertatum*’da yer aldığı kabul edilmektedir. Bu düzenlemelere göre Kraliyet hakimlerinin bakması gereken davalara hiçbir şekilde memurlar bakamayacak, özgür kişilerin mal ve can güvenliklerine dokunulamayacak, mahkeme kararı dışında tutuklama, hapis, sürgün, mal müsaderesi yapılamayacak ve cezalar suçun ağırlığı ile orantılı olacaktır.”

⁹ Başaran, Başar, *Adil Yargılanma Hakkı*, AÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s. 12-15: Belge’nin 39. maddesi “Hiçbir özgür kişinin, eşitlerin hukuka uygun yargılanması veya ülkenin hukuki düzenlemeleri haricinde hapsedilemeyeceği”, 40. maddesi ise “Adaletin reddedilemeyeceği ve ertelenmeyeceği” hükümlerini içermektedir. İngiltere’deki bu gelişmeler Kuzey Amerika’daki İngiliz kolonilerini de etkilemiş ve 1776 Virginia Haklar Bildirgesi ile kişi hak ve hürriyetleri prensibi ilan edilmiş ve bu hakların ne olduğu tek tek sayılmış, üstün hukuk kuralları oldukları açıklanmıştır, Fellman, David, *The Defendant’s Rights Today*, Wisconsin 1976, s. 131 vd: Habeas Corpus kişi hak ve özgürlüğünün yasal olmayan şekilde ihlali halinde, bu hakları süratle temize çıkaracak yasal bir süreçtir. Aynı za-

Virginia Haklar Bildirgesi¹⁰ de adil yargılanma hakkını içerik olarak kayıt altına alan ilk belgelerden biri olarak gösterilebilir. Bu bildirgeye göre, "Herkesin ceza davalarında suçlamayı öğrenmek, tanıklara çapraz sorgulama yaptırmak, jüri önünde davanın ivedi biçimde sorgulanmasını istemek hakkı vardır. Kimse, kendi aleyhine tanıklığa zorlanamaz."¹¹ susma hakkı ise aleyhine delil sunmaya zorlanamama ve lehine delil sunma hakkı olarak, bu bildirgede yer almıştır.

10 Aralık 1948'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni kabul etmesi ile bildirinin 10. maddesinde adil yargılanma hakkı yer almıştır.¹² Bu hükümle adil yargılanma, terimsel olarak tanımlanarak, suç isnadının dışında hak ve yükümlülüklerle ilişkilendirilmiştir.

Batıda tüm bu gelişmeler yaşanırken bizde, 1876 tarihli Kanun-i Esasi ile yargılamanın aleniliği, savunma hakkı, merci kaideleri ve olağanüstü mahkemeler ile ilgili genel hükümler yasal statüye kavuşturulmuş, 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ile mahkemelerde yargılamanın aleniliğiyle herkesin mahkeme huzurunda haklarını savunmak için gerekli gördüğü meşru vasıtaları kullanmakta serbest oldu-

manda anayasanın büyük bir savunma duvarı olarak da adlandırılmaktadır. Feyzioğlu, Metin, "Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu", *AÜHFĐ*, Cilt 44, Yıl 1995, S. 1-4, s. 666, 667; Habeas Corpus Anglo Sakson Hukukunun kişi hürriyetlerini korumak amacıyla geliştirdiği bir kurumdur. Kıta Avrupası hukukunda Anglo Sakson Habeas Corpus'u ile tam olarak karşılaştırılabilecek bir kurum bulunmadığı belirtilmelidir. Buna karşın bu kurumun temelinde yer alan, kişi hürriyetinin özellikle idare tarafından kısıtlanması düşüncesi, Kıta Avrupası'nda da etkili olmuş ve burada temel hak ve hürriyetler anayasa ve kanun metinlerinde formüle edilmek suretiyle güvence altına alınmışlardır.

¹⁰ http://tr.wikisource.org/wiki/Virginia_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Bildirgesi, (Erişim Tarihi 18.3.2010): 12 Haziran 1776'da kabul edilen 16 maddelik insan hakları bildirisi.

¹¹ Çelik, Adem, *Adil Yargılanma Hakkı*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku, Ankara 2007, s. 10, 1789'da Fransız İhtilali'nin hemen ardından İnsan ve Vatanadaş Hakları Bildirgesi ilan edilmiş ve Amerikan Haklar Bildirileri ile Amerikan Anayasası'na esin kaynağı olan fikirler Avrupa Kıtası'nda da kabul ve ilan edilerek resmen yayılma olanağına kavuşmuştur.

¹² <http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/iheb.html>, (Erişim Tarihi 9.6.2010): İHEB. m.10- "Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır."

ğu hükümleri düzenlenmiş, 1961 Anayasası'nın 33. maddesiyle "Cezaların Kanuni ve Şahsi Olması; Zorlama Yasağı" başlığı altında, "adil yargılanma hakkı" ve susma hakkı aynı ad altında olmasa da içerik olarak düzenlenmiştir."¹³

1982 Anayasası'nda, 2001 yılında yapılan değişiklikle 36. maddede¹⁴ herkesin "adil yargılanma hakkı"na sahip olduğu "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" tümcesi ile açıkça dile getirilmiştir. Değişiklikle adil yargılanma hakkının artık anayasal bir hak olarak güvence altına alındığı görülmektedir.¹⁵

2. Adil Yargılanma Hakkının Tanımı

"Adil yargılanma hakkı" genel olarak, siyasi iktidarın başta ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun ilkeleri olmak üzere, hukukun genel ilkelerine uygun norm oluşturması, bu normlara uygun yargılama yapması ve yine bu normlara uygun icrai faaliyette bulunmasını içerir. Bu anlamıyla adil yargılanma hakkı, aynı zamanda devletin yasama, yürütme ve yargı erklerini bağlayan genel bir hukuk kuralıdır.

Hukukun üstünlüğü ilkesine hayat veren hakların başında gelecek, AİHS'nin başlangıç bölümünde Avrupa devletlerinin ortak mirası içinde de sayılmıştır.¹⁶ Aslında Sözleşme'nin ne trajiktir ki en çok ihlal

¹³ Başaran, Başar, *a. g. e.*, Ankara 2007, s. 7-3 <http://ilef.ankara.edu.tr/akildeftteri/gorsel/dosya/10460171751961.doc>, (Erişim Tarihi 17.3.2010): 1961 AY md 33 "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz. Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur. Kimseye, suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Kimse, kendisini veya kanunun gösterdiği yakınlarını suçlandırma sonucunu doğuracak beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Ceza sorumluluğu şahsidir..."

¹⁴ <http://www.belgenet.com/yasa/k4709.html>, (Erişim Tarihi 9.6.2010): Madde 14, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 36. maddesinin birinci fıkrasına "savunma" ibaresinden sonra gelmek üzere "ile adil yargılanma" ibaresi eklenmiştir.

¹⁵ Başaran, Başar, *a. g. e.*, Ankara 2007, s. 7-13, Akilhoğlu, Tekin, *İnsan Hakları I, Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, Ankara 1995, s. 6 vd., Anayasa'da yazılı pozitif insan hakları "temel haklar" adını alır.

¹⁶ Akbulut, Olgun, Adil Yargılanma Hakkı, *Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray*

edilen hükmü de 6. madde hükmü olmuştur.¹⁷ Bunda kanımızca adalet kavramı üzerinde süregelen pozitif hukuk-tabii hukuk çatışmalarının ve adalet idesinin rölatifliğinin de payı olsa gerektir.¹⁸ Buna karşın adil yargılanma hakkı yalnızca ulusal anayasa hukuku ve muhakeme hukukunun bir parçası olmakla kalmamış, aynı zamanda Avrupa anayasal düzeninin "ortak bir değeri" ve "hukuk devleti anlayışının" ayrılmaz

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1 , İstanbul 2002, s. 175.

¹⁷ Dönmezer, Sulhi, *Sulhi Dönmezer Armağanı*, "Adil Yargılanma Hakkı Üzerine Notlar", Yazarın Son Çalışmaları, C. 1, Ankara 2008, s. 223; Bu ikinci tip haklar için Dönmezer, himaye edici haklar terimini kullanmaktadır, Bu konuda hakkın ihlaline ilişkin rakamsal veriler ihlalin boyutları hakkında bilgi verebilir. <http://www.cumhuriyet.com.tr/?hn=122820>, (Erişim Tarihi 17.3.2010): "Türkiye, Anayasa değişikliği kapsamında yapılacak yargı reformuna odaklanırken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin faaliyet raporu, yargı reformuna olan ihtiyacı gözler önüne serdi. Rapora göre 2010 yılının ocak ayı itibari ile mahkemenin önünde bulunan 119 bin 300 dosyanın 13 bin 100 adedini Türkiye aleyhine yapılan başvurular oluşturuyor. Buna göre mahkemenin baktığı her 9 davadan biri Türkiye ile ilgili. AİHM'in verdiği toplam 12 bin 198 ihlal kararının ise 2 bin 295'i Türkiye'ye ait. Bu kararların büyük kısmını da "adil yargılanma hakkı ihlali" oluşturuyor. AİHM'nin, ülkelere göre ihlal istatistiklerine göre AİHM'ne yapılan 12 bin 198 ihlal başvurusunun 2 bin 295'i ile ilk sırayı Türkiye'den yapılan başvurular oluşturuyor."

¹⁸ Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2009, s. 66, 69, 70: " 'Adalet idesi' ile ilgili değerlendirmelerin rasyonel bir temeli bulunup bulunmadığı tartışılabilir. 'Adalet sorunu' hukuk felsefesi alanında uzun süre canlılığını korumuş ve insan düşüncesinin ilgisini üzerine çekmiştir. Ancak çağlar boyu süren ve halen de devam eden çabalar adaletle ilgili değer yargılarının, ahlak alanında, davranışların iyiliği ve kötülüğü konusundaki değer yargıları gibi objektif geçerli kriterlerinin bulunmadığını ortaya koymuştur." Bu noktada kanımızca adil yargılanma kavramının kökeninde bulunan adalet ve adil olma kavramlarının belirsizliği en çok ihlal edilen madde olma kaotik sonucunu da beraberinde getirmektedir. "Tabii hukuk görüşünün yandaşları, insanların sahip oldukları hukuk ideallerinin yalnızca onları etkileyen sosyal çevrenin eseri olmadığını fakat insanın akıl ve ruh yapısının da bu alanda etkili olduğunu kabul ederler. Onlara göre insan, nasıl mantık kurallarına uygun düşünmek isterse, toplumda adaletin gerçekleşmesi isteği de insanın akli ve ruhsal yapısına aynı şekilde bağlıdır. Hukuk normlarının kapsamını meydana getiren adalet idesinin zorunlu olarak değişmez nitelik taşıması gerekli değildir. Adaletle uygun çözüm bulma isteği ise temelde bir inanç sorunu olarak karşımıza çıkar. Bu noktada tabii hukuk anlayışı belli bir zamanda, belli bir toplumda ve belli bir durumda hukukla ilgili tek çözümün adaletle uygun ve haklı diğer çözümlerin ise adaletle aykırı ve haksız olduğunu kabul eder. Pozitif hukuk görüşü ise hukuku adalet ilkesine göre değerlendirmeyi mümkün kılmıştır. Pozitif hukukla birlikte adaletle uygun ya da aykırı hukuk gündeme gelmektedir. Pozitif hukukun bulunmadığı bir toplum düzeni açısından ise adaletle uygunluk ve aykırılık tartışması da anlamsız olacaktır."

bir parçası olarak da kabul edilmiştir. Yine AİHM'nin içtihatları ile de sürekli genişletilmektedir.¹⁹

3. Adil Yargılanma Hakkının Kapsamı ve Niteliği

AİHS bütünü bakımından göz önüne alındığında iki türlü hak tesis ettiği görülmektedir. Bunlardan ilki özgürlüğü tesis eden haklar, ikincisi ise bu hakları koruyan ve bu hakların işlevsel güvencesini sağlayan haklardır. Adil yargılanma hakkı ise ikinci tür hak tesisi biçimine girmektedir. Adil yargılanma hakkının klasik negatif haklar içinde sayılmasına karşılık tam anlamı ile gerçekleşmesi için devletin çok sayıda pozitif edim yüklenmesi gerektiği de hatırlanmalıdır.²⁰ Bu bağlamda 6. madde kapsamındaki garantiler yalnızca mahkemedeki yargılama sürecine uygulanmamakta, bu süreçten önceki ve sonraki aşamalarda da uygulanabilmektedir.²¹ Sözleşmede "adil yargılanma"nın niteliğinin "hak" olduğu göz önüne alındığında konusu, sujelere ve yaptırımı itibarı ile hakkın kapsamının belirlenmesi yerinde olacaktır. Bu noktada hakkın konusu adil yargılanma usulüdür. Hakkın sujelere, sözleşmeye taraf devlet ve hakkında hüküm kurulmuş olan kişidir. Bütün bunlarla üye devletlerde ortak bir kamu düzeninin varlığı kabul edilmekte ve 6. madde de bu düzenin bir parçası olarak sayılmaktadır.

¹⁹ Tezcan/ Erdem/ Sancaktar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2002, s. 222. Bu noktada da kanımızca sınırlarının tam tespit edilememesi ve değere dayanan bir yapı ile içinin doldurulması ihlal edilebilme sıklığını gündeme getirdiği kadar, koruma alanını zayıflatmaktadır. Tanrıku, Sezgin, a.g.m., s. 74, 75: Buna paralel olarak AİHM Engel kararında isnat veya ceza davası bakımından adil yargılanma hakkının uygulama alanı olarak üç kriterin var olduğuna dikkati çekmiştir. Bu kriterler, isnat olunan fiilin ilgili iç hukukta düzenlenme yeri, eylemin doğası ve üçüncü olarak cezanın tür ve ağırlığıyla maddenin uygulama alanını saptamada kullanılan kriterlerdir. Mahkeme "suç isnadı" kavramının biçimsel olmaktan çok maddi olarak ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Kavramın belirlenmesinde de, şüphelinin durumunun esaslı olarak etkilenip etkilenmediğine bakmıştır.

²⁰ Algan, Bülent, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Ankara 2007, s. 129.

²¹ Tanrıku, Sezgin, a.g.m., s. 73: Mahkeme, Magee Birleşik Krallık Davası'nda bu görüşünü, 6. maddenin esas amacının her ne kadar yöneltilen suçlama hakkında yetkili bir mahkemede adil yargılanmayı sağlamak ise de, bu maddenin yargılama öncesi takibatta hiç uygulanamayacağı anlamına gelmeyeceği, dolayısı ile 6. maddenin ve özellikle 3. fıkrasının dava açılmadan da geçerli olduğunu vurgulamaktadır.

Oysa, kamu düzeninin bir parçası olmak birtakım farklı sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir. Bunlardan ilki 6. madde bakımından gündeme gelebilecek otonom kavramların varlığı, ikincisi ise 6. maddenin üye devletlere yorum bakımından *kısıtlanmış bir takdir hakkına* yer vermiş olmasıdır. 6. maddeye göre adaletin temelini belirleyicilerinden biri aynı zamanda bu konudaki amaçlardır. Devletler adaletin vasıtalarını belirleme ve bu konuda *seçim yapma imkanına* sahiptir. Buna göre adalet bağımsız ve tarafsız bir mahkemece yerine getirilmeli, yargılama adil, hakkaniyete uygun ve aleni olmalıdır. Devletse bu konuda pasif kaldığını ispat ederek sorumluluktan kurtulamamalıdır.²² Adalet yerine getirilirken doğal olarak sanığın sahip olduğu haklar da kullanılacaktır. Bu noktada, susma hakkının yargılamanın adilliği ile ilişkili bulunduğuna hiç kuşku yoktur.

Jellinek tarafından yapılan sınıflandırmaya dayanan negatif, pozitif ve aktif statü hakları ayrımı öğretide klasik insan hakları ayrımı olarak kabul edilmekte olup, Türk öğretisinde de uzun süre en yaygın kabul gören sınıflandırma biçimi olmuştur. Bu ayrım statü kavramı ve bireyin devlet karşısındaki konumu çerçevesinde temellenmiştir.²³ *"Klasik haklar olarak da adlandırılan birinci kuşak haklar, kişi özgürlükleri ile siyasi hakları içermekte olup, Jellinek'in insan hakları sınıflandırmasındaki negatif ve aktif statü haklarına karşılık gelmektedir. 'Koruyucu haklar' olarak adlandırılan negatif statü hakları, bireye devlet de dahil kimsenin karşılamayacağı bir özel alan sunmaktadır. Bu noktada bireye negatif statü sağla-*

²² Sulhi Dönmezer Armağanı, a.g.m., C. 1, Ankara 2008, s. 224: Böylelikle 6. madde Strasbourg Organları'nın yorumuna bağlı olarak çeşitli otonom kavramlar ortaya çıkarmaktadır.

²³ Algan, Bülent, a. g. e., Ankara 2007, s. 38, 39: Negatif-pozitif ve aktif statü hakları biçimindeki tasnife yöneltebilecek eleştiri, bu ayrımın yeni ortaya çıkan birtakım hakları açıklamakta zorlanması olarak belirlenebilir. Kuşaklara göre yapılan insan hakları sınıflandırmasında üçüncü kuşağı oluşturan ve halkların hakları olarak bilinen hakların, klasik insan hakları tasnifi içindeki yeri belirsizdir. Dikate alınmaya değer bir görüşe göre bütün insan hakları devletin her iki tür edimini birlikte gerektirir. Bir hakkın devlete yüklediği edimin pozitif ya da negatif niteliğinin görece daha büyük olması yere ve zamana göre değişiklik gösterebilir. Örneğin işkencenin yaygın ve sistematik olarak uygulandığı bir ülkede kişinin işkenceden korunma hakkı, devlete negatif edimden çok daha fazlasını yükleyebilir. Nakleden, Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2009, s. 112: Hürriyetin monizmi, her ne kadar temel hak ve hürriyetler konusunda çeşitli ayrımlar yapıyor olsa da temel hak ve hürriyetlerin bir bütün olduğu düşüncesidir.

yan negatif statü haklarının devlete biçtiği rol de negatiftir. Ancak bu, devletin bu alanda hiçbir düzenleme yapamayacağı anlamına gelmez. Ayrıca, bazı birinci kuşak haklardan bireylerin yararlanabilmesi için devletin hakkın kullanılma koşullarını yaratması da gerekebilir. Bu konuda her zaman verilebilecek bir örnek adil yargılanma hakkıdır. Gerçekten bu haktan bireylerin yararlanması, devletin kurduğu mahkemelerin ve mahkeme üyelerinin bağımsız olarak yargı işlevini yerine getirmelerini sağlayacak tüm tedbirleri de alması zorunlu koşuluna bağlıdır. Dolayısı ile devletin yargı işlevinin bireye bakan yönünü oluşturan adil yargılanma hakkına ilişkin, devletin olumlu edimlerde bulunma yükümlülüğünün bu gerçek ışığında yorumlanması gerekir.”²⁴ Devletin yüklendiği edimin niteliğine göre yapılan Jellinek’in tasnifi, çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Bu tasnife yöneltilen en temel eleştiri ise, belirtilen kategorilerde yer alan haklara ilişkin olarak devlete yüklenen edimin niteliğinin her zaman ileri sürüldüğü gibi olmadığıdır. Buna göre, hak kategorileri arasında devletin üstlendiği yükümlülüğün niteliği bakımından kesin sınırlar çizilmesi mümkün değildir. Örneğin negatif statü haklarından sayılan adil yargılanma hakkının yerine getirilebilmesi için devletin negatif edimleri dışında pek çok pozitif ediminin de bulunması zorunludur. Yargı sürecine müdahalede bulunmamak şeklindeki edim, her ne kadar devlet için ‘kaçınma’ biçiminde karşımıza çıkan bir yükümlülük olsa da, bağımsız ve tarafsız mahkemelerin oluşturulması, ceza-infaz sisteminin kurulup işletilmesi, maddi durumu elverişli olmayan kişiler için adli yardım sağlanması gibi pek çok olumlu edim yerine getirilmeden adil yargılanma hakkından bireylerin yararlandırılması söz konusu olamaz.²⁵ Jellinek’in sınıflandırması açısından, adil yargılanma hakkının kategorisi bireyler açısından “dokunulmaz”, “ihlal edilemez” bir hak ve güvence düzeyindedir. Ancak, yargılamanın devletçe yerine getirilmesi, hakkın dokunulmazlığı ve devlet tarafından aşılamazlığı, yani negatif statü niteliği ile de çatışıp çatışmadığı sorusunu da akla getirmektedir. Bu noktada, devlet yargılama faaliyeti ile sınırları hukukça çizilmiş bir fonksiyonu icra etmektedir. Yapılabilecek muhtemel bir müdahale ise, ancak hakkın unsurlarının ihlali durumunda mümkün olabilir.²⁶

²⁴ Algan, Bülent, *a. g. e.*, Ankara 2007, s. 48, 49.

²⁵ Algan, Bülent, *a. g. e.*, Ankara 2007, s. 39.

²⁶ Kuçuradi, Ioanna, “İnsan Hakları: Kavramı ve Çeşitleri” *İnsan Hakları Konferans Panel ve Sempozyumlar*, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara

Adil yargılanma hakkını diğer temel haklardan ayıran husus aynı zamanda onun “*yargıya*” ilişkin ilkeler içermesidir. Diğer haklarda yargıya karşı herhangi bir koruma öngörülmemişken adil yargılanma hakkı ile *yargı erki de hukukla sınırlandırılmıştır*. Bu noktada adil yargılanma hakkının niteliğinin ne olduğu sorusu belirlemektedir. Adil yargılanma hakkı bireyler için bir hak, devlet için ise bir görevdir.²⁷ Buradaki adalet kavramı da hüküm adilliğinden çok yargılamanın süreç olarak adilliğini ifade etmektedir.²⁸

4. Adil Yargılanma Hakkının İçeriği ve Unsurları

AİHS'nin en kapsamlı haklarından birini oluşturan bu hakkın içeriği hem 6. maddede sayılan ve hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumları ile 6. maddeye dahil ettiği bir dizi haktan oluşmaktadır. Buna ilave olarak 7 nolu protokol ile de adil yargılanma hakkını tanımlayıcı nitelikte birtakım haklar da getirilmiştir. “AİHS'nin 6. maddesinde, hakkın gerek medeni karakterde borçlara ilişkin haklar üzerindeki ihtilaflarda, gerek ceza konusundaki her türlü ithamlarda söz konusu olduğu belirtilmiştir.”²⁹ Diğer yandan Roma Statüsü'nün “Sa-

2006, s. 39, 42: Kuçuradi'ye göre “adil yargılanma hakkı” doğrudan doğruya korunan bir insan hakkıdır. Hakkın ilk temel insan hakları belgelerinde yer alması da bu savı doğrulamaktadır.

²⁷ Bu görevin pozitif ve negatif yükümler belirlediğine yukarıda değinilmişti, Bozkurt, Enver, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2006, s. 9-12: Hak, belli bir gücün taleplerine temel olan isimlerdir. Bu bakımdan bir hakka sahip olmak demek, meşru bir temele dayanan taleplerde ısrar etmeye yetkili olmaktır. Diğer bir deyişle, söz konusu hakka sahip olan kişinin bir şeyi yapmaya yetkili olduğunu belirtir. Hukukça korunan menfaati ifade eden hak, kişiyi bir şeyi yapmaya yetkili olduğu şeklindeki iktidarla donatır. Bunu kullanıp kullanmamak hak sahibinin tekelindedir. Bir hakkın varlığının anlamlı olabilmesi için de yetki, talep ve saygı gösterilme zorunluluğu bulunmalıdır. Kişinin hakkını kullanmaya ya da kullanmamaya zorlanamaması hak kavramının doğasının bir gereğidir.

²⁸ Başaran, Başar, Adil Yargılanma Hakkı, AÜSBE. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2007, s. 30, 31. Bu noktada adaletin ve adilliğin ne olduğu konusunda değişik görüşler felsefe bağlamında varlığını sürdürmektedir. Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara 2009, s. 65: Bunun nedeni hukukun yöneldiği ve kapsadığı amaçların ölçülemeyecek derecede çok ve değişik olmasıdır. Hukukun gerçekleştirmeye yöneldiği amaçlar aynı zamanda *adalet idesinin kapsamını* belirlediğine göre, bu amaçların çokluğu ve hem niteliksel hem de niceliksel olarak farklılığı adalet konusundaki fikirlerde ister istemez etkili olmaktadır.

²⁹ Dönmezer, Sulhi, “Adil Yargılanma Hakkı Üzerine Notlar”, Yazarın Son

nıkların Hakları" başlıklı 67. maddesinde de adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Statünün 67. maddesinin temel uluslararası insan hakları metinlerinin ve uluslararası örf adet hukukunun gerektirdiği hakların çoğunu içerdiğini söylemek mümkündür.³⁰

Adil bir yargılanmadan söz edebilmek için bu nitelikteki bir yargılanmanın da belirli unsurlara sahip olması gerekir. Yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı adil yargılanma ve savunma hakkının temelini teşkil eder. "*Böyle bir mahkeme, aynı zamanda her türlü organ ve kişiden bağımsız olarak davanın taraflarına karşı nesnel, yargılama usul ve güvencelerine sahip bir yargı yerinde yargılanmayı ifade eder. Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama da adil yargılanmanın gereklerinden biridir. Yargılama sırasında taraflar arasında silahların eşitliğinin ve hakkaniyete uygun bir dengenin sağlanması bu eşitliğin ve dengenin de yargılanmanın her aşamasında korunması gerekir.*"³¹ Adil yargılanma hakkının unsurlarından bir diğeri, kişinin kendisine yüklenen suçu veya suçlamayı öğrenme hakkıdır. Kişi isnadı bilecek buna göre beyanda bulunup bulunmamaya karar verecektir. Beyanda bulunmama ise susma ve kendisini suçlamama hakkının bir parçasıdır.

5. Susma Hakkı

a. Genel Olarak

Susma ve kendi kendini suçlamama hakkı AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında zımnen ifade edilmektedir. Bu hak adil yargılanmanın esaslı bir parçasıdır. Susma hakkının özü koğuşturma makamlarının sanığın iradesine karşı zorlama ve baskı yoluyla elde edilen delil-

Çalışmaları, *Dönmezer Armağanı*, Ankara 2008, s. 227.

³⁰ Altunkaş, Aysun, a.g.m., s. 63, 64: http://www.tbmm.gov.tr/komiyon/insan-haklari/pdf02/belge_cezadivani_b6-7.pdf. (Erişim Tarihi 6.6.2010) : Roma Statüsü 6. ve 7. Bölümlerde, adil ve aleni olarak yargılanma hakkı, tarafsız bir şekilde tam olarak eşitlik ilkesi çerçevesinde isnadı konuştuğu ve anladığı dilde öğrenme hakkı, savunma yapabilmek için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olmak ile avukatı ile özgürce iletişim kurma hakkı, müdafî yardımından yararlanma hakkı, lehine olan hususları ileri sürme ve aleyhindeki delilleri çürütme hakkı, makul sürede yargılanma hakkı, g bendinde ise tanıklık yapmaya ve suç ikrarında bulunmaya mahkum edilmemek ve sessiz kalmak (susma) gibi adil yargılanma kapsamındaki bir çok hakla birlikte susma hakkı da sayılmıştır.

³¹ Altunkaş, Aysun, a.g.m., s. 65-76.

lere dayanmasını yasaklamaktadır. Bu durumda hakkın anlamı sanığın "özgür iradesinin" korunması olmaktadır.³²

b. Susma Hakkının Kapsamı

Susma sanığın beyanda bulunmaması ve beyanda bulunmama yönünde sahip olduğu hakkıdır. "Bu kapsamda AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının a bendine göre; hakkında bir suç isnadı bulunan herkes kendine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeni hakkında anlayabileceği bir dilde, ayrıntılı olarak ve derhal bilgilendirilme hakkına sahiptir. Şüpheli veya sanığın sahip olduğu ayrıntılı bilme hakkı yalnızca maddi olayları değil, suçun hukuki niteliğini de kapsamakta ve şüpheli veya sanığın kendisine yüklenen suçun niteliğini ve nedenini savunmasını yapacak ölçüde öğrenmesi olarak tanımlanmaktadır."³³ "Sanık beyanı" somut olaya özgü temsili delillerin bir çeşidi olarak yer almaktadır. Ancak sanığın delil fonksiyonu sınırlıdır. Bu sınır da insan haklarıdır.³⁴ AİHM sanığın susmasından kendisi aleyhine sonuçlar çıkarılmasının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğinin, davanın tüm somut koşulları ışığında belirlenebileceğini belirtmiştir.³⁵ Sanığın kendisine yöneltilen suçlama, bir

³² Ladewig, Hans Meyer, Çev. Hakeri, Hakan, "Adil Yargılanma Hakkı II" Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Kunter'e Armağan", s. 125; Bu konuda susma hakkının sanığın iradesi ile özdeşleştirilmesi bağlamında sanığın iradesinden bağımsız olarak alınan vücut sıvılarının ve vücut dokularının susma hakkına aykırılık oluşturmayacağını *nemo tenetur* ilkesinin ratiosundan çıkarılabileceği savunulmaktadır.

³³ Altunkaş, Aysun, a.g.m., s. 78.

³⁴ Kunter /Yenisey / Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2009, s. 675-680; Bu noktada sanık beyanı susma hakkını ve müdafiden yararlanma hakkını öğrenerek konuşmaya karar veren sanığın olay hakkında bildiklerini esas hakkındaki hükmü verecek hakim huzurunda söylemesidir. İnsanın insan olma onuru korunmalıdır. Ceza muhakemesinin gayesi, insan haklarını koruyarak maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasıdır. Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008, s. 1095: Alman Federal Yargıtayı, şüpheli veya sanığın polis tarafından ilk defa ifadesi alınırken, kendisine susma hakkına sahip olduğu söylenmemişse, elde edilen delilin hüküm verilirken kullanılmayacağını belirtmektedir.

³⁵ Uluslararası Af Örgütü, *a. g. e.*, İstanbul 2000, s. 127, 128: "Susma Hakkı"na birçok ulusal hukuk sisteminde yer verilmiştir. Bunun yanında Eski Yugoslavya ve Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi Kuralları'nda ve Uluslararası Ceza Mahkemesi kurucu belgesinde de susma bir hak olarak düzenlenmiştir.Yugo-

suç isnadıdır. Suç isnadı (*criminal charge*) kavramını AİHM geniş olarak anlamaktadır. AİHM suç isnadını Almanya-Ekle Davası'nda "suç teşkil eden bir hareketi gerçekleştirdiği yönündeki kişinin beyanını içeren, yetkili merci tarafından bireye yapılmış resmi tebliğ" olarak anlamıştır. İtalya-Foti Davası'nda ise mahkeme iddia kavramını genişleterek şüphelinin durumuna esastan tesir eden onun beyanını da içeren ihbarının suç iddiası, itham sayılacağını belirtmiştir.³⁶ Bu da mahkeme içtihatlarına göre susma hakkının daha geniş bir alanda yorumlanabileceği anlamına gelebilecektir. "Bu kapsamda, 'susma' sanığın kendisine yönelik bir suçlama karşısında bu suçlamaya ilişkin olarak sorulacak sorulara hiç yanıt vermemesini, istediği soruyu yanıtlayıp, istediğini yanıtlanmamasını ifade eder. Buna göre kişiyi, hiçbir merci yanıt vermeye zorlayamayacaktır."³⁷ AİHS'de açıkça yer almamakla birlikte bu hakkın suç isnadı içeren davalara ilişkin olarak 6. maddede zımnen yer aldığı kabul edilmektedir. AİHM içtihatlarında da 1990'lı yıllardan itibaren susma hakkı yer almaya başlamıştır. AİHM susma ve kendini suçlamama hakkının adil yargılanmanın temelini oluşturan uluslararası standartlarda genel kabul görmüş bir hak olduğunu belirtmektedir.³⁸

AİHM içtihatlarında susma ve kendisini suçlamama hakkı, kişinin hem aleyhine olan beyanı yapmama, hem de aleyhine olacak hiçbir belgeyi de hakkını içerir şekilde yer almaktadır. Bu kapsamda idari kurum ya da kişilere, yasal zorlama altında verilen ifadelerin, daha sonra ifade veren kişi aleyhine ceza davasında kullanılması da susma ve kendini suçlamama hakkının ihlalidir. Ayrıca güven-

slavya Kuralları'nın 42/A kuralı açıkça susma hakkını düzenlemektedir. Buna göre "Savcı tarafından sorgulanacak şüpheli, sorgulama öncesinde anlayabileceği bir dilde savcı tarafından bilgilendirilmesi gereken aşağıdaki haklara sahiptir... (iii) Susma ve yaptığı açıklamaların tutanağa geçirileceği ve aleyhinde kanıt olarak kullanılabilmesi konusunda uyarılma hakkı." Ruanda Kuralları'nın 42/A kuralı da aynıdır. Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurucu Belgesi'nin 55/2. maddesine göre de, "Şüpheli UCM savcısı ya da ulusal yetkililer tarafından sorgulanmadan önce, susma hakkına sahip olduğu ve susmasının suçluluğunu ya da suçsuzluğunu belirleme bakımından bir gösterge olamayacağı konusunda bilgilendirilmelidir." ifadeleri yer almaktadır.

³⁶ Dönmezer, Sulhi, a.g.m., s. 227.

³⁷ Er, Deniz Erol, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları*, Ankara 2002, s. 188.

³⁸ Yaltı Soydan, Billur, *İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı-III, Vergi Sorunları Dergisi*, Ekim 2000, S. 145, s. 124.

lik ve kamu yararı gerekçesiyle de olsa hakkın özüne dokunulamayacağı düşünülmektedir.³⁹ Böylelikle *hakkın özünün ihlal edilemeyeceği bir çekirdek alan içtihadı anlamda da yaratılmış olmaktadır*. Zira "ceza muhakemesi hukukunda, hiç kimse olumlu bir davranış vasıtasıyla kendi ceza koğuşturmasını etkilemekle yükümlü değildir. Sanık, amaca uygun savunma şeklini, yani esasa ilişkin cevap vermeyi kabul etmeyi veya susmayı seçmekte özgürdür. Bunu, sanığın kendisine yüklenen isnatlarla ifade vermeye ihtiyacı olmaması takip eder. Bu durum hukuk devleti düşüncesinden ortaya çıkan ve sanığın usuli yerine de uyan ifade verme özgürlüğünü ifade etmektedir."⁴⁰

Susma hakkına tarihsel gelişim süreci içinde bakıldığında, hakkın sanığın bir yargılama nesnesi olmaktan sıyrılarak yargılamanın öznesi olduğu dönemlerin ürünü olarak karşımıza çıktığı görülmektedir. Bir İngiliz hukuk müessesesi olarak doğmuş olan ve "kendi kendinin suçlanmasına katkıda bulunma yasağı" olarak ifade edilen hak, Kant'ın özerklik kavramındaki yaygın anlayışın, insanı salt bir obje haline getirmeme talebinin kabul görmesidir. Bu anlayış sanığa susma hakkının mevcudiyetinin bildirilmesini ve sorgu yöntemlerine ilişkin yasakları da yine söz konusu prensibe bağlamaktadır. Artık bu tarihsel süreci tersine döndürmek olanaklı değildir. Bunun aksini düşünmek ya da yargılama faaliyeti sırasında sanığın sorulan her soruya yanıt vermesini, doğru yanıt vermesini zorunlu kılmak, sanığı konuşmaya zorla-

³⁹ Altunkaş, Aysun, a.g.m., İstanbul 2007, s. 79.

⁴⁰ Demirbaş, Timur, *Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması*, İstanbul 1996, s. 104, Şahin, Cumhur, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara 1994, s. 102; Bu esas latince "Nemo tenetur se ipsum prodere" olarak da ifade edilmekte, "Hiç kimsenin kendi ceza koğuşturmasına kendi fiili ile katılmakla yükümlü olmaması" şeklinde özetlenebilmektedir, Altunkaş, Aysun, a.g.m., s. 80: "Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'ne göre şüpheli ve sanıkların, kendilerine yüklenen suçtu öğrenme, susma ve kendini suçlamama hakkı bulunmaktadır. Şüpheli ve sanıkların bu hakkı statüde koğuşturma ve soruşturma aşamasına göre ayrı ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Susma ve kendini suçlamama hakkı Roma Statüsü'nün 55. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, soruşturma aşamasında şüphelilerin kovuşturma aşamasında ise sanıkların, susma hakkı bulunmaktadır. Statü'nün düzenlemesi ile hiç kimsenin kendi aleyhine delil vermeye ve suçunu itirafa zorlanamaması garanti altına alınmıştır. Yine 55. madde uyarınca, şüpheli veya sanığın susması, onun suçluluk veya masumiyetine karar verilmesi bakımından dikkate alınmayacaktır. Ancak savcının sunduğu ve sanık tarafından açıklanması gereken deliller olması durumunda, sanığın susmasının onun aleyhine bir sonuç doğurup doğurmayacağı ise açıklık kazanmamıştır. Bunlar zaman içinde mahkemenin kararları ile şekillenecektir.

mak, sanığın tüm haklarının reddi demek olacağı gibi, onun konuşmasını temin edecek her türlü aracın da artık meşru görülmesi anlamını taşıyabilecektir.⁴¹ Bu hak, ceza yargılamasının tarihsel gelişimi içinde ulaşılan en önemli aşamadır. Özellikle tahkik sisteminin uygulandığı dönemlerde, sanıklar delil kaynağı olarak kabul edilerek, sanığın konuşturulması için her türlü yönetme başvurulmuştur. İşkence ve kötü muamele altında alınan ikrarlar da hükme esas oluşturmuştur. Tüm bu aşamalardan sonra ise sanığa isnat edilen suçlama ile ilgili olarak konuşmama, açıklamada bulunmama hakkı tanınmıştır. “Susma” bu yönü ile bir savunma yöntemidir.⁴²

Şüpheli veya sanığın susmasından onun aleyhine sonuç çıkarılıp çıkarılamayacağı konusu da AİHM içtihatlarında tartışılmıştır.⁴³ Bu tartışmadan şu sonuçlar çıkarılmıştır:

aa. Şüpheli veya sanığın susma hakkının mutlak olmadığı,⁴⁴

⁴¹ Er, Deniz Erol, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları*, Ankara 2002, s. 188.

⁴² Kibar, Recep, *Türk Hukukunda Sanık Hakları*, Ankara 1997, s. 49; Beccaria, Cesare, Çev. Sami Selçuk, Ankara 2004, s. 85-89: Beccaria’ya göre kimi mahkemelerce hükümlülük kararına temel yapılmak istenen suç ikrarı, bir tövbe mahkemesi olan günah çıkarma işlemindeki günahların itirafı ile özdeştir. Bunun ötesinde sorgu sırasında içine düşülen çelişkiyi aydınlatmak için suçlu oldukları varsayılan kişilere yapılan işkence kimi zaman bir suçu söyletmek için de kullanılabilirdiğine göre kanımızca “susma hakkı” bireye tanınan yargılama diyalektiği içinde insan onurunun korunması yönünde yargısal temel hakların (Pozitif Statü Hakları) başlıca dayanaklarından birini oluşturmaktadır.

⁴³ İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul 2005, s. 271 vd.

⁴⁴ Ladewig, Hans Meyer, Çev. Hakeri, Hakan, “ Adil Yargılanma Hakkı II”, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Kunter’e Armağan*, s. 126: Sanığın susmasından negatif bir sonuç çıkarmanın meşruluğuna ilişkin örnek dava Murray / Birleşik Krallık Davasıdır. Bu davada tutuklanarak IRA’ya üye olmakla suçlanan Murray davada susmuştur. Kuzey İrlanda Delil Yasası’na göre de onun susmasından negatif sonuç çıkarmak mümkündür. AİHM bu konuda susma hakkı ve kendini itham etmeden korumanın adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddenin özü olduğunu ve bir mahkumiyeti yalnızca sanığın susmasına dayandırmanın adil yargılanma hakkı ile bağdaşmayacağını ancak diğer taraftan sanığın bir açıklamasından sonra susmasının deliller içine katılmamasını istemesi yönünde de ayrıcalık talep edilemeyeceğini ve susma hakkının mutlak olmadığını ifade etmektedir. Susmadan negatif sonuç çıkarılmasının gerekip gerekmediği ise somut koşullara göre belirlenmelidir denilmektedir. Bu ilke Averill Birleşik Krallık Davası’nda şu şekilde uygulanmıştır. Maskeli iki kişinin bir otoyolu çalarak

bb. Şüpheli veya sanığın bir ceza tehdidi ile konuşturulması mümkün olmamakla birlikte, susmasından onun aleyhine sonuçlar çıkarılacağı konusunda uyarılmasının mümkün olduğu;

cc. Savcılığın sunduğu güçlü ve açıklanmaya muhtaç deliller olmasına rağmen, sanık susmaya devam ediyorsa bu delillerin değerlendirilmesi aşamasında sanığın suçlu olduğu izlenimine ulaşılabileceği;

dd. Şüpheli veya sanığın susmasının onun mahkumiyetinin tek dayanağı olamayacağı, mahkumiyet kararının başka delillerle de desteklenmesi gerektiği;

ee. Susma hakkını kullanan sanığın mahkumiyetine hükmedilmesi durumunda, mahkemenin gerekçelerinin detaylı olması gerektiği, sanığın bu konuda yeterince aydınlatılmış olması ve kararın bir üst mahkeme tarafından tekrar incelenmesi gibi güvencelerin bulunması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁵

Tüm bu sonuçlarla ilgili olarak, yeterli delil bulunmaksızın yalnızca sanığın susması ile hüküm kurmanın yargılamanın adilliyini zedeleyebileceği adil yargılamanın bir bütün olarak düşünüldüğü ve getirilen usule ilişkin güvencelerin bir parçası olarak susma hakkının da düşünüldüğü görülmektedir. Yine burada kullanılan yorum yöntemi susma açısından mutlak olmayıp somut olay merkezli ve sui generis bir görünüm arz etmektedir.

Garvagh'a giderken iki kişiyi öldürmeleri olayında maskeler ve eldivenlerin otomobilde bulunmaları üzerine şikayetçi Bay Averill kasten adam öldürme şüphesi ile tutuklanır. Bay Averill'de maskenin yüzünde bıraktığı izler ve eldivenler bulunur. Bay Averill *susmasından negatif bir sonuç çıkarılacağı konusunda bilgilendirilmesine rağmen* ilk 36 saatlik sorgulama esnasında hiçbir açıklamada bulunmaz. Daha sonra şapka ve eldivenleri koyun kırılması dolayısıyla taşındığını söyler. *Hakim önceki susmasından negatif sonuç çıkarmıştır.* AİHM tüm şartların yeniden dikkate alınması konusu üzerinde ısrarla durmuş ve *bir mahkumiyetin yalnızca susmaya dayandırılmayacağını* belirtmiştir. Ancak somut olayda susmaya dayanan negatif çıkarsamalar çok sayıda da başka deliller bulunduğu için adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturmadıkları kabul edilmiştir.

⁴⁵ Altunkaş, Aysun, a.g.m., s. 79.

c. Susma Hakkının Niteliği

Savunma hakkı anayasada sayılan temel bir haktır. Susma hakkı ise bu hakkın bir uzantısı olup işlevsel açıdan savunma hakkından ayrılamayacak bir haktır. Hakkın gerçek bir hak olarak kabul edilmesi uzunca bir gelişme sürecini gerektirmiş, sanığın Orta Çağ'ın katı tahkik usulünün uygulandığı her ne pahasına olursa olsun gerçeğin ortaya çıkarılması fikrine hizmet ettiği dönemden, insanlık onuruna dokunulmayacak biçimde gerçeğin elde edilmesi fikrine geçildiği döneme kadar sanığa ancak konuşma ya da susma konusunda bir tercih hakkı tanınmıştır. Susma hakkının iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kişinin yetkili makamlar önünde kendini suçlayıcı açıklamalarda bulunmaya veya delil vermeye zorlanamaması,⁴⁶ ikinci yönü ise susmanın aleyhe delil olarak değerlendirilmemesidir.⁴⁷ Bu noktada ceza muhakemesinde sanık ile suçlunun birbirine karıştırıldığı ve suçluyu cezalandırmanın gaye olduğu ilk safhada ceza muhakemesi ancak suçlunun cezalandırılması için bir vasıta idi. Dolayısı ile de delilin kuvveti-

⁴⁶ Centel / Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008, s. 276, 277; Pozitif düzenlemeler karşısında şüpheli veya sanığın vücudunun muayenesi ve örnek alınmasında bir keşif konusu olarak incelenmeye katlanmak zorunda olup olmadığı tartışılmıştır. Şüpheli veya sanığın karşı iradesine rağmen, vücudunda muayene yoluyla olaydan kalan iz aranmasının veya olaydan geriye kalan izlerle karşılaştırma yapmayı sağlayacak örnekler alınmasının onun susma hakkını ihlal edip etmeyeceği tartışılmıştır. Bir görüş susma hakkının yalnızca sanığın kendisine ve isnad edilen fiile ilişkin olduğunu kişinin iradesinin baskı altına alınarak kendi beyanıyla delil göstermeye zorlanamayacağını ifade etmekte, diğer görüş ise muayene ve örnek almanın işkenceyi önlemek için getirildiğini bu konuda susmanın kabul edilemeyeceğini belirtmektedirler. AİHM bu konuda sanığın iradesinden bağımsız olarak mevcut bulunan onun iradesiyle hiçbir ilgisi bulunmadan var olan delillerin toplanmasında cebir kullanılabileceğini bunun da adil yargılanma hakkını ihlal etmeyeceği kanısındadır. Saunders Birleşik Krallık Kararı'nda bu hakkın sanıktan cebren elde edilmiş malzemelerin kullanılmasını kapsamamakla beraber şüphelinin isteğinden bağımsız olarak mevcudiyeti bulunun ve arama sonucu ele geçirilen kan, tükürük, idrar örnekleri ve DNA testi için alınan bedensel dokuların kullanılması mümkündür. Bir başka görüş ise, Anayasa'da belirtildiği gibi kimsenin kendi aleyhinde delil göstermeye zorlanamayacağı yönündedir. Muayene yapılmadan önce de sanığa bunu kabul etmeme hakkının olduğu söylenmelidir. Aksi halde zorla elde edilen bulguların delil değerlendirme yasağına gireceği ifade edilmektedir.

⁴⁷ Centel / Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008, s. 142: Ancak belirtmek gerekir ki susma hakkının kendi aleyhinde açıklamada bulunmanın dışında, kendi aleyhine delil vermemeyi de kapsamı çeşitli sistemlerde farklılık arz etmektedir.

ne göre cezanın ayarlanması ve suçun niteliğine göre farklı deliller kabul edilmesi ile de bilinen “kanuni delil sisteminde” belli suçlar belli delillerle ispat edilebilmekteydi. Bu dönemden sanığın korunması ve en son gerçeğin araştırılması safhasına geçilmesi ile birlikte artık sanık ne masum olan ne de suçlu olan kimse değil, “suçlu sanılan” kimse kabul edilmiştir.⁴⁸ Susma hakkı da adil yargılanmanın içinde bizce ceza muhakemesinin sanığın korunması ve gerçeğin araştırılması evrelerinin bir getirisi olarak ortaya çıkmıştır. Yine bu anlayıştan dolayı susma hakkı mutlak olmamıştır. Susma hakkına mutlak bir nitelik yüklemek ise ceza muhakemesi açısından gerçeğin araştırılmasını zedeleyebilecektir.

Hak olarak nitelendirilen susmanın gerçek anlamda subjektif bir hak sayılıp sayılmayacağı ise öğretilerde tartışmalıdır. Susmanın varlığını kabul etmekle birlikte, bunun bir hak olmadığı görüşünü savunanlara göre, şüpheli veya sanığın susması subjektif bir hak olarak tanınmış olsa idi, kanun koyucunun hakimlere şüpheli veya sanığın yalan beyanını ispatlamak için yetki tanımayacağını ifade ederek, kanun koyucunun bu hakkı tanımakla susan şüpheli ve sanığın cezalandırılmaması ve sanığın konuşmaya zorlanamamasının teminat altına alınmak istendiğini belirtmektedirler.⁴⁹ Susmanın subjektif bir hak olduğunu savunanlar ise, niteliğinin tespiti bakımından “*hukuken korunup korunmama*” noktasından hareket edilmesi gerektiğini belirterek ihlali yasaca cezalandırıldığına göre, susmayı, şüpheli veya sanığa tanınmış subjektif bir hak olarak kabul etmenin mümkün olduğunu ifade etmektedirler. Hakimin şüpheli veya sanığın yalan beyanını ispatlaması ise susma hakkına çizilmiş yasal bir sınır olmaktadır.⁵⁰

Yukarıda özetlenen görüşlerden ikincisi kanımızca daha makul bulunmaktadır. Adil yargılanmanın uzun tarihi gelişimine yukarıda değinilmişti. Bu süreçten geriye gidilmesi artık mümkün değildir. Hakkın hukuki korunmaya alınmış, onun sınırlarının çizilmiş olması, hakkı yalnızca “*yasal bir hak*” durumuna getirir. Yasal koruma altına al-

⁴⁸ Kunter / Yenisey / Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2009, s. 24-34.

⁴⁹ Erem, Faruk, Susma Hakkı, *Yargıtay Dergisi*, C. 18, S. 3, Ankara 1992, s. 299.

⁵⁰ Bıyıklı, Hasan, İkrar ve Ceza Muhakemesi Sorunları, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 48, S. 11-12, İstanbul 1974, s. 690.

manın ise hakkın niteliğini etkileyen bir boyutu bulunmamaktadır. “Anayasa’da yer alarak temel hak sayılma ile yalnızca hakkın ‘saygınlığı ve güvencesi’ artmış bulunacaktır. Bir hakkın temel hak sayılması hakkın değerini ve önemini vurgulayan bir düzenlemedir.”⁵¹ Bu bakımdan susmanın bir hak olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Bu belirleme ile birlikte susma hukukumuz açısından AY’nın 13. maddesinde belirtilen “ölçülülük” ilkesinin her türlü güvencesinden yararlanacaktır.⁵² Buna göre yasama, yürütme ve yargı organının işlemleri ölçülülük ilkesine uygun olmak zorundadır. Yasa koyucu norm koyarken temel hak ve özgürlüklere müdahalenin sınırı olarak ölçülülük ilkesi ile bağlıdır. Bunun dışında yürütme ve yargı organı da yasaları uygularken aynı şekilde ölçülülük ilkesine uymakla yükümlüdür.⁵³

d. Adil Yargılama Hakkının Genel Güvencesi Olarak Susma Hakkı

AIHS’nin 6. maddesi kapsamında açıkça belirtilmiş olmamasına karşın, adil yargılanma şartı tarafından “susma hakkı” ve “kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı” güvence altına alınmıştır. Bu öncelikle bir kişinin sorulara cevap vermeyi reddettiği için mahkum edilemeyeceği anlamını taşır.⁵⁴ AIHS’nin aksine susma hakkı BM Siyasi ve Medeni Hak-

⁵¹ Centel / Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008, s. 142.

⁵² 1982 Anayasası’nın 13. maddesi şu şekildedir: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

⁵³ Metin, Yüksel, *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara 2002, s. 20.

⁵⁴ Dutertre, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, (Türkçe Çeviri) Avrupa Konseyi Yayınları, Almanya 2003, s. 243, 244. “Heaney ve McGuinness-İrlanda Davası’nda (21 Aralık tarihli karar) devletin güvenliğine karşı işlenen suçlara ilişkin iç hukuk, şüphelilerin hareketlerini açıklamasını öngörmektedir. Bunu yapmayan her şüpheli mahkum edilmektedir. AIHM bu dava ile ilgili olarak şunları belirtmiştir: ‘1939 tarihli yasanın 52. bölümü hükümleri uygulanması nedeniyle, bu yasa kapsamında kendilerine yöneltilen suçlamalara ilişkin bilgi vermeye zorlamak amacıyla başvurularda dayatılan zorunluluk derecesi neticede başvuru sahiplerinin kendi aleyhlerine tanıklık etmeme ve sessiz kalma haklarının özünü tahrir ettiğini belirtmiştir. Hükümet 1939 tarihli yasanın 52. bölümünün esasen tırmanan terör ve güvenlik tehdidine karşı, yargının uy-

lar Sözleşmesi'nde açık olarak ifade edilmiştir.⁵⁵

Susma hakkının adil yargılanmanın bir unsuru olarak genel bir güvence oluşturduğu konusunda Fransa-Funke 1993 Kararı'na değinmek mümkündür.⁵⁶ Bu kararda davacı, gümrük otoritelerinin kendisinden istediği banka beyanları veya mal vesikalarını vermesi konusundaki talepleri yerine getirmediğinden para cezasına mahkum edilmiştir. Gümrük idaresi bunların varlığını beyan etmişse de aramada bunlar bulunamadığından mahkeme olayda 6. maddenin birinci fı-

gun şekilde idaresini ve asayişin ve kamu güvenliğinin korunmasını sağlamak amacıyla orantılı bir yanıt niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Mahkeme hükümet tarafından ayrıntılı şekilde sunulan kamu güvenliği ve asayiş iddialarını dikkatle değerlendirmiştir. Ancak, kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı da dahil olmak üzere 6. maddede yer alan hakkaniyete ilişkin genel şartların en basitinden en karmaşığına bütün suçlara ilişkin ceza davalarında geçerli olduğunun mahkeme tarafından belirlendiği hatırlanmaktadır, adil olmayan soruşturmalar sırasında zorla alınan cevapların yargılama aşamasında sanıkları suçlamak için kullanılmasının gerekçesi olarak kamu yararının ileri sürülemeyeceği sonucuna varılmıştır.", mahkeme benzer yargıya Brogan ve Diğerleri İrlanda Davasında da varmıştır. (29 Kasım 1988 tarihli karar, seri A, No.145-B) Kuzey İrlanda'da terör eylemlerine karıştırları şüphelenilen kişilerin , özel mevzuat gereği yakalanılması ve alıkonulması ile ilgili olan davada Birleşik Krallık Hükümeti, gözaltı sürelerinin 5. maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen süreleri aşmasına gerekçe olarak Kuzey İrlanda'daki güvenlik ortamını göstermişti. Mahkeme bu davadaki en kısa alıkonulma süresinin bile 5. maddenin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan hakkın özüne aykırı sonuçlar doğurabileceğini belirlemiştir. Bu doğrultuda Mahkeme, Sözleşmenin 6. maddesinin birinci fıkrası kapsamında güvence altına alınan başvuru sahiplerinin sessiz kalma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme haklarının özüne dokunacak derecede bir hükmün varlığının gerekçesi olarak hükümet tarafından asayiş ve kamu güvenliği endişelerinin gösterilmesinin haklı sayılamayacağını belirlemiştir. Sonuç olarak, başvuru sahiplerinin Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmış bulunan sessiz kalma (susma) ve kendi aleyhine tanıklık etmeme haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

⁵⁵ <http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html> (Erişim Tarihi 6.6. 2010)

⁵⁶ Funke-Fransa Kararı, 10828/84 25.12.1993, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case+Law/Hudoc/Hudoc+database/> - : Funke kararında gümrük yetkilileri başvuru sahibinin yurtdışındaki malları hakkında bilgi edinmek için evini aramışlar ve gümrük suçları ile ilgili yurtdışındaki banka hesapları hakkındaki belgelere el koymuşlardır. Davanın görüldüğü tarihte Fransa kanunlarının gümrük yetkililerine; aramanın aciliyeti, sayısı, süresi ve kapsamı ile ilgili olarak münhasır nitelikte çok geniş yetkiler verdiği tespit edilmiştir. Mahkeme, ulusal makamlardan arama emri çıkartılmadan yapılan söz konusu aramada başvuru sahibinin haklarının yeteri kadar korunmaması ve güvence altına alınmaması, hakkın kötüye kullanımına karşın yasal güvence sağlanmaması karşısında yapılan müdahalenin hedeflenen meşru amaçla orantısız olması sonucunu doğurduğu kanaatine varmıştır.

rasının ihlaline karar vermiştir. Söz konusu genel temele dayalı olarak mahkeme ve bazı şartlar altında komisyon 6. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan ve sanıklar lehine konulmuş bulunan kuralları da hukuki alana nakletmiştir.⁵⁷ Bir diğer örnek olayda Alman Yüksek Mahkemesi'nin şüphelinin ifadesinin alınması sırasında şüpheliyi yalnızca sesinden tanıyabileceğini söyleyen cinsel suç mağdurunun bulunduğu yan odanın kapısı açılması ile şüphelinin sesinden teşhis edilmesinin (akustik teşhis) susma hakkını ihlal ettiğini belirtmiştir. Şüphelinin klasik teşhise katlanma yükümlülüğünün bulunmasının yanında ona haber vermeden aktif olarak teşhise katılmasını sağlamak bu hakkın ihlalidir. Kendisi aleyhine sonuç doğuracak işlemlere kişinin katılması ise bu işlemlere rıza göstermesine bağlıdır.⁵⁸ Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucunun istenen belgeleri teslim etmemesi nedeniyle para cezasına çarptırılmasının sanığın susma ve kendisini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.⁵⁹

Bu bağlamda "*kendi aleyhine tanıklık etmeme-susma hakkı*", aleyhine sonuç doğuracak işlemlere katılmamanın yanında, baskı altında verilen ifadenin *kullanılmasını da yasaklar*. Yine mahkemenin susma hakkını, adil yargılanma usulüne ilişkin güvenceler paralelinde yorumladığı görülmektedir. Saunders-Birleşik Krallık Davasında bir şirket sahtekarlığına ilişkin yasal soruşturmada başvurucu yasa gereği ifade vermek zorunda bırakılmıştır. Başvurucunun ifadeleri de daha sonra kendi aleyhinde delil olarak kullanılmıştır. AIHM bu başvuru ile ilgili olarak hakkın suçsuzluk karinesi⁶⁰ ile yakından ilgili olduğunu

⁵⁷ Dönmezer, Sulhi, *a. g. e.*, s. 231.

⁵⁸ Centel / Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008, s. 145.

⁵⁹ Funke / Fransa Kararı, 10828/84 25.12.1993, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case+Law/Hudoc/Hudoc+database/> -, İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul 2005, s. 273.

⁶⁰ Feyzioğlu, Metin, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *AÜHFD* 1999, Cilt 48, S. 1-4, s. 135-138; "Adına kimi zaman masumluk karinesi, ama daha doğru ve Anayasa'ya uygun bir ifadeyle, suçsuzluk karinesi denilen bu kavram, Anayasamızın 38. maddesinin 4. fıkrasında bir temel hak olarak düzenlenmiştir. Buna göre, "Suçluluğu hükmen sabit olunca ya kadar kimse suçsuz sayılamaz." Suçsuzluk karinesinin Anayasanın "Temel hak ve hürriyetlerinin kullanılmasının durdurulması" kenar başlıklı 15/ 4. maddesinde savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde dahi dokunulması müm-

bildirmiştir.⁶¹ Bu hak, özellikle sanığın sessiz kalma yönündeki isteğine saygı gösterilmesi ile de ilgilidir. Bu yönde susma hakkı, ceza davalarında sanıktan cebren elde edilmiş olabilecek malzemenin kullanılmasını kapsamamakla beraber, şüphelinin iradesinden bağımsız olarak mevcut bulunan, arama emri sonucunda ele geçen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan beden dokularının kullanılmasını mümkün kılmaktadır. Ayrıca AİHM'nin "susma hakkı" ve "kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının" yalnızca hatalı davranışın ikrarını kapsamadığını belirterek, bu konuda *hakkı geniş yorumladığına* da dikkat etmek gerekir.⁶² AİHM bu noktada sanığın susmasından

kün olmayan çekirdek haklar kategorisinde yer aldığı belirtilmelidir. Suçsuzluk karinesi teriminin masumluk karinesi karşısında yeğlenmesinin nedeni ise, ceza muhakemesinde kişinin sanık sıfatını almasıyla birlikte sanıklık statüsüne girmeyenlere uygulanamayan bazı koruma tedbirlerinin belirli şartlar altında kendisine uygulanabilir olmasıdır. Kavramın adına masumluk karinesi denilecek olursa, özellikle kişi hürriyetini mahkumiyet kararından önce ağır şekilde sınırlayan tutuklama koruma tedbirinin masum kabul edilen kişiye uygulanması açıklanamaz olacaktır."

⁶¹ Dutertre, Gilles, *a. g. e.*, Almanya 2003, s. 245. "Mahkeme her ne kadar sözleşmenin 6. maddesinde özellikle belirtilmemiş olsa da, 'susma' ve bunun bir parçası olan 'kendi aleyhinde tanıklık etmeme hakkının' 6. madde kapsamındaki adil yargılanma kavramının esasını oluşturan ve genel olarak kabul edilen uluslararası kuralların özünde bulunan bir hak olduğunu anımsatmaktadır. Bu hakkın gerekçeleri arasında, sanığın yetkililerce uygunsuz bir şekilde zorlamaya maruz kalmasına karşı korunması ile adaletin tecellisindeki hatalı uygulamaları önlemek 6. maddenin hedefleri arasında bulunmaktadır. Kişinin kendi aleyhinde tanıklık etmeme hakkı, özellikle bir ceza davasında savcılık makamının sanığın iradesi dışında tehdit ya da tazyik yöntemleri ile elde edilmiş delillere başvurulmadan sanığa karşı iddianın kanıtlanmaya çalışılmasını öngörür."

⁶² Dutertre, Gilles, *a. g. e.*, Almanya 2003, s. 245: "Kararda AİHM, her ne olursa olsun hakkaniyet kavramı düşünüldüğünde, kişinin kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının yalnızca hatalı davranışları ikrar eden bildirimleri ya da doğrudan suçlamayı üstlenen ifadeleri ile sınırlı tutulabilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Görünüşte suçlayıcı nitelikte olmasa da baskı altında alınan ifadeler, masumiyeti beyan edici nitelikte veya olayla ilgili sorulara karşılık vermek niteliğinde olup olmadığına bakılmaksızın, daha sonra savcılığın iddialarını desteklemek için, sanığın diğer ifadelerine veya duruşma sırasında verdiği ifadelere karşı çıkmak veya şüpheye düşürmek için kullanılabilir. Bu beyanların da daha sonra başvuruyu veren aleyhine sonuçlar doğurabileceği belirtilmektedir. Bu noktada yapılan bir başka tespit, adli olmayan soruşturmalar sırasında zorla alınan cevapların, yargılanma aşamasında sanıkları suçlamak için kullanılmasının gerekçesi olarak kamu yararının ileri sürülemeyeceği sonucuna varılmasıdır. Yine ceza yargılamasında kullanılmış olan ifadeleri başvuruçunun kendisine bir suçlama yöneltmeden vermiş olmasının, hakkın ihlal edilmiş olmadığını göstermediği

bazı sonuçlar çıkarılabilmesi olasılığını da gözönünde bulundurmuştur. John Murray-Birleşik Krallık Davası'nda mahkeme ulusal mahkemenin yalnızca sanık sessiz kalmayı seçtiği için sanığın suçlu olduğu sonucuna varamayacağını belirtmektedir. Bu önemli bir tespittir. Ancak burada da somut olay adaleti bakımından makul sayılabilecek bir belirlemede bulunulduğu görülmektedir. Bu da mahkemenin yalnızca sanığa karşı olan deliller bir açıklama gerektiriyorsa ve bu açıklama da sanığın gösterebileceği nitelikte ise, buna rağmen sanık hiçbir açıklamada bulunmuyorsa "sağduyunun sınırları dahilinde bir açıklama getirilmemesi dolayısı ile sanığın suçlu olduğu" çıkarımının yapılabileceği sonucuna varmıştır.⁶³

e. Susma Hakkının İlişkili Olduğu Haklar

Susma hakkını değerlendirirken suçsuzluk karinesi içerisinde, hakkın ilişkili bulunduğu kendisine yüklenen suçu öğrenme ve kendi kendini suçlamama hakları da girmektedir.⁶⁴ Yukarıda değinilen bu hakları kısaca belirtmekte yarar görülmektedir.

yönündeki tespit" susma hakkının başladığı anın sanıklık sıfatının başladığı andan önceye götürülmesi ile bizzet şüpheli sıfatının başladığı andan itibaren korunmaya kavuşturulmuş olmaktadır.

⁶³ Dutertre, Gilles, *a. g. e.*, Almanya 2003, s. 247: Bu noktada AİHM sanığın suçluluğunu sağduyunun sınırları yönünde bir karineye dayandırmaktadır. Kanımızca, yine delillerden durum net olarak çıkarılamıyor ve sanık kendine artık bir insan hakkı boyutunda tanınmış olan "susma hakkını" kullanıyorsa, zerre kadar şüphe olsa dahi, sanık lehine yorumlanmalıdır. Sanığın susma hakkını kullanmasının, olayın niteliğinin sanığın suçluluğu konusunda bir sağduyu oluşturmasından bahisle suçlu olabileceği hükmünün, böyle subjektif bir kavrama dayandırılması mümkün değildir. Reisoglu, Safa, Uluslararası Boyutları ile İnsan Hakları, İstanbul 2001, s. 109: Sanık ilke olarak suçu işlemediğini, suçsuz olduğunu kanıtlamakla yükümlü değildir. Sanığın suçu işlediğini gösteren yeterli delil yoksa, kanaate, inanca dayanılarak mahkumiyet kararı verilemez. Şüphe sanık lehine işler.

⁶⁴ *İnsan Hakları Konferanslar*, 14 Nisan 2006- 26 Mayıs 2006, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 6. Maddesinde Düzenlenen Adil Yargılanma Hakkı", Ankara Barosu Yayını, s. 7.; Bu noktada susma hakkının sanık açısından her zaman olumlu sonuç vermediğine örnek olarak Murray-İngiltere Davası gösterilmiştir. John Murray, aleyhindeki güçlü kanıtlara rağmen hem duruşmada hem de sorgulamada susmuştur. Yargıç bu *susmayı suçluluğun kabulü olarak sanığın aleyhine yorumlamış*, AİHM de yorumu bu noktada doğru bularak bu yönde bir ihlal olmadığına karar vermiştir. Ancak, burada biz yargıcın suçsuzluk karinesinin aleyhine hareket etmediğini düşünüyoruz. Çünkü, hüküm yalnızca susma üzerine

aa. Kendisine Yüklenen Suçu Öğrenme Hakkı ile İlişkisi

Aynı zamanda adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan kendisine yüklenen suç öğrenme hakkı, susma hakkı ile yakından ilişkilidir. Ceza muhakemesinin sujesi olan şüpheli ve sanık bu hakkın sahipleridir. Şüpheli veya sanık kendisine yüklenen suçun niteliğinin ne olduğunu, en kısa sürede ve anladığı dilde öğrenerek kendisini savunabilecektir. Şüpheli veya sanığı belirsizlik içinde bırakarak suçların aydınlatılması yönünden bu sujelerin savunmalarına yarayacak bilgiler elde etmeleri açısından yararlı olabilirse de bu hakkın tanınmaması hukuk devleti ilkesinin de ihlali anlamına gelecektir. Neyle suçlandığını bilmeyen bir kişinin kendisini savunabilmesi de mümkün değildir. Bu hak sayesinde kendisine yüklenen suç öğrenen şüpheli veya sanık susma hakkını kullanıp kullanmamaya veya lehine olan delillerin toplanmasını talep edip etmemeye karar verecektir. Bu nedenle şüpheli veya sanık ancak kendisine yüklenen suç öğrendikten sonra karar makamına karşı savunma yapabilecektir. Diğer taraftan yakalama ve tutuklama sırasında da hakkın geçerli olduğuna dair şüphe yoktur.⁶⁵

bb. Kendini Suçlamama Hakkı ile İlişkisi

Kendini suçlamama hakkı, susma hakkı ile nitelik olarak yakından ilişkili olmakla birlikte, ceza muhakemesinin tarihsel gelişimiyle birlikte değerlendirildiğinde susma hakkıyla bütünsel bir görünüm gösterdiği görülmektedir. Bu görünüm içerisinde *"tahkik sisteminin uygulandığı dönemlerde sanığın ikrarı ile gerçeğe ulaşma çabası, şüpheli veya sanığın her ne pahasına olursa olsun konuşturulmasına yol açmıştır. İşkence ile alınan ikrarların hükme esas alınmasıysa ceza muhakemesinin amacının insan onuruna dokunulmadan gerçeğin elde edilmesi olduğu yönünde geliştikten sonra şüpheli veya sanıklara işkenceyi önlemek amacı ile yüklenen suç ile*

kurulmamıştır. Yine bir başka olayda yüklü bir miktarda uyuşturucu ile yakalanan sanık uyuşturucu kaçakçılığundan mahkum olmuştur. Hakim mahkumiyet kararını verirken bir karineye dayanmıştır. Bu karine, yasak olan kaçak malları zilyetliğinde bulunduran kişinin suçluluğu yönünde olup ispat yükünü sanık üzerinde bırakmaktadır. AİHM yaptığı incelemede bu karinenin *suçsuzluk karinesini ihlal etmediği* sonucuna varmıştır.

⁶⁵ Altunkaş, Aysun, a.g.m., s. 75,76.

ilgili konuşmama ve açıklamada bulunmama hakkı da tanınmıştır.”⁶⁶

Kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmayacağı anlamını taşıyan *Nemo Tenetur* ilkesi, Anayasanın 38. maddesinin 5. fıkrası ile de teminat altına alınmıştır. “*Kimse kendisini ve yasadaki gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*” Bu ilke ve hükümler karşısında, şüpheli veya sanık vücudunun bir keşif konusu olarak incelenmesine katlanmaya mecbur mudur? Şüpheli veya sanığın karşı iradesine rağmen, vücudunda muayene yoluyla olaydan kalan iz aranmasının veya olaydan geriye kalan izlerle karşılaştırma yapmayı sağlayacak örneklerin alınmasının onun susma hakkını ihlal edip etmeyeceği tartışmalıdır. Susma hakkının bulunduğu olguların vücudun muayenesi yolu ile elde edilmesi bu hakkı ihlal eder mi ya da kişi kendisini suçlamış olur mu? Bu noktada temelde iki farklı bakış açısı bulunmaktadır. İlki, şüpheli veya sanığın susma hakkının yalnızca kendisine isnat edilen fiile ilişkin olduğudur. Vücudun muayenesi ve örnek alma işlemi ise isnatta bulunup açıklama belirlemek söz konusu değildir.⁶⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre de sanığın iradesinden bağımsız olarak mevcut bulunan, onun iradesiyle hiçbir ilgisi bulunmadan var olan delillerin toplanmasında cebir kullanılabilir.⁶⁸ İkinci bakış açısı Anayasa’ya da yansımış olan *Nemo Tenetur* ilkesinden hareketle hiç kimsenin kendi aleyhine delil vermeye zorlanamayacağıdır. Muayeneyi vücut diliyle ifade olarak alan bu anlayış muayene yapılmadan sanığa bunu kabul etmeme hakkının hatırlatılmamasının sonucunda elde edilen bulguların delil değerlendirme yasağına gireceği görüşündedir. Alman Hukuku’nda kişinin bu duruma katlanmak zorunda olduğu, ancak

⁶⁶ Kibar, Recep, *a. g. e.*, Ankara 1997, s. 49.

⁶⁷ Centel / Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008, s. 276.

⁶⁸ Mole / Harby, *Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz*, TBB Yayını, Ankara 2005, s. 39, Saunders Birleşik Krallık Kararı, 17.12.1996: “Kendine karşı tanıklık etmemek hakkı öncelikle sanığın sessiz kalma istemine saygı gösterilmesi ile ilgilidir. Sözleşmeye taraf devletlerin hukuk sistemlerinde ve başka yerlerde yaygın olarak anlaşıldığı üzere, bu hak ceza yargılamalarında sanıktan cebren elde edilmiş malzemenin kullanılmasını kapsamamakla beraber, şüphelinin isteğinden bağımsız olarak mevcudiyeti bulunan arama emri sonucunda ele geçirilen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan bedensel dokuların kullanılması mümkündür.”

işlem yapılabilmesi için sağlık açısından bir zarar doğurmayacak olmasının ve hakim kararının gerekliliğinin aranacağı belirtilmektedir. Fransız Hukuku'nda vücut aramasında suçüstü ve istinabe halleri dışında ilgilinin izninin alınması gerektiği düzenlenmiştir.⁶⁹ Bu konuda CMK'nın 75. maddesinde "şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması" düzenlenmiştir. Burada şüpheli veya sanığın iradesinden bağımsız olarak karar verilmektedir. Biz bu konuda ilkenin bu derece geniş yorumlanmasının ceza muhakemesinin gerçeğin araştırılması amacı ile çelişeceğini düşünerek Alman hukukundaki görüşe katılmakla birlikte Fransız hukukunda aranan suçüstü kriterinin de kullanılmasının susma hakkı ve kendini suçlamama hakkı açısından yerinde olacağı kanaatindeyiz.

f. Hukukumuzda ve Uygulamada Susma Hakkı

Anayasa'da susma hakkını doğrudan düzenleyen bir madde yer almamakla birlikte, "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar" başlıklı Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasında "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." şeklindeki düzenlenmiştir. Maddenin kapsamından, bir yandan susma hakkının varlığı, diğer taraftan da sanığın işkenceye maruz kalmasının dolaylı olarak önlenmesi sonucu çıkmaktadır. Anılan maddenin zıt anlamı ise, isnadı ileri süren devletin ispat yükümlülüğüne işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle, burada suçlanan kişiye suçsuzluğunu ispat külfeti değil, suçlayan makama iddiasını ispatlama yükümü getirmektedir.⁷⁰

Hukukumuzda şüpheli ve sanık çeşitli haklar yanında susma hakkına da sahiptir. Ceza muhakemesinde hakkaniyete uygun yargılan-

⁶⁹ Centel / Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008, s. 277, 278.

⁷⁰ Er, Deniz Erol, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları*, Ankara 2002, s. 195, 200; şunu da ifade etmek gerekir ki, "Suçsuzluğunu ispat etmek sanığın görevi değildir. Yargılama makamının, sanığın suçluluğunu veya suçsuzluğunu duruşmadaki delillerden elde edineceği kanaat ile ortaya koyması gerekmektedir. Gerçekten bir taraftan sanığa susma hakkı tanıyıp, diğer taraftan da suçsuzluğunu ispatlamasını beklemek bir çelişki olurdu." Bu konuda sanık açısından garantör niteliğindeki ilke suçsuzluk karinesidir. Susma hakkı ile de bu ilke yakından ilişkilidir.

ma; kendi mahkumiyetine yardımcı olmama, kendi aleyhine beyan ve delil vermeme hakkını içerir. Dolayısıyla da kişinin kendi kendini suçlayıcı bir duruma düşmemesini sağlamak için susma ve ilişkili bulunduğu haklar korunmaktadır.⁷¹ Ceza Muhakemesi Kanunu ifade ve sorguyu esas itibarı ile şüpheli ve sanığın⁷² kendini savunma aracı olarak kabul etmiş ve bunun sonucu olarak da susma hakkını tanımıştır. Kanun bununla da yetinmemiş, CMK'nın 147. maddesinin 1. fıkrasının b ve e bentlerinde bu hakkın şüpheli veya sanığa hatırlatılacağını da hüküm altına almıştır.⁷³ Bu açıdan ifade vermek istemediğini belirten şüpheliye hukuka aykırı birtakım yöntemlerle ifade verdirilmemelidir. Zira bu suretle elde edilecek beyan hukuka aykırı olacaktır.⁷⁴

⁷¹ İnceoğlu, Sibel, *a. g. e.*, İstanbul 2005, s. 271.

⁷² CMK m. 160 f.2'de "Cumhuriyet Savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılama yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür" denilmektedir. Böylelikle Anayasanın 38. maddesinin 5. fıkrasında ifade bulan "susma hakkı" da "şüpheli" sıfatının kazanıldığı anda başlamaktadır.

⁷³ Toroslu, Nevzat / Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s. 135.

⁷⁴ Bu anlayışla paralel olarak CMK m.206'da kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin duruşmada ortaya konulması yasaklanmış, CMK m. 207'de yüklenen suçun hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceğini belirtilmiş, CMK m. 148 f.3'te ise yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği hükümleri yer almaktadır. Kunter- Yenisey /- Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008, s. 1079-1105.; Alman doktrininde delil yasakları, konusu bakımından yasaklanan deliller, temel hakları korumak amacıyla yasaklanan deliller ve elde edilmesinde uygulanan metod dolayısıyla yasaklanan deliller olarak sınıflandırılmaktadır. Kabul edilmiş olan "Sanık Hakları Teorisi" doktrininde eleştirilmekle birlikte, teoriye göre delilin elde edilmesi sırasında gerçekleşen hukuka aykırılığın sanığın haklarını ne ölçüde ihlal ettiğine bakılır. Sanığın hakları önemli şekilde ihlal edilmiş ise hukuka aykırı delil kullanılamaz. Buna karşın ihlal, ikinci derecede ise ve sanık hakları açısından önem taşımamakta ise hukuka aykırı olmasına rağmen delilin hüküm verilirken kullanılabilmesi anlayışı vardır. Teoriye eleştiriler sanığın usulüne uygun bir ceza muhakemesi istemek hakkının olduğu ve yalnızca sanığın anayasal haklarını koruyan hükümlere riayet edilmemesi halinde değil, muhakeme hukukuna ilişkin herhangi bir kuralın ihlal edilmesi halinde de delilin değerlendirme kapsamı dışında kalması kabul edilmiştir. Kanımızca delil yasakları konusundaki değerlendirme Janus'un iki yüzü gibidir. Sanığın yalnızca anayasal hakları değil muhakeme hukukundan doğan hakları da bulunmaktadır ve bu konuda devletin kamusal menfaatleri ile diğer menfaatlerin özellikle de konumuz açısından şüpheli ve sanığın menfaatlerinin tartılması konusunda nesnel bir kriter geliştirmek oldukça güçtür. Temel hak ve özgürlükler

Bu hak, çeşitli şekillerde ve kapsamda kullanılabilir. Hiçbir soruya cevap vermemek şeklinde kullanılabileceği gibi, belli aşamalarda konuşup belli aşamalarda susmak şeklinde de olabilir. Ne şekilde kullanılırsa kullanılsın kolluk buna rağmen soru sormaya devam edebilir. Bu arada şüphelinin bazı sorulara cevap verebileceği düşünülmelidir. Bu nedenle şüpheli en başta susma hakkını kullanacağını bildirmişse de, sorulması düşünülen soruların sorulması üzerine şüphelinin bunlardan bir kısmına cevap vermesi hukuka uygundur. Ancak bu uygunluk kuşkusuz, susma hakkını kullanan kişiyi konuşmaya zorlayacak birtakım yöntemler kullanılmaması durumunda geçerlidir.⁷⁵ Şüpheli ve sanığa aksi halde müeyyide uygulamak gerekecektir. Bu noktada en etkili müeyyide işkence olmuştur.⁷⁶ Ayrıca CMK 311. maddesi hükmü ile AİHS'nin ihlalini bir yargılamanın yenilenmesi nedeni saymaktadır.⁷⁷ CMK'ya konulan atıf normu ile AİHS'ye atıf yapılarak ceza yargılaması açısından işlevsel bir durum kazandırılmış ve muhakeme hukukunun sınırları adil yargılanma hakkı ile belirlenmiştir.⁷⁸

AİHS'nin 6. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları yalnızca ceza yargılaması bakımından uygulanacak ilkeler olarak nitelendirilmelidir. Bunlar ceza yargılaması bakımından getirilmiş olan güvencelerdir. Öncelikle suçsuzluk karinesi önemli bir güvence olmanın ötesin-

aleyhine yapılacak yorumlarda ihtiyatlı davranmak gerekir. Hukuka aykırı deliller ve bunların değerlendirilmesine ilişkin öğretilerde mutlak ve nispi delil yasakları kavramı ve bu delillerin bir hak ihlaline ilişkin olup olmadıkları tartışması için bakınız Öztürk, Bahri, *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, Ankara 1995, s. 11-50.

⁷⁵ Şahin, Cumhuriyet, "Kolluğun İfade Alması Konusunda Ortaya Çıkan Sorunlar", *Bilge Öztan'a Armağan*, Ankara 2008, s. 1417.

⁷⁶ Toroslu, Nevzat / Feyzioğlu, Metin, *a. g. e.*, Ankara 2006, s. 134.

⁷⁷ CMK, m. 311, f.1, b. 5; Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, AİHM kesin kararıyla tespit edilmiş olması durumunda, AİHM'nin kararının kesinleşmesinden itibaren 1 yıl içinde yargılamanın yenilenmesi istenebilir.

⁷⁸ Hafızoğulları, Zeki, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 67: "Atıf veya gönderme normları, diğer bir hukuk normunu gerektiren veya diğer bir hukuk normuna göndermede bulunan hükümlerdir." Bir başka atıf normu CMK m. 160 f. 2'de kullanılmıştır. Maddede cumhuriyet savcısına maddi gerçeğin araştırılması ve *adil bir yargılanmanın yapılabilmesi için...*şüphelinin haklarını koruma altına alma yükümlülüğü yüklenmiştir.

de, bu güvencenin bulunması duruşmadan önce de 6. maddenin uygulanmasını göstermesi açısından önemlidir.

g. Susma Hakkının İstisnaları

aa. Kimliği ile İlgili Bilgileri Doğru Cevaplama

Ceza davası ancak suçlu olduğundan şüphe edilen kişinin ferdan muayyen olması durumunda açılabilir. CMK ferdan bilinmeyen yani meçhul kişi hakkında dava açılmasını kabul etmemiştir. CMK'nın 170. maddesinde, iddianamede gösterilmesi gereken hususlar arasında şüphelinin kimliği de sayılmıştır.⁷⁹ CMK'nın 147. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde şüpheli veya sanığın kimliğinin saptanacağını ve şüpheli veya sanığın kimliğine ilişkin soruları doğru cevaplandırmakla yükümlü olduğu belirtilmektedir. Şüphelinin kimlik ve adresi ile ilgili bilgi vermektan kaçınması ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla kimliğinin belirlenememesi halinde, bu belirleme yapılıncaya kadar gözaltına alınması ve tutuklanması mümkündür.

Bu noktada, "Miranda Kuralı"na da değinmek gerekir. ABD'de 1960 yılına verilen bir yargı kararına dayanan kural, yakalanan kişiye güvenlik görevlilerinin haklarını hatırlatmasını öngörmektedir. Kolluk şüpheliyi yakaladığı anda ona susma hakkının olduğunu ya da söyleyeceği şeylerin aleyhinde delil olarak kullanılabileceğini hatırlatmak zorundadır. Buna göre, başlangıç şüphesi üzerine sorulan sorularda, *Miranda Kuralı* geçerli değildir, ancak şüpheli kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür.⁸⁰ Sokakta polis tarafından durdurulan ve kimliği sorulan ya da üzerinde arama yapılan kişi teknik anlamda gözaltına alınmış ve yakalanmış kişi değildir (Arama Y. m. 27). Eğer şüphe kuvvetli ise ve ilgilinin kollukça yakalanmasını gerektiriyorsa, bu noktada hakların ve susma hakkının ha-

⁷⁹ Toroslu, Nevzat / Feyzioğlu, Metin, *a. g. e.*, Ankara 2006, s. 124,125.

⁸⁰ Şahin, Cumhur, "Kolluğun İfade Alması Konusunda Ortaya Çıkan Sorunlar", *Bilge Öztan'a Armağan*, Ankara 2008, s. 1416.; "Dikkat edilmelidir ki, buradaki gözaltı ve tutukluluğun, yürütülmekte olan soruşturma ile doğrudan ilgisi bulunmamaktadır. Yani kişi, yalnızca kimliği konusunda açıklamada bulunmaktan kaçındığı veya gerçeğe aykırı açıklamada bulunduğu için kimliği tespit edilemediğinden dolayı gözaltına alınmakta ve gözaltı süresi dolduktan sonra tutuklanmaktadır."

tırlatılması gerekecektir.⁸¹ Ancak, uygulamada bu durumun tespiti zor olacağı kanaatindeyiz.

bb. Kendiliğinden Yapılan Açıklamalar

Susma hakkının kapsamına girmeyen bir diğer istisna ise, kendiliğinden yapılan açıklamalarla ilgilidir. Örneğin kıskançlık nedeni ile karısını öldürdükten sonra karakola giderek teslim olan şahsın, kendiliğinden yaptığı açıklamalardan önce susturulması, müdafinin getirilmesi söz konusu olamaz (*exception of spontaneous declaration*). Yine meşhut suç sırasında takip edilen kişinin söylediği sözler bakımından hukuka aykırı delil var sayılamaz. Bu istisna, toplumun güvenliği gerekçesi ile getirilmiştir (*public safety*). Bunların dışında hakların bildirilmemesi, şüpheli veya sanığın savunma hakkının özünü ortadan kaldırdığı için esaslı bir hukuka aykırılıktır.⁸²

SON SÖZ

Yargılamanın adil olarak nitelendirilebilmesi için hakkın kapsamında bulunan ilişkili bulunduğu hakların da azami seviyede yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunun da ötesinde adil yargılanma yalnızca sözleşmeye taraf olan devletlerin uymakla yükümlü oldukları bir hak değil, özgürlükler ve hukukun üstünlüğü bakımından insanlığın ortak mirası olan değerleri içermektedir. Jellinek'in sınıflandırması açısından adil yargılanmanın negatif statü hakkı olduğu belirlenmiş ise de yerine getirilmesi açısından devletin pozitif birtakım edimlerine de gereksinim duyulduğu açıktır. Bu edimler yerine getirilmeksizin

⁸¹ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2006, s. 1008.

⁸² Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2006, s. 1008, 1009.; "Örneğin kazaya karışan kişi, kendisine sorulmadığı halde polise bazı açıklamalarda bulunursa, bu sırada henüz dar anlamda sanık sıfatını almamış olduğundan, verdiği bu ifade duruşmada aleyhine delil olarak değerlendirilebilir. Duruşmada hazır bulunmasa, kendisine hakları hatırlatılmasa dahi değerlendirme mümkündür." "Bu noktada İtalyan Ceza Kanunu (m. 136/2) tutanakta her bir ifadenin sorulan bir soru üzerine mi yoksa kendiliğinden mi verildiğinin belirtilmesini şart koşmaktadır.", Şahin, *Cumhuriyetin Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara 1994, s. 86.

hakkın tam olarak korunduğundan da bahsedilemeyecektir.

Sanığın veya şüphelinin savunmasını kısıtlayan, kendini suçlayan beyanlarda bulunması ile ceza hukukunun diğer hukuk dallarından en önemli farkı olan “insaniliği” de ihlal edilmiş olacaktır. Ceza muhakemesi hukukunun en önemli sujeleri, hatta ceza muhakemesi mekanizmasının harekete geçmesine neden olan sujeler şüpheli ve sanıktır.⁸³ Bu nedenle sanığı koruyan hükümler ve bu yönde evrensel ilkeler geliştirilmeye çalışılmış, öğretide “şüphelilik statüsünün” başladığı an, bir kişi hakkında soruşturmanın başladığı an olarak kabul edilmektedir. İlgilinin kendisine yapılan soruşturma ve araştırmalardan haberdar olması gerekmez. Koğuşturma makamları somut şüphe sebeplerine dayanarak söz konusu kişi veya kişilerden şüphelenmişler ve araştırma yapmaya başlamışlarsa, ilgili artık “geniş anlamda sanık” durumundadır. Susma hakkı da bu bakımdan sanığı koruyan, gerçeği öğrenmek adına her türlü yöntemin kullanıldığı ve sanıktan delile gidilmeyen bir aydınlanmacı ceza muhakemesi sistemini garanti etmektedir. Ancak bu noktada ifade edilmelidir ki sanığın susma hakkına sahip olması adil yargılanma içinde her türlü durumda kuşanılabilir bir zırh değildir. Mahkemenin bu yönde değindiğimiz içtihatları da hakkın hassasiyetle ve somut olay adaleti bakımından değerlendirilmesini gerektirecek yönlerini ortaya koymaktadır.

Adil bir yargılanmanın hukuk devleti anlayışının ayrılmaz bir parçası olduğu kabul edildiğine ve Anayasa'nın 2. maddesinde devletin niteliğinin “hukuk devleti” olduğu belirlendiğine göre bu hakka uyma şeklinde bir seçim artık mümkün değildir. Bir an için sözleşmeye taraf olmadığımız düşünülse bile böyle bir seçim aydınlanmacı, liberal demokratik ceza hukuku açısından da bir geriye gidiş olacaktır. Bu geriye gidişin ise kabulü mümkün değildir. Bu kapsamda susma hakkına riayet edilmeksizin yargılamanın adilliğinden de söz etmek mümkün olmayacaktır.

⁸³ Toroslu / Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2009, s. 124.

KAYNAKLAR

- Akbulut, Olgun, Adil Yargılanma Hakkı, *Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, İstanbul 2002.
- Akıllıoğlu, Tekin, *İnsan Hakları I, Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, Ankara 1995.
- Algan, Bülent, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Ankara 2007.
- Altunkaş, Aysun, "Adil Yargılanma Hakkı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü Işığında", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2007, S:1, İstanbul.
- Aydın, Öykü Didem, "Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu", *TBB Dergisi*, Sayı 53, Ankara 2004.
- Başaran, Başar, Adil Yargılanma Hakkı, AÜSBE. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2007.
- Beccaria, Cesare, Çev. Sami Selçuk, Ankara 2004.
- Bıyıklı, Hasan, İkrar ve Ceza Muhakemesi Sorunları, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 48, S.11-12, İstanbul 1974.
- Bozkurt, Enver, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku*, Ankara 2006.
- Çeçen, Anıl, *İnsan Hakları Rehberi*, Ankara 1999.
- Çelik, Adem, *Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku*, Ankara 2007.
- Demirbaş, Timur, *Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması*, İstanbul 1996.
- Dönmezer, Sulhi, "Adil Yargılanma Hakkı Üzerine Notlar", *Yazarın Son Çalışmaları, Dönmezer Armağanı*, Ankara 2008.
- Dutertre, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Türkçe Çeviri*, Avrupa Konseyi Yayınları, Almanya 2003.
- Er, Deniz Erol, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları*, Ankara 2002.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Ankara 1997.
- Erem, Faruk, "Susma Hakkı", *Yargıtay Dergisi*, C.18, S.3, Ankara 1992.
- Fellman, David, *The Defendant's Rights Today*, Wisconsin 1976.
- Feyzioğlu, Metin, "Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu", *AÜHFD*, Cilt 44, Yıl 1995.
- Feyzioğlu, Metin, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *AÜHFD* 1999.

- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2009.
- Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2009.
- Hafızoğulları, Zeki, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008.
- İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul 2005.
- İnsan Hakları Konferanslar*, 14 Nisan 2006- 26 Mayıs 2006, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 6. Maddesinde Düzenlenen Adil Yargılanma Hakkı", Ankara Barosu Yayını, Ankara 2006.
- Kıbar, Recep, *Türk Hukukunda Sanık Hakları*, Ankara 1997.
- Kuçuradi, Ioanna, "İnsan Hakları: Kavramı ve Çeşitleri" *İnsan Hakları Konferans Panel ve Sempozyumlar*, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 2006.
- Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2006.
- Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008.
- Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2009.
- Ladewig, Hans Meyer, "Adil Yargılanma Hakkı II", Çev. Hakeri, Hakan, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Kunter'e Armağan.
- Metin, Yüksel, *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara 2002.
- Mole-Harby, *Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz*, TBB Yayını, Ankara 2005.
- Öztürk, Bahri, *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:14, Ankara 1995.
- Şahin, Cumhur, Kolluğun İfade Alması Konusunda Ortaya Çıkan Sorunlar", *Bilge Öztan'a Armağan*, Ankara 2008.
- Şahin, Cumhur, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara 1994.
- Tanrıkulu, Sezgin, *Adil Yargılanma ve İddianamenin İadesi-Kabulü-Tebliğ*, *TBB Dergisi*, S. 64, Ankara 2006.
- Tezcan / Erdem / Sancaktar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2002.
- Toroslu / Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006.
- Toroslu / Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2009.
- Turan, Hüseyin, "Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa

- Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi" , *TBBD*, Sayı 84, Ankara 2009.
- Uluslararası Af Örgütü, Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul 2000.
- Ünver, Yener, "Adil Bir Yargılanmaya İlişkin Avrupa Temel Hakkı", *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan.
- Yaltı Soydan, Billur, İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı-III, *Vergi Sorunları Dergisi*, Ekim 2000, S.145, Ankara 2000.

Elektronik Kaynaklar

- www.cumhuriyet.com.tr/?hn=122820 (Erişim Tarihi 17.3. 2010)
- http://tr.wikisource.org/wiki/Virginia_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Bildirgesi, (Erişim Tarihi 18.3.2010)
- <http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/iheb.html>, (Erişim Tarihi 9.6.2010)
- <http://ilef.ankara.edu.tr/akildefteri/gorsel/dosya/10460171751961.doc>, (Erişim Tarihi 17.3. 2010)
- http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b6-7.pdf. (Erişim Tarihi 6.6.2010)
- <http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html> (Erişim Tarihi 6.6. 2010)
- [http:// www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case_Law/Hudoc/Hudoc+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case_Law/Hudoc/Hudoc+database/) - (Erişim Tarihi 25.7.2010)

MÜLKİYET HAKKININ KAPSAMI, SINIRLANDIRMA NEDENLERİ VE ŞARTLARI AÇISINDAN 1982 ANAYASASI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ: KARŞILAŞTIRMALI BİR ANALİZ

IN TERMS OF SCOPE, CAUSES AND CONDITIONS OF RESTRICTING
OF PROPERTY RIGHT, 1982 CONSTITUTIONAL CHARTER AND
CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND
FUNDAMENTAL FREEDOMS: A COMPARATIVE ANALYSE

Suat ŞİMŞEK*

Özet: Bu çalışmada, Türk hukukunun ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mülkiyet hakkına bakışını yansıtabilmek ve aradaki farkları gösterebilmek amacıyla, 1982 Anayasası ve İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında mülkiyet hakkının niteliği, sınırlandırma şartları ve nedenleri karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

Çalışma göstermiştir ki 1982 Anayasası'nın ve Sözleşme'nin mülkiyet hakkına bakışı (aradaki büyük benzerliklere rağmen) önemli farklılıklar da gösterebilmektedir. Bu kapsamda hem mülkiyet hakkının niteliği, hem de mülkiyet hakkının sınırlandırma nedenleri ve şartları açısından önemli farklılıklar mevcuttur. Bu farklılığın temel nedeni Türk ve Avrupa hukukunda mülkiyet hakkının tarihsel süreç boyunca gelişimidir.

Her ne kadar Sözleşme, 1982 Anayasası'nın 90. maddesi gereği Türk hukukunda doğrudan uygulanabilir olsa da Sözleşme'nin mülkiyet hakkına bakışı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarıyla şekillendiği için, Türk yargısının ve idari makamların Sözleşme'yi ve Ek 1 No.'lu Protokol'ü Türk hukukunda doğrudan uygulama konusunda çekimser davrandıkları görülmektedir.

Anahtar Sözcükler: Mülkiyet, AİHM, AİHS, mülkiyet hakkının korunması, mülkiyet hakkının sınırlandırılması.

Abstract: In this study, in order to present Turkish law and European Court of Human Rights point of view on right of property and to show the difference between them, quality of property right, restricting conditions and causes are studied comparatively within

* Maliye Bakanlığı, Milli Emlak Kontrolörü.

the context of 1982 Constitutional Charter and Protocol No. 1 of European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

This study shows that 1982 Constitutional Charter and the Conventions's point of view can represent consequential differences (despite being more similarities). In this scope, both in terms of quality of property right and causes and conditions of restricting right of property has significant differences. Main reason of this difference is development of property right in Turkish and European law during historical process.

Even though the Convention is applicable in Turkish law as is due article 90 of the 1982 Constitutional Charter, Turkish estimation and public authority abstain from applying the Convention and Ptorocol no. 1 on Turkish law directly because the Convention's point of view to right of property is shaped by European Court of Human Rights caselaws.

Keywords: Property, European Court of Human Rights (ECHR), European Convention on Human Rights (ECHR), protection of righth of property, restricting righth of property.

I. GİRİŞ

Diğer bütün hakların kendisinden türediğinin kabul edilmesi nedeniyle hakların anası olarak nitelendirilen¹ mülkiyet hakkı, temel hak ve özgürlükler arasında özel bir öneme sahiptir.

XIX. yüzyıla kadar mutlak ve sınırsız bir hak olarak kabul edilen bu hak, XX. yüzyıla gelindiğinde sınırsızlık özelliğini gitgide artan bir şekilde yitirmiştir. Gerçekten de mülkiyet hakkı geçen yüzyılın ferdiyetçi doktrinlerin etkisi altında malikin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, kutsal ve doğal haklardan sayılırken günümüzde bu görüş değişmiş ve mülkiyet hakkı, malike toplum yararına bazı ödevler ve görevler yükleyen sosyal bir hak olarak görülmeye başlanmıştır. Bu yüzyıldan itibaren hem mülkiyet hakkının sınırlama sebepleri (imar planları, vergiler, para cezaları, kira kontrolleri gibi) artış göstermiş; hem de mülkiyetin sadece bir hak değil, aynı zamanda topluma karşı bir ödev olduğu anlayışı yaygınlaşmıştır.

¹ Ertaş, Ş., (2006) "Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu", in. *Türk Medenî Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2006, s. 135.

Ancak mülkiyet kavramı, soyut bir fikir olmayıp ilk toplum hayatından bugüne kadar töre ve kurumların sürekli gelişmesi sonucu ortaya çıkmış sosyal bir kurum olduğu için üzerinde uzlaşmış bir mülkiyet kavramı olmadığı gibi² hakkın niteliği, kapsamı, sınırlandırma amaçları ve şartları yönünden devletler arasında önemli farklılıklar söz konusu olabilmektedir.

Mülkiyet hakkının niteliği, kapsamı, bu hakkın sınırlandırılabilme nedenleri ve koşulları açısından 1982 Anayasası ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS/Sözleşme) ve bu Sözleşme'ye Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi arasında önemli benzerlikler olsa da uygulamada çok önemli sonuçlar doğudan ciddi farklılıklar da mevcuttur.

Bu çalışmada öncelikle 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi kararlarına göre Türk hukukunda mülkiyet hakkının kapsamı, niteliği, sınırlandırma nedenleri ve koşulları incelenecektir. Daha sonra AİHS, Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM/Mahkeme) içtihatları ışığında mülkiyet hakkının niteliği, kapsamı, sınırlandırma nedenleri ve koşulları incelenecek; son bölümde ise Sözleşme ile 1982 Anayasası karşılaştırmalı bir analize tabi tutulacaktır.

II. 1982 ANAYASASI'NA GÖRE MÜLKİYET HAKKI VE BU HAKKIN SINIRLANDIRILMASI

1982 Anayasası'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesi şu hükmü ihtiva etmektedir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

Görüldüğü üzere maddenin ilk fıkrası mülkiyet hakkını, ikinci fıkrası ise mülkiyet hakkının sınırlandırılmasını düzenlemektedir. Ayrıca Anayasa'nın 13. maddesi, mülkiyet hakkının da aralarında bulunduğu temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin hükümler ihtiva etmektedir. Bunların yanı sıra, Anayasa'nın 43, 44, 46, 47, 63, 73, 167 ve

² Eren, F., (1974) "Mülkiyet Kavramı", A. Recai Seçkin'e Armağan, AÜHF Yayınları No: 351, 1974, s. 765.

168. maddeleri de (açıkça olmasa da) mülkiyet hakkının sınırlandırılması sonucunu doğuran hükümler ihtiva etmektedir.

1. Mülkiyet Hakkının Niteliği

1.1. Genel Olarak

1982 Anayasası'nın mülkiyet ve miras hakkını düzenleyen 35. maddesinin metni, 1961 Anayasası'nın mülkiyet ve miras hakkını düzenleyen 36. maddesinin metni ile aynıdır. Fakat 1982 Anayasası'nın mülkiyet hakkına bakışı, 1961 Anayasası'ndan oldukça farklıdır.

1982 Anayasası, kendisini oluşturan koşulların etkisiyle, birey/ devlet dengesinde ağırlığı devlete vermiş ve hakların sınırlandırılması açısından kanun koyucuya önemli yetkiler tanımış³ olmasına rağmen mülkiyet hakkı, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak "sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler" arasında değil, "kişinin hakları ve ödevleri" arasında düzenlenmiştir.

1982 Anayasası'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesinin gerekçesi de, 1961 Anayasası'nın 36. maddesinin gerekçesinden oldukça farklı şekilde, liberal çizgiden unsurlar taşımaktadır. 1961 Anayasası'nda "mülkiyet hakkının artık Roma hukukunda olduğu gibi sınırsız bir hak olmadığı" vurgulanmışken,⁴ 1982 Anayasası'nda mülkiyetin "devletten önce de" mevcut olduğu belirtilerek hakkın kendisine, sınırlandırmadan daha öncelikli bir yer verilmiştir.

Anayasa; bir yandan özel mülkiyeti, bir yandan da hakkın sınırlandırılmasını ve malike ödevler yüklemesini kabul ederek mülkiyet hakkı açısından karma bir yaklaşım benimsemektedir.⁵

³ Aliefendioğlu, Y., (2002) "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, Sayı: 19, s. 143.

⁴ 36. maddenin gerekçesi şu şekildedir "Artık mülkiyet hakkı Roma Hukukundaki anlamda, ferdin toplum menfaatini dahi hesaba katmaksızın istediği gibi kullanabileceği bir hak, hudutsuz bir hak, hudutsuz bir hürriyet niteliği taşımamaktadır. Batı medeniyetinin öncüleri olan ve kolektif iktisat temayüllerinden çok uzak bulunan memleketlerde ve hatta eski hukukumuzda dahi mülkiyet anlayışı mülkiyetin aynı zamanla sosyal karaktere sahip bir hak olduğu yolundadır."

⁵ Eren, F., (1977) "Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanununun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam", *Medeni Kanununun 50. Yılı*, AÜHF Yayınları No.

Öncelikle 35. maddenin ilk fıkrasında herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu belirtilerek özel mülkiyet esas olarak kabul edilmiştir. Buna mülkiyet hakkının kişinin hak ve ödevleri arasında düzenlenmesi de eklenirse bu yaklaşımın devlet sistemi açısından bir tercih olarak da görülmesi mümkündür ve bu tercihin çağdaş demokrasi yönünde olduğuna da kuşku yoktur. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında⁶ vurgulandığı üzere demokratik hukuk devletinde özel mülkiyetin tanınması ve korunup garanti altına alınması zorunludur.

Ancak Anayasa, mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlanabileceğini ve toplum yararına aykırı olarak kullanılmayacağını öngördüğü için Anayasa'nın, mülkiyet hakkının sosyal yönüne de büyük önem verdiği görülmektedir.

1982 Anayasası'nın mülkiyet anlayışı (ilke olarak özel mülkiyeti esas almakla beraber) mülkiyet hakkını klasik mülkiyet anlayışında olduğu gibi mutlak ve sınırsız bir hak olarak görmemekte, mülkiyetin kişilere haklarla birlikte ödevler de yüklediği kabul edilmektedir.

Elbette ki mülkiyet hakkının birinci kuşak haklar arasına yükseltilerek⁷ daha güvenceli hale getirilmesi hakkın niteliği bakımından önemlidir. Ve elbette ki Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında⁸ da belirtildiği üzere mülkiyet hakkının 1961 Anayasası'nda sosyal ve ekonomik haklar bölümünde düzenlenmesi, anayasa koyucunun mülkiyet hakkının sosyal yönüne daha fazla ağırlık verdiğini göstermektedir.

Ancak 1982 Anayasası'nda sınırsız bir mülkiyet hakkının benimsendiğini söylemek de mümkün değildir. 1982 Anayasası'nın benimsediği sosyal devlet anlayışı, bireysel menfaat ile toplum yararının karşılaştığı durumlarda, toplum yararının üstün tutulmasını benimsemektedir.

Anayasa Mahkemesi de, 1982 Anayasası'nda bu hak her ne kadar klasik haklar kısmında düzenlenmişse de, mülkiyet hakkının sosyal

408 Ankara, 1977 s. 182.

⁶ 12.10.1976, E:1976/38, K:1976/46, *Resmi Gazete*, T/S:20.1.1977/15825.

⁷ Kaboğlu, İ. Ö., (2002) *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitabevi, 6. bs., Ankara 2002, s. 451.

⁸ 24.08.1966 tarihli ve E: 1966/3, K:1966/23 sayılı karar, *Resmi Gazete*, T/S: 11.07.1966/12345.

fonksiyonuna önem vermekte ve mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği hallerde sınırlandırılabilceğini ifade etmektedir.

Bundan dolayı, mülkiyet hakkının Anayasa'da kişinin hak ve ödevleri arasında düzenlenmesinin tek sonucu (her ne kadar bazı yazarlar⁹ bu durumu, sosyal devlet ilkesinin zayıfladığını gösteren bir belirti kabul etseler de) olağan dönemlerde mülkiyet hakkının kanun hükmünde kararname (KHK) ile düzenlenememesi olmuştur.¹⁰

1.2. Sosyal Devlet Anlayışında Mülkiyet

Anayasa'nın benimsediği mülkiyet anlayışına geçmeden önce mülkiyet hakkının niteliği konusundaki diğer yaklaşımları incelemek faydalı olacaktır. Mülkiyet hakkının niteliği konusunda temel olarak üç yaklaşım söz konusudur: Özel mülkiyeti benimseyen ve mülkiyet hakkına müdahaleyi reddeden klasik yaklaşım, özel mülkiyeti dar yorumlayan Marksist yaklaşım ve her ikisinin bir karması niteliğinde olan sosyal devlet yaklaşımı.

Klasik yaklaşımın hak ve özgürlük anlayışı, bireye ve bireyin iradesine dayanır. Bu yaklaşım, insanların doğuştan itibaren haklara sahip olduklarını ve devletin bu haklara dokunamayacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre birey devlet ortaya çıkmadan önce de bazı haklara sahiptir, dolayısıyla bireylerin sahip olduğu hakların kaynağı devlet değildir.¹¹

Klasik yaklaşımın en katı şekli, devletin mülkiyet hakkına kesinlikle müdahale etmemesini savunur.¹² Bu görüşe göre mülkiyet hakkı;

⁹ Soysal, M. (1986), 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Altıncı Baskı, Gerçek Yayınevi, 1986, s. 227-228

¹⁰ Anayasa'nın 91. maddesine göre sosyal ve ekonomik haklarının olağanüstü durumlar dışında da KHK ile düzenlenmesi mümkünken kişinin hak ve ödevlerinin olağanüstü durumlar dışında KHK ile düzenlenmesi mümkün değildir. Bundan dolayı 1961 Anayasası döneminde olağan dönemlerde bile, mülkiyet hakkının KHK ile düzenlenmesi mümkünken 1982 Anayasası döneminde olağanüstü haller dışında, mülkiyet hakkının KHK ile düzenlenmesi mümkün değildir.

¹¹ Etgü, M. A. (2009), "Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkına Bakışı", Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, s. 53

¹² Eren, F. (1977), "Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanunun Mülki-

kişiyeye bağlı, dokunulmaz, vazgeçilmez, zaman aşımına uğramaz kutsal bir haktır. Bundan dolayı klasik mülkiyet anlayışı; mülkiyetin kişiyeye sadece haklar yüklediğini, ödevler yüklemesinin ise söz konusu olamayacağını savunmuştur. Buna karşılık çağdaş liberal yaklaşımlar, hakkın kendisine dokunulmaması şartı ile mülkiyet hakkının düzenlenmesine karşı değildirler.

Özel mülkiyeti insanın insanı sömürmesinin en önemli sebebi olarak gören Marksist yaklaşım ise özel mülkiyeti dar yorumlamış, mülkiyetin toplumaştırılmasını savunmuştur.¹³ Bu görüşe göre mülkiyetin toplum yerine bireyde olması, birçok sosyal adaletsizliği doğurmaktadır. Bundan dolayı özellikle üretim araçlarının mülkiyetinin bireysel mülkiyette değil toplum mülkiyetinde olması gerekmektedir.

Anayasa'nın benimsediği sosyal devlet anlayışında ise, başlangıçta kişinin eşya üzerinde mutlak bir egemenliği demek olan ve kutsal olarak kabul edilen mülkiyet hakkı, bu niteliğini yitirmiş, mutlak ve sübjektif olarak düşünülen bu hak, mutlak olmayan bir duruma dönüşmüş ve sosyal işlevleriyle sınırlanmıştır. Bu anlamda mülkiyet hakkı, bireyin dilediği biçimde kullanabileceği bir hak ve sınırsız bir özgürlük olma niteliğini çoktan yitirmiştir, birçok hak gibi bu hakkın da kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği ilkesi benimsenmiştir.

Modern (karma) mülkiyet anlayışı olarak da nitelendirilen sosyal mülkiyet anlayışında mülkiyet hakkının iki temel yönü bulunmaktadır. Bunlardan birincisi mülkiyetin kişiyeye sağladığı haklar, diğer ise kişiyeye yüklediği ödevlerdir. Hemen belirtmek gerekir ki sosyal (karma=modern) mülkiyet anlayışında da özel mülkiyet kural, ödev ve sınırlandırma ise istisnadır.

Hakkın ödev yönü; bir yandan devlete mülkiyet hakkını kamu yararı amacıyla sınırlandırma hakkı sağlar, diğer yandan ise malike hakkını toplum yararına uygun olarak ve başkasına zarar vermeksizin kullanma yükümlülüğü yükler.

yet Kavramına Verilecek Anlam", *Medeni Kanununun 50. Yılı*, AÜHF Yayınları No. 408 Ankara 1977 s. 175.

¹³ Eren, F. (1977), *a. g. e.*, s. 178.

2. Mülkiyet Hakkının Kapsamı

Mülkiyet kavramının anlamı ve boyutları ile hukuki yapısı, toplumların zaman içindeki gelişmesine ve bunun sonucu olarak anayasaların benimsediği toplumsal ve siyasal sisteme göre biçimlenmektedir. Bu anlamda devletler arasında bu hakkın kapsamı ve içeriği yönünden önemli farklılıklar olduğu gibi; mülkiyet kavramının dinamik bir yapıya sahip olmasının bir sonucu olarak, aynı toplumun farklı dönemlerinde de birbirinden oldukça farklı mülkiyet anlayışlarının olduğu görülmektedir. Bu nedenle, herhangi bir hukuki metnin mülkiyet hakkına bakışını; metnin hazırlandığı dönemin toplumsal ve siyasi koşulları dikkate alarak incelemek gerekmektedir.

Anayasa'da mülkiyet ve miras hakkının içeriği ile ilgili olarak herhangi bir hüküm yer almadığı için hakkın içeriği, ilk olarak kanun koyucunun 35. maddeye uygun olarak yapacağı kanuni düzenlemelerle, sonrasında ise Anayasa Mahkemesi kararları ile doldurulmaya çalışılmıştır.

Anayasa, mülkiyet hakkının kapsamının belirlenmesini kanun koyucunun takdirine bırakmıştır. Ancak kanun koyucu, mülkiyet hakkının kapsamını tayin ederken Anayasa'da yer alan hükümlere uygun davranmak zorundadır. Örneğin Anayasa'nın 35. maddesi, özel mülkiyeti kabul ettiğine göre kanun koyucunun özel mülkiyeti tamamen ortadan kaldıracak düzenlemeler yapması mümkün değildir.¹⁴

Mülkiyet hakkının kapsamını; mülkiyet konusu nesnenin özelliklerine, müdahalenin kimden geldiğine, malike ve malike sağladığı haklar ile yüklediği ödevlere göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

2.1. Mülkiyet Konusu Nesnenin Özelliğine Göre

Anayasa'nın 35. maddesinde koruma altına alınan mülkiyet hakkı sadece taşınır ya da taşınmazları değil; marka ve patent hakları, fikri mülkiyet hakları, alacak hakları gibi maddi bir varlığı olmayan hakları da kapsamaktadır. Bir başka ifade ile mülkiyet hakkının kapsamına

¹⁴ Eren F. (1974), "Mülkiyet Kavramı", *A.Recai Seçkin'e Armağan*, AÜHF Yayınları No:351, 1974. s. 778.

iktisadi bir değer arz eden bütün unsurlar girmektedir. Zaten 35. maddenin gerekçesinde de mülkiyet hakkının para ile ölçülebilen tüm değerleri ifade ettiği belirtilmektedir.¹⁵

Ancak Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında¹⁶ 1961 Anayasası'nın mülkiyet hakkını koruyan 36. maddenin kapsamını eşya hukuku anlamında, yani Medeni Kanun'da düzenlendiği şekliyle dar yorumlamış ve fikri mülkiyet haklarının mülkiyet hakkının getirdiği korumadan yararlanamayacağını ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında; 36. maddede mameleke giren bütün hakların hepsinin mülkiyet hakkı kavramı içinde olduğunu gösteren bir hüküm veya bu derecede geniş yorumlamaya elverişli bir anlatım bulunmadığını, madde gerekçesinin ve Temsilciler Meclisi'nde yapılan görüşmelerde kullanılan bazı ifadelerin de mülkiyet hakkının Medeni Kanun çerçevesinde anlaşılması gerektiğini düşündüğünü ifade etmiştir.

Fakat Mahkeme daha sonradan görüşünü değiştirerek maddi varlığı olmayan çeşitli hakların da mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi fikri ve sınaî mülkiyet haklarının,¹⁷ alacak haklarının,¹⁸ çalışanların aylık ve ücretlerinden 3417 sayılı Kanun uyarınca kesilen ve tasarrufu teşvik hesabında toplanan tasarruf tutarlarının¹⁹ da mülkiyet hakkının kapsamında olduğuna karar vermiştir.

Doktrin de Anayasa'nın 35. maddesinin sadece maddi şeyleri değil, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar, alacak hakları gibi değeri

¹⁵ Ertaş, Ş. (2006) "Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu", in. *Türk Medenî Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2006, s. 137.

¹⁶ 28.12.1967 tarihli ve E:1967/10, K:1967/49 sayılı karar, *Resmi Gazete*, T/S:30.1.1969/13114.

¹⁷ 31.1.2008 tarihli ve E: 2004/81, K:2008/48 sayılı karar, *Resmi Gazete*, T/S: 20.03.2008/26822.

¹⁸ 19.06.2008 tarihli ve E: 2005/138, K:2008/124 sayılı karar, *Resmi Gazete*, T/S: 06.11.2008/27046.

¹⁹ 10.12.2001 tarihli ve E: 2000/42, K:2001/361 sayılı karar, *Resmi Gazete*, T/S: 28.03.2002/24709.

parayla ölçülebilen diğer nesnelere üzerindeki maddi ya da gayri maddi mal varlığı haklarını da kapsadığı görüşündedir.²⁰

Buna karşılık mülkiyetle ilgili davalar için yargılama ile ilgili olarak konulacak sınırlamalar, mülkiyet hakkı ile ilgili değildir ve bu sınırlamaların mülkiyet hakkını sınırladığı söylenemez. Anayasa Mahkemesi'ne göre mülkiyet kavramını değiştirmeyen, yapısını daraltmayan, bağı ortadan kaldırmayan, kullanılıp yararlanılmasını önlemeyen ancak ona bağlı hakların (dava açma hakkı gibi) kullanılma süresini düzenleyen kurallar doğrudan hakka yönelik değildir.²¹ Mahkeme'ye göre yasa koyucunun, beliren durumun, belli bir süre geçtikten sonra eski olaylara dayanılıp tartışma konusu yapılmamasını isteyerek ve bunda kamu düzeni bakımından yarar görerek getirdiği sınırlamalar mülkiyet hakkını değil, hak arama özgürlüğünü ilgilendirir. Üstelik aranılması önlenecek hakların sonuçta mülkiyet hakkını etkilemesi sonucu değiştirmez.²²

2.2. Malike Sağladığı Haklara ve Yüklediği Ödevlere Göre

Daha önce de ifade edildiği üzere mülkiyet hakkı kişiye hem haklar, hem de ödevler yüklemektedir. Ancak mülkiyet hakkı, dinamik bir unsur olarak, toplumun yapısından önemli ölçüde etkilendiği ve devletten/devlete ya da aynı toplumda farklı dönemlerde büyük farklılıklar gösterebildiği için hakkın, malike tanıdığı hakları ya da ödevleri tek tek saymaya imkan olmadığı düşüncesindeyiz.

Ayrıca peşinen vurgulamak gerekir ki Anayasa'nın benimsediği mülkiyet anlayışında özel mülkiyet kuralı, hakkın sınırlandırılması ve malike ödevler yüklemesi istisnadır. Bu nedenle hakkın malike sağladığı yetkilerin geniş, sınırlandırmaların ve ödevlerin ise dar ve katı şekilde yorumlanması gerekmektedir.

²⁰ Ertaş, Ş. (2006), "Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu", in: *Türk Medenî Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2006, s. 143.

²¹ 15.03.1989 tarihli ve E: 1988/33, K:1989/17 sayılı karar, *Resmî Gazete*, T/S:22.06.1989/20203.

²² Aynı yönde Anayasa Mahkemesi'nin 08.10.1991 tarihli ve E: 1991/9, K:1991/36 sayılı kararına bakılabilir.

İkinci olarak hakkın, malike yüklediği ödevler; hakkın kendisine yabancı, dışsal bir unsur değil, yetkiler gibi bizzat hakkın içinde olan ve hakkın kapsamını oluşturan unsurlardır.²³

2.2.1. Haklar

Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkının malike tanıdığı haklar konusunda Roma hukukunun kabul ettiği yaklaşımı benimseyerek mülkiyet hakkının, kişiye mülkü üzerinde kullanma, ondan yararlanma ve onun hakkında tasarrufta bulunma imkanı verdiğini ifade etmektedir. Her ne kadar Mahkeme'nin bu yaklaşımı, mülk kavramının eşya hukuku anlamında değerlendirildiği izlenimi doğursa²⁴ da hakkın kapsamını belirlemesi bakımından önemli bir saptamadır.

Ancak, mülk olarak kabul edilecek unsurların sadece maddi varlığı olan nesnelere sınırlı olmadığı, fikri mülkiyet hakları gibi maddi varlığı olmayan unsurların da mülk olarak değerlendirildiği dikkate alındığında, mülkiyet hakkının kapsamını eşya hukuku anlamında değerlendirmek de hakkın niteliğini kısıtlamak anlamına gelebilecektir.

Bundan dolayı, mülkiyet hakkının kapsamının ve malike tanıdığı yetkilerin sadece eşya hukuku anlamında ele alınmaması ve hakkı oluşturan unsurun tabii bulunduğu mevzuatın da dikkate alınması gerekir. Örneğin taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki haklar, Medeni Kanun'a tabidir. Eser sahibinin fikri mülkiyet konusu eser üzerindeki hakları, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na;²⁵ alacaklının alacak üzerindeki hakları ise, Borçlar Kanunu'na tabidir.

Bu bağlamda aslında mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkiler konusunda Roma hukukundan gelen ve Anayasa Mahkemesi'nce de

²³ Eren F. (1974), "Mülkiyet Kavramı", A. Recai Seçkin'e Armağan, AÜHF, Yayınları No:351, 1974. s. 783.

²⁴ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesi malikin haklarını şu şekilde düzenlemektedir:

"Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.

Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava edebilir."

²⁵ Kanun'un 13-17. maddeleri eser sahibinin haklarını düzenlemektedir.

benimsenen sınıflandırma çok anlamlı durmamaktadır.²⁶ Üstelik daha önce de belirtildiği üzere mülkiyet hakkı, dinamik bir unsurdur, içinde bulunduğu toplumun koşullarından etkilenir. Bundan dolayı mülkiyet hakkının kapsamını, hakkı oluşturan unsurun niteliğine göre tespit etmek daha uygun bir yaklaşım olacaktır.

Ancak kapsamını oluşturan unsurun malike sağladığı hakları; malikin bazı eylemleri yapmasını sağlayan haklar (mülkiyetin müspet yönü) ve malikin, üçüncü kişilerin müdahalesini önlemesine izin veren haklar (mülkiyetin menfi yönü) olmak üzere iki kapsamda değerlendirilmektedir.

Mülkiyet hakkının müspet yönü, malike mülkü üzerinde çeşitli şekillerde (kullanma, yararlanma, tüketme, ayırma, birleştirme, işleme) hakkı verir. Fakat bu yetkileri tek tek saymak da mümkün değildir. Mülkü yok etme yetkisinin de mülkiyet hakkının müspet yönüne dahil olup olmadığı tartışmalı olsa²⁷ da Anayasa Mahkemesi mülkiyet hakkının kişiye mülkünü yok etme hakkı verdiği görüşündedir.²⁸

Mülkiyetin menfi yönü ise malikin, üçüncü kişilerin mülküne haksız müdahaleleri karşısında korunmasını ifade etmektedir. Bu kapsamda malik başkalarının mülküne yaptığı haksız müdahaleleri önleyebileceği gibi; müdahalenin önlenmesi, yıkım, istirdat gibi çeşitli davaları açma hakkına da sahiptir.

2.2.2. Ödevler

Klasik mülkiyet anlayışının aksine sosyal mülkiyet anlayışında mülkiyet hakkının malike sağladığı yetkiler bulunduğu gibi, malike yüklediği ödevler de söz konusudur. Anayasa'nın benimsediği bu husus, Anayasa'nın çeşitli maddelerinden kaynaklanmaktadır.

²⁶ Eren, F., (1977) "Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanunun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam", *Medeni Kanununun 50. Yılı*, AÜHF Yayınları No. 408 Ankara, 1977 s. 188.

²⁷ Eren, F., (1977) *a. g. e.*, s. 189.

²⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve E:1988/ 34, K:1989/26 sayılı kararı, *Resmî Gazete* T/S: 05.12.1989/20363.

Öncelikle bu husus, Anayasa'nın 2. maddesinde sözü edilen sosyal hukuk devleti ilkesinin bir yansıması olarak görülebilir. Her ne kadar Anayasa'da mülkiyet hakkı, kişinin hakları ve ödevleri bölümünde düzenlenmiş ise de mülkiyet hakkının sosyal yönü de ihmal edilmiş değildir.

Ayrıca Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkını kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı vurgulanmıştır. Bundan dolayı malik, sahip olduğu şeyi kamu ve toplum yararına aykırı kullanmamakla ve özellikle yasaların koyduğu sınırlamalara uymakla yükümlüdür.

Anayasa Mahkemesi de mülkiyet hakkını; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme hatta yok etme) şeklinde tanımlamaktadır.²⁹ Bu tanım da malike sadece haklar değil, aynı zamanda bazı ödevler de yüklemektedir.

Bunun yanı sıra Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder." hükmünü içeren 12. maddesi temel hak ve özgürlüklerin; kişiye haklar kadar sorumluluk ve ödevler de yüklediğini göstermektedir. Madde gerekçesine bakıldığında kişilerin sahip oldukları hak ve özgürlükleri kullanırken 12. maddede yer alan ödev ve sorumlulukları da dikkate almak durumunda oldukları anlaşılmaktadır.³⁰

Anayasa'nın 14. maddesinde de temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması yasaklanmaktadır. Buna göre temel hak ve özgürlükler devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

²⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve E:1988/ 34, K:1989/26 sayılı kararı, Resmi Gazete T/S: 05.12.1989/20363.

³⁰ Aliefendioğlu, Y., (2002) "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, sayı: 19, s. 148.

Bu sınırlamalar nedeniyle malik, mülkünü hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içerisinde ve kendisine yüklediği ödevler çerçevesinde kullanmak zorundadır. Hukuk düzeninin malike yüklediği ödevleri yapma, yapmama ve katlanma olmak üzere üçe ayırmak mümkündür.

Yapma yükümlülükleri maliki belli bir fiile zorlayan yükümlülüklerdir. Örneğin Medeni Kanun'un 749. ve 750. maddelerine göre taşınmaz malikleri komşuluk hukukundan doğan yetkilerin kullanılmasında ve taşınmazların etrafının sınırlılıklarla çevrilmesi için gerekli işlere ve bunların giderlerine, kendi yararlanması oranında katılmakla yükümlüdür. Bunun yanı sıra vergi ödeme, yapı yapmak için inşaat ruhsatı alma, yapıyı kullanabilmek için yapı kullanma izni alma gibi yükümlülükler de yapma yükümlülükleri niteliğindedir.

Yapmama yükümlülükleri başta Medeni Kanun olmak üzere pek çok kanunda düzenlenmiştir. Örneğin Medeni Kanun'un 737. maddesine göre herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür.

Katlanma yükümlülüğü ise malike yapma ya da yapmama şeklinde bir görev yüklememekte, sadece diğer maliklerin yaptıkları bazı eylemlere malikin katlanmasını zorunlu tutmaktadır. Örneğin Medeni Kanun'un 742. maddesi taşınmaz malikini, üst taraftaki araziden kendi arazisine doğal olarak akan suların ve özellikle yağmur, kar ve tutulmamış kaynak sularının akışına katlanmakla yükümlü kılmaktadır. Malikin mülkiyet hakkını kısıtlayan ve ona katlanma yükümlülüğü doğuran önemli bir kural da zorunlu geçit ve zorunlu mecra hakkı konusundadır.

2.3. Malike Göre

2.3.1. Özel Hukuk Kişileri

Anayasa'nın 35. maddesi ile getirilen korumadan özel kişilere (gerçek kişi ya da özel hukuk tüzel kişisi) ait malların faydalandığı izah gerektirmeyecek kadar açıktır. Üstelik 35. maddede öngörülen korumadan sadece vatandaşlar değil, yabancılar da yararlanır. Anayasa, mülkiyet hakkından faydalanma konusunda vatandaş olanlar ile olmayanlar arasında herhangi bir ayırım yapmamıştır.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, yabancılara Türkiye’de taşınmaz satışının, mülkiyet hakkıyla ve bu hakkın sınırlanmasıyla ilgili bir yönü bulunmadığını ifade etse de ³¹ mülk edinme hakkının da mülkiyet hakkının bir parçası olduğu değerlendirildiğinde yabancılardan taşınmaz edinme imkanının sınırlanmasının 35. maddenin getirdiği korumanın dışında olduğunun düşünmenin doğru olmadığı kanaatindeyiz.

Tapu Kanunu’nun 35. maddesi, miras ya da ölüme bağlı tasarruf yolu ile intikal eden taşınmazların yabancılara intikalinde karşılıklılık unsuruna bağlı olarak çeşitli kısıtlamalar getirmektedir.

Yabancılardan miras yolu ile kendilerine kalan taşınmazları edinme hakkının miras konusu ile ilgili olduğu ve miras hakkının da mülkiyet hakkı ile çok yakından ilişkili olduğu dikkate alındığında yabancılardan taşınmaz ediniminin de 35. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği çok açıktır.

Bundan dolayı Anayasa Mahkemesi’nin bu yorumu yerine şu şekilde bir yorumun daha uygun olacağı kanaatindeyiz: 35. madde, vatandaşlar kadar, vatandaş olmayanların da mülkiyet hakkını kapsar; ancak yabancılardan taşınmazlar yönünden mülkiyet ve miras hakları kamu yararı amacıyla sınırlanabilir. Zaten Anayasa’nın 16. maddesi de temel hak ve hürriyetlerin, yabancılardan için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini öngörmektedir.

2.3.2. Kamu Tüzel Kişileri

Anayasa Mahkemesi, 35. madde ile getirilen korumadan özel mülkiyette bulunan malların yanı sıra kamunun mülkiyetinde bulunan malların da yararlanması gerektiği görüşündedir.

Anayasa Mahkemesi’ne göre Anayasa’nın 35. maddesinde gerçek kişi-tüzel kişi ayırımı yapılmaksızın mülkiyet hakkının “herkes” için öngörülmesi ve maddenin gerekçesinde malik sıfatını taşıyan gerçek ve tüzel kişilerin bu güvenceden yararlanabileceklerinin ve onu ileri sürebileceklerinin açık olarak belirtilmesi dolayısıyla özel mülkiyet

³¹ Anayasa Mahkemesi’nin 09.10.1986 tarihli ve E:1986/18, K:1986/24 sayılı kararı, *Resmî Gazete* T/S: 31.01.1987/19358.

için Anayasa'nın getirdiği koruma ve güvence, kamu mülkiyeti için de geçerlidir.³² Çünkü anayasa koyucunun özel mülkiyetin korunması konusunda gösterdiği konusundaki özenin, kamu mülkiyetinin korunması konusunda gösterilmediği ve Anayasa'nın kamu mülkiyetini güvencesiz bıraktığı düşünülemez.³³

Bundan dolayı, mülkiyet hakkını kişiler yönünden güvenceye alan 35. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki *"bu hakkın ancak yasayla sınırlanabileceği ve kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı"* hususları kamu mülkiyetini de kapsamaktadır. Kamu mülkiyeti de kamu yararı amacıyla ancak kanunla sınırlanabilir ve toplum yararına aykırı biçimde kullanılamaz.³⁴

Anayasa Mahkemesi'nin kamunun mülkiyetinde bulunan malları da 35. maddenin kapsamında görmesi iki açıdan önem taşımaktadır:

Birincisi, 35. maddede mülkiyet hakkının ancak kanunla sınırlanabileceği öngörüldüğü için kamu mülkiyetini sona erdiren düzenlemelerin kanun ile yapılması zorunludur. Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında³⁵ vurgulandığı üzere başta özelleştirme olmak üzere kamu mülkiyetinin sona erdirilmesinde yetki yasama organıdır ve kamu mülkiyetini sona erdiren bu satışların esas ve yöntemlerine ilişkin bir düzenlemenin kanunla yapılması 35. maddenin getirdiği bir zorunluluktur,³⁶ bundan dolayı buna ilişkin esasların belirlenmesinde Bakanlar Kurulu'nun ya da yürütmenin bir başka organının görevlendirilmesi 35. maddeye aykırıdır.³⁷

³² Anayasa Mahkemesi'nin 07.07.1994 tarihli ve E:1994/49, K:1994/45-2 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S: 10.09.1994/22047.

³³ Anayasa Mahkemesi'nin 07.07.1994 tarihli ve E:1994/49, K:1994/45-2 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S: 10.09.1994/22047.

³⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 07.07.1994 tarihli ve E:1994/49, K:1994/45-2 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S: 10.09.1994/22047.

³⁵ Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin 05.12.2001 tarihli ve E:2001/24, K: 2001/356 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S: 13.04.2002/24725.

³⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.1996 tarihli ve E:1996/64, K:1996/47 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S:24.04.1998/23322.

³⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 20.05.1997 tarihli ve E:1997/36, K:1997/52 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S: 27.06.1998/23385.

Kamu mülkiyetinin 35. madde kapsamında değerlendirilmesinin ikinci sonucu, kamu mülkiyeti sona erdirilirken gerçek değer üzerinden hareket edilmesi zorunluluğudur. Üstelik kamu mülkiyeti de toplum yararına aykırı olmayacak şekilde kullanılmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında³⁸ vurgulandığı üzere idarenin malik olduğu taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkının sınırsız ve mutlak olduğunu söylemek olanaklı değildir, bu hakkın "kamu yararı", "hazine yararı", "iyi idare" kavramlarıyla sınırlandırıldığını kabul etmek gerekmektedir.

Bazı yazarlar³⁹ ise Anayasa Mahkemesi'nin kamu mülkiyeti ile Anayasa'nın 35. maddesi arasında kurduğu bağlantıyı "zoraki ilişki" olarak tanımlamış ve kamu mülkiyetinin 35. madde kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini ifade etmişlerdir.

2.4. Müdahalenin Kimden Geldiğine Göre

35. madde ile mülkiyet hakkına getirilen koruma sadece devletin müdahalelerini değil, günümüzün modern ve karmaşık sosyal hayatının getirdiği diğer sosyal güçlerin (baskı ve menfaat gruplarının, dernek ve şirketlerin) ve üçüncü kişilerin müdahalelerini de kapsamaktadır.⁴⁰ Bir başka ifadeyle, mülkiyet hakkına kamu idareleri dışındaki kişilerce yapılan müdahaleler de 35. madde kapsamında korunur.

Üstelik devlet üçüncü kişilerin haksız müdahalelerine karşı mülkiyet hakkını korumakla yükümlüdür. Bu anlamda devlet, bir taraftan kendi organları vasıtasıyla özel mülkiyete haksız müdahalede bulunmamakla, diğer taraftan da üçüncü kişilerin haksız müdahalelerini önlemekle yükümlüdür.⁴¹

³⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.1996 tarihli ve E:1996/64, K:1996/47 sayılı kararı, *Resmî Gazete* T/S:24.04.1998/23322.

³⁹ Savaş, V. F., (1998) "Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl:1998, Sayı: 15, s. 82; Eren, F., (1974) "Mülkiyet Kavramı", *A. Recai Seçkin'e Armağan*, AÜHF Yayınları No:351, 1974. s. 778.

⁴⁰ Eren, F., (1977) "Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanunun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam", *Medeni Kanununun 50. Yılı*, AÜHF Yayınları No. 408 Ankara, 1977 s. 184.

⁴¹ Eren, F., (1977) *a. g. e.*, s. 184.

Mevzuatımızda yer alan pek çok hüküm; devlete, mülkiyet hakkına üçüncü kişiler tarafından yapılan müdahaleleri önleme veya sonlandırma görevi yüklemektedir. Örneğin taşınmazı haksız olarak işgal edilen kişinin tecavüzün önlenmesi için 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun kapsamında mülki amire başvurusu durumunda taşınmazın başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içerisinde gerçek zilyede teslim edilmesi gerekmektedir.

3. Mülkiyet Hakkının Sınırlanması

Mülkiyet hakkının olağan dönemlerde sınırlandırılması açısından genel hüküm olan 35. madde, mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilceğini öngörmektedir. Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddesi ise, mülkiyet hakkı için de uygulanır.

Bunun yanı sıra 1982 Anayasası'nda mülkiyet hakkının sınırlandırılması sonucunu doğuran pek çok hüküm bulunmaktadır. Bu hükümlere örnek olarak kıyıların devlet hüküm ve tasarrufunda olduğunu belirten 43. madde, topraksız köylülere toprak dağıtımı için büyük toprak mülkiyetine sınırlama getiren 44. madde, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde özel mülkiyette bulunan taşınmazların kamulaştırılmasını düzenleyen 46. madde, devletleştirme işlemlerini düzenleyen 47. madde, kültür ve tabiat varlıklarındaki özel mülkiyete sınır konulabilmesine imkan tanıyan 63. madde, tabii servet ve kaynakların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu düzenleyen 168. madde, ormanların gözetiminin devlete ait olmasını ve devlet ormanlarının mülkiyetinin devredilememesini düzenleyen 169. madde verilebilir.

Bundan dolayı olağan dönemlerde mülkiyet hakkının sınırlandırma amaçları ve sınırlandırmada bulunması gereken şartlar açısından 13 ve 35. maddeler ile mülkiyet hakkına dolaylı olarak sınırlandırma getiren maddelerin uygulanması gerekmektedir.

3.1. Sınırlama Amaçları

3.1.1. Kamu Yararı

3.1.1.1. Kamu Yararı Kavramının Anayasal Dayanakları

Anayasa'nın 35. maddesi mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlanabileceğini öngörmektedir. Anayasa'nın 13. maddesinde 2001 yılında yapılan değişikliğe kadar mülkiyet hakkı; hem 35. maddede, hem de 13. maddede sayılan nedenlerle sınırlanabiliyordu. Ancak 2001 yılında 4709 sayılı Kanun'la 13. maddedeki genel sınırlama sebepleri ortadan kaldırıldığı için mülkiyet hakkının sınırlandırılması bakımından temel hüküm 35. maddedir.

Bu maddenin yanı sıra Anayasa'nın 43, 44, 46, 47, 63, 73, 168 ve 169. maddeleri ile mülkiyet hakkına dolaylı olarak getirilen kısıtlamaların da kamu yararı kapsamında olduğu değerlendirilmektedir.

Mülkiyet hakkının kamu yararı amacı ile sınırlandırılabilmesi, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti ilkesiyle yakından ilgilidir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; Anayasa'nın 2. maddesinde sözü edilen sosyal hukuk devleti; kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler olarak çalışanları koruyan ve insanca yaşamalarını sağlayan, işsizliği önleyen, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi kuran devlettir.⁴²

Bu bağlamda sosyal hukuk devletinin gerçekleştirilebilmesi için zaman zaman farklı ekonomik ve sosyal politikalar uygulanması gerekebilir.⁴³ Bu ekonomik ve sosyal politikaların uygulanabilmesi amacıyla zaman zaman mülkiyet hakkına sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Çünkü sosyal devlette, mülkiyet hakkı konusunda toplumun genel menfaati ile bireysel menfaat çatıştığı zaman toplumun menfaatine ağırlık vermek gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, sosyal

⁴² Anayasa Mahkemesi'nin 21.11.2000 tarihli ve E:2000/77, K:2000/49 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S: 15.03.2002/24696.

⁴³ Anayasa Mahkemesi'nin 21.11.2000 tarihli ve E:2000/77, K:2000/49 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S: 15.03.2002/24696 .

devlet anlayışında kişi yararı ile toplum yararının karşılaştığı alanlarda toplum yararı, ilke olarak, daima üstün tutulmuştur.

3.1.1.2. Kamu Yararı Kavramının Niteliği

Mülkiyetin, ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği yolundaki kural bir yandan kanun koyucuya mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırma imkanı vererek bir sınırlandırma amacı teşkil eder, bir yandan da mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlanamayacağını öngörerek bir sınırlama sınırı oluşturur.⁴⁴

Ancak kamu yararı kavramı (doğası gereği) geniş, öznel ve bulanık bir kavramdır⁴⁵ ve bu nedenledir ki üzerine uzlaşmış bir kamu yararı kavramı bulunmamaktadır. Üstelik kamu yararı kavramının durağan bir anlama sahip olmadığı, devletten devlete farklılık gösterebildiği gibi toplumun farklı dönemlerinde de kendisine farklı anlamlar yüklenebildiği bilinen bir gerçektir.

Başta 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu olmak üzere pek çok kanunda “*kamu yararı*” kavramı bulunmasına rağmen bu kavramın yasa organınca yapılmış bir tanımı da bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi de kamu yararı kavramının tanımı yapmaksızın dava konusu kanun normunun kamu yararına uygun olup olmadığının belirlenmesi ile yetinmektedir.

Anayasa Mahkemesi’ne göre kamu yararının gerektirdiği durumların belirlenmesi kanun koyucunun takdirindedir.⁴⁶ Ancak kanun koyucunun bu yetkisi anayasa normları ile sınırlıdır, bu nedenle kanun koyucu takdir alanına giren değerlendirmelerde anayasal ilkelere uygun düzenlemeler yapmak zorundadır.⁴⁷

⁴⁴ Eren, F., (1977) “Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanunun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam”, *Medeni Kanununun 50. Yılı*, AÜHF Yayınları No. 408 Ankara, 1977 s. 186.

⁴⁵ Duran, L., (1982) *İdare Hukuku Ders Notları*, İÜHF, İstanbul, 1982, s. 25.

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 17.06.1992 tarihli ve E:1992/22, K:1992/40 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S: 09.01.1995/22518.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi’nin 17.06.1992 tarihli ve E:1992/22, K:1992/40 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S: 09.01.1995/22518.

3.1.2. Mülkiyetin Toplum Yararına Kullanılmasını Sağlama

35. maddenin son fıkrası, mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı şekilde kullanılmayacağını öngörmektedir. Bu düzenlemenin mülkiyet hakkını, kanun koyucudan da önce kendiliğinden sınırlayan bir düzenleme mi olduğu yoksa kanun koyucuya “*kamu yararı*” amacı yanında sınırlama için ikinci bir sebep mi verdiği konusu tartışmalıdır.

Bazı yazarlar mülkiyet hakkının toplum yararına kullanılmayacağını öngören bu düzenlemenin, mülkiyetin kamu yararı amacıyla sınırlanmasından farklı olarak, doğrudan malike ödevler yükleyen, hakkı daha en başında sınırlayan bir düzenleme olduğunu ifade etmektedirler.⁴⁸ Bazı yazarlar ise bu kuralın malike ödevler de yüklemekle beraber, mülkiyet hakkının sınırlandırılması açısından ikinci bir sınırlama nedeni teşkil ettiğini ifade etmektedirler.

Anayasa Mahkemesi’nin ise her iki yönde verdiği kararları da bulunmaktadır. Mahkeme bazı kararlarında “*toplum yararına aykırı şekilde kullanmama*” ilkesini malike, mülkiyet hakkını toplum yararına aykırı şekilde kullanmama ödevi yüklediğini ifade etmiştir.

Buna karşılık Mahkeme bazı kararlarında mülkiyetin toplum yararına kullanılmasını sağlama amacını da mülkiyet hakkının sınırlanması nedenleri arasında görmüştür. Örneğin Anayasa Mahkemesi 20.9.1966 tarihli ve E: 1963/156, K: 1966/34 sayılı kararında kanun koyucunun Anayasa’nın 36. maddesiyle “*ancak kamu yararı amacı ile*” mülkiyet hakkı üzerinde sınırlama yapmaya yetkili kılındığı malikin de bu hakkını toplum yararına aykırı bir şekilde kullanamayacağı belirtildikten sonra “*mülkiyet hakkının, söz konusu iki istikametteki kısıtlamalardan başka herhangi bir kayıtla sınırlandırılmasının mümkün olmadığını*” ifade ederek toplum yararına aykırı kullanmama ilkesini de bir sınırlama sebebi olarak görmüştür.

Mahkeme 02.06.1989 tarihli ve E: 1988/36, K: 1989/24 sayılı kararında ise aynen “*mülkiyet hakkını doğrudan ya da dolaylı olarak, olumsuz*

⁴⁸ Bulut, N., (2006) “Mülkiyet Konusunda Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: X, Sayı: 3-4, s. 24.

biçimde etkileme, ortadan kaldırma, sınırlama durumu olmadığı gibi, bu hakkın kullanımını düzenleme amacı da yoktur” ifadesini kullanarak mülkiyet hakkının toplum yararına kullanılmasını düzenlemeyi de sınırlandırma amaçları arasında görmüştür.⁴⁹

Kanaatimizce mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı olarak kullanılamayacağını öngören bu düzenlemenin hem malike, hem de devlete hitap eden yönleri bulunmaktadır.

Öncelikle, malik, mülkünü toplum yararına aykırı olarak kullanamayacaktır. Örneğin kişinin sahip olduğu şeyleri, başkalarının temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırmak ya da ortadan kaldırmak için kullanılamayacağı açıktır. Bu nedenle *“toplum yararına aykırı olarak kullanamama”* ilkesinin bu yönü hakkın kendisini daha en başından sınırlamaktadır.

Bu ilkenin ikinci yönü ise, devlete mülkiyetin toplum yararına aykırı olarak kullanılmasını önlemek amacıyla mülkiyet hakkını sınırlama hakkı vermektedir.

3.2. Sınırlandırmalarda Bulunması Gereken Şartlar

Anayasanın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesinde mülkiyet hakkının ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Anayasa'nın 13. maddesinde de, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak yasayla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir. Şimdi 13. ve 35. maddede sayılan bu şartları sırasıyla inceleyelim.

3.2.1. Kanunla Sınırlama

Anayasa'nın gerek 35. ve gerekse 13. maddesine göre, mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Üstelik Anayasa'nın 91. maddesi de (olağanüstü haller saklı kal-

⁴⁹ Aynı yönde 10.06.1993 tarihli ve E:1993/9, K:1993/21 sayılı karara bakılabilir.

mak kaydı ile) temel haklar ile kişi hakları ve ödevlerinin KHK ile düzenlenemeyeceğini öngörmektedir. Ayrıca Anayasa'nın mülkiyet hakkına dolaylı olarak kısıtlamalar koyan 43, 44, 46, 47, 63, 168 ve 169. maddeleri de, bu maddeler gereği yapılacak düzenlemelerin kanun ile yapılmasını zorunlu tutmaktadır.

Bu nedenle mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların mutlaka şekli anlamda kanun ile yapılması zorunludur. Kanun dışında herhangi bir hukuk normu ile getirilen sınırlama, sınırlamada kamu yararı olsa bile, Anayasa'nın 13. ve 35. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Gerek 35. maddenin ve gerekse 13. maddenin ifade tarzı bunu gerektirmektedir.⁵⁰

Anayasa Mahkemesi de 595 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin iptali ile ilgili olarak verdiği 24.05.2001 tarihli ve E: 2000/35, K: 2001/90 sayılı kararında KHK ile getirilen yapı denetimine ilişkin kuralların, arazi üzerinde yapılan inşaaata ve inşaatın sürecine ilişkin olması nedeniyle mülkiyet hakkıyla doğrudan ilgili olduğunu ve mülkiyet hakkının KHK ile düzenlenmesinin mümkün olmadığını vurgulamıştır.

Temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabilmesinin altında yatan espri şudur:

Demokratik bir toplumda iktidarın kaynağı halktır, halkı da yasama meclisi temsil ettiğine göre sınırlama ancak yasama meclisinin iradesi olan kanun ile olabilir. Üstelik yasama meclisinde görüşmeler topluma açık şekilde yapıldığı için mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların kamuoyu önünde tartışılması sağlanır. Bu nedenle, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nden bu yana, demokratik hukuk devletlerinde, temel hak ve özgürlüklerin ancak halkın temsilcisi olan yasama organı tarafından ve bir kanunla sınırlanabileceği kabul edilmektedir.⁵¹

⁵⁰ Ünal, Ş., (1994) "Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 1994, Sayı: 11, s. 45.

⁵¹ Fendoğlu, H. T., (2002) "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. m. 13", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, Sayı: 19, s. 126.

Bunun yanı sıra mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kanun ile yapılması zorunluluğu, kanunların herkes için eşit hükümler içermesi nedeniyle, eşitlik ilkesini sağlayarak bireyler arasında farklı uygulamaları engellemiş olur.⁵²

Ayrıca temel hak ve özgürlüklerin kanun ile düzenlenmesi, idarenin temel hak ve özgürlüklere keyfi olarak müdahalesini de engellemiş olur.⁵³ Temel hak ve özgürlüklerin, bu hak ve özgürlükleri keyfi şekilde ihlal eden siyasi iktidarlara karşı yapılan mücadele sonucunda kazanıldığı⁵⁴ dikkate alındığında bu yaklaşımın siyasi iktidara duyulan ve geçmişten gelen güvensizlikten kaynaklandığı sonucuna varılır.

Fakat burada şu hususa dikkat çekmek yerinde olacaktır: Kanunla düzenlenme zorunluluğu, mülkiyet hakkına kanunla getirilen sınırlamaların uygulanmasının tüzük, yönetmelik gibi yürütme organının tasarrufları ile düzenlenmesine engel değildir. Ancak tüzük, yönetmelik gibi bu düzenlemelerde kanunda olmayan sınırlamalar konulamaz.⁵⁵

3.2.2. Anayasa'nın Sözüne ve Ruhuna Uygun Olma

Sınırlamalar Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.

Anayasa'nın sözü ve ruhu kavramı, bir bütün olarak Anayasa'nın tamamını ifade eder. Bu kapsamda mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların Anayasa'nın genel felsefesine ve ondan çıkan temel anlama uygun olması gerekir.

3.2.3. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Aykırı Olmama

Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların demokratik toplumun gereklere aykırı olmaması gerekmektedir. 1961 Anayasası'nda temel

⁵² Ünal, Ş., (1994) "Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 1994, Sayı: 11, s. 46.

⁵³ Ünal, Ş., (1994) a. g. m., s. 45.

⁵⁴ Ünal, Ş., (1994) a. g. m., s. 45.

⁵⁵ Fendoğlu, H. T., (2002) a. g. m., s. 127.

hak ve özgürlüklerin sınırlaması ile ilgili olarak yer alan *“hakkın özüne dokunma ilkesi”* yerine 1982 Anayasası'nın 13. maddesinin ilk şeklinde *“demokratik toplumun gereklerine aykırı olmama”* ilkesi benimsenmiştir. Bu değişikliğin birkaç önemli nedeni bulunmaktadır:

Bunlardan birincisi temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı tedbirlerin demokratik sisteme uygun olması zorunluluğunun anayasal güvence altına alınmak istemesidir.

İkinci gerekçe *“demokratik toplum düzeninin gerekleri”* kavramının, *“hakkın özü”* kavramına göre daha belirgin olmasıdır. Bu gerekçeye göre *“demokratik toplum düzeninin gerekleri”* kavramının ne olduğunu bilmek, *“hakkın özü”* kavramını belirlemekten daha kolaydır. Hakkın özü kriteri, önemli ölçüde belirsizlik ihtiva etmektedir; hakkın özünün neresi olduğunu ve nasıl belirleneceğini objektif olarak belirlemek ve tanımlamak imkansızdır.⁵⁶ Demokratik düzeninin gereklerinin tanımı da belirgin değildir ama ülkemizdeki uygulamalar açısından, *“demokratik düzeninin gerekleri”* kavramı *“öz”* kavramına göre daha kullanışlıdır.⁵⁷

Bu değişikliğin önemli bir gerekçesinin de *“hakkın özü”* kavramının; temel hak ve özgürlükler konusunda hemen hiçbir sınırlamaya izin vermeyerek ülkede devlet otoritesinin zayıflamasına neden olduğu ifade edilmiştir.⁵⁸ Bu görüşe göre temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların hakkın özü kavramına dayanılarak Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi, siyasi iktidarı çaresiz bırakmakta ve otoritenin zayıflamasına neden olmaktadır.⁵⁹ Çünkü demokratik toplumun gereklerine uygun olarak yapılabilecek sınırlamaların pek çoğu hakkın özüne dokunmaktadır.⁶⁰ *“Hakkın özü”* kavramı yerine *“demokratik toplum düzeninin gerekleri”* kavramının oturtulması şeklindeki dü-

⁵⁶ Gözler, K. (2001) *“Anayasa Değişikliklerinin Temel hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasa'nın 13. Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)”*, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2001, Sayı: 4, s. 58.

⁵⁷ Fendoğlu, H. T., (2002) *“2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. M. 13”*, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, sayı: 19, s. 128.

⁵⁸ Arslan, Z. (2002) *“Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”*, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 19, s. 147.

⁵⁹ Arslan, Z. (2002) a. g. m., s. 147.

⁶⁰ Gözler, K. (2001) a. g. m., s. 59.

zenleme, devlete ve siyasi iktidara belirli bir hareket alanı tanıyarak ülke içerisinde otoritenin güçlendirilmesini amaçlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde bir hakkı tamamen ortadan kaldıran ya da kullanılamaz hale getiren sınırlamaların yanı sıra hakkın kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıran sınırlamaları da hakkın özüne dokunur kabul ettiği ve hemen her sınırlamanın bir şekilde hakkın kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştırdığı dikate alındığında bu görüş hiç de yabana atılacak gibi değildir.

Bu yönde bir değişiklik yapılmasında 1954 yılında Türkiye tarafından kabul edilerek iç hukukumuzun bir parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin çeşitli maddelerinde (8, 9, 10, 11.) yer alan "demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler" ifadesinin de etkili olduğu görülmektedir.⁶¹ Zaten 4709 sayılı Kanun'un 13. maddeyi yeniden düzenleyen 2. maddesinin gerekçesi de tek cümlede bunu ifade etmektedir:

*"Anayasanın 13 üncü maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlenmektedir."*⁶²

Ancak burada bahsedilen "demokratik toplum" ifadesinin 1982 Anayasası'nda ifade edilen demokrasi anlayışını mı, yoksa çağdaş ve batı tipi demokrasi anlayışını mı ifade ettiği tartışma konusu olmuştur.⁶³ Öğretide burada ifade edilenin "çağdaş, batılı, özgürlükçü demokrasiler" olduğu görüşü hakimdir.⁶⁴

Anayasa Mahkemesi, 06.09.1986 tarihli ve E: 1985/21, K: 1986/23 sayılı kararında "demokratik toplum düzeni" ifadesiyle Anayasa'da gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğini vurgulamıştır. Buna karşılık Mahkeme 26.11.1986 tarihli ve E: 1985/8, K:1986/27 sayılı kararında demokratik toplum düzeni olarak klasik (batı tipi) demokrasilerden bahsetmiştir.

⁶¹ Aliefendioğlu, Y. (2002) "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, sayı: 19, s. 153.

⁶² 4709 sayılı Kanunun gerekçesi için: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm>

⁶³ Arslan, Z., (2002) a. g. m., s. 148.

⁶⁴ Fendoğlu, H. T., (2002) a. g. m., s. 128.

Anayasa'da demokratik toplum düzeninin tanımı yapılmadığı için kavramın içi Anayasa Mahkemesi kararları ile doldurulmaya çalışılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ilkesine ilişkin olarak yeterince açıklayıcı bilgilere yer verilmediği görülmektedir.

Demokratik toplum düzeni kavramının Anayasa Mahkemesi'nce somut olarak tanımlanmaması, siyasi tercih olarak algılanabileceği ve yerindelik denetimine kayabileceği gerekçesi ile olumlu karşılansa da⁶⁵ Anayasa Mahkemesi'nin denetimi açısından somut kriterler ortaya koyulamaması bakımından önemli bir eksiklik de ortaya çıkarmaktadır. Üstelik Anayasa Mahkemesi'nin demokratik toplum düzeninin gereklerini tanımlamakta çekingen davranması, yapılan denetimin yerindelik denetimine kaymasına da engel değildir. Çünkü Mahkeme ister demokratik toplum düzeninin gereklerini tanımlayarak kriterlerini somut hale getirsin, isterse tanımlamaksızın denetim yapsın her durumda "*demokratik toplum düzeninin gereklerini*" değerlendirmek zorundadır. Bu gereklerin karar gerekçesinde yazılması ya da yazılmaması, sonuca etki eder bir durum değildir. Bu gereklerin karar gerekçesinde yazılmamasının somut tek sonucu, doktrine, demokratik toplum düzeninin gereklerini tanımlayabilmek için başka kaynaklara bakma zorunluluğu doğurmasıdır.

13. maddede 2001 yılında yapılan değişikliğin gerekçesinin maddeyi AİHS ile uyumlu hale getirmek olduğu ve Sözleşme'nin pek çok maddesinde "*demokratik toplumda gereklilik*" ilkesi yer aldığı dikkate alındığında, bakılacak ilk kaynak da AİHS ve AİHM içtihatları olacaktır.⁶⁶

Anayasanın 13. maddesinde yer alan "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" şeklindeki sınırlama sınırı, "*demokratik toplumda gerekli*" şeklinde, Sözleşme'nin çeşitli maddelerinde (8-11) yer almıştır. Bu madde-

⁶⁵ Fendoğlu, H. T., (2002) "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. M. 13", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, Sayı: 19, s. 129.

⁶⁶ Arslan, Z., (2002) "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 19, s. 149.

lere göre, maddede korunan temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların “*demokratik toplumda gerekli*”⁶⁷ olması zorunludur.

Sözleşme’de geçen “*demokratik toplum*”un temel özelliklerinin hoşgörü, çoğulculuk ve açık fikirlilik olduğunu vurgulayan⁶⁸ AİHM bu maddelerin uygulanmasında sınırlamanın “*demokratik toplumda gereklilik*” ilkesine uygun olabilmesi için bazı şartları taşıması gerektiğine karar vermektedir. Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin kararları da dikkate alındığında bir sınırlamanın “*demokratik toplumun gereklerine aykırı*” olmaması için aşağıdaki şartları taşıması gerektiği söylenebilir:

İlk olarak demokratik toplum düzeninin gereklerine göre bir hak, ancak ayırık durumlarda ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılabilir.

Sözleşme, “*gerekliliğin*” varlığı konusunda ulusal makamlara belli bir takdir hakkı tanımaktadır; bu nedenle “*gereklilik*” kavramının im ettiği toplumsal ihtiyaç baskısının varlığını ilk aşamada değerlendirecek olanlar, ulusal makamlardır.⁶⁹ AİHM tarafından Sunday Times/Birleşik Krallık kararında⁷⁰ (paragraf 59) ifade edildiği üzere bu takdir

⁶⁷ Sözleşme’nin 6366 sayılı Kanunlar onaylanmış metninde ve diğer Türkçe tercümelerinde “*gerekli*” ifadesi yerine “*zorunlu*” ibaresi kullanılmaktadır. Oysaki Sözleşme’nin İngilizce metninde “*necessary*” kelimesi geçmektedir ki bu kelime “*zorunlu*” kelimesinden ziyade “*gerekli*” olarak anlaşılmaya daha müsaittir. AİHM de 07.12.1976 tarihli Handyside/Birleşik Krallık kararında (paragraf 48) “*gerekli*” (*necessary*) sıfatının, “*zorunlu*” (*indispensable*) sözcüğü ile anlamdaş olmadığını ifade etmiştir. AİHM de yukarıda bahsedilen Handyside/Birleşik Krallık kararında bu konu hakkında şu yorumu yapmıştır:

“Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme’nin 10(2). fıkrasındaki ‘*gerekli*’ (*necessary*) sıfatının, bir yandan ‘*zorunlu*’ (*indispensable*) sözcüğü ile anlamdaş olmadığını, öte yandan ‘*kabul edilebilir*’, ‘*olağan*’, ‘*yararlı*’, ‘*makul*’ veya ‘*arzu edilen*’ deyimleri gibi esnekliğe sahip olmadığını dikkate almaktadır.”

⁶⁸ Dungeon/Birleşik Krallık kararı, Çeviren: Sibel İnceoğlu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=48>

⁶⁹ Handyside/Birleşik Krallık kararı, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=25>

⁷⁰ Sunday Times/Birleşik Krallık kararı, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=32>

hakkı, sınırlanan hakkın ve sınırlama amacının niteliğine ve sınırlamanın kapsadığı eylemlere göre değişebilmektedir.

Bununla birlikte bu takdir hakkı sınırsız değildir, AİHM; temel haklara yapılan müdahalelerin diğer şartların yanı sıra “gereklilik” şartını taşıyıp taşımadığını, ulusal makamların kararı verdikleri koşulları dikkatle inceleyerek ve bu koşulları dikkate alarak incelemektedir. Mahkeme’nin kendi ifadesiyle “Sözleşmeye taraf devletlerin takdir yetkisi ile Mahkemenin denetim yetkisi el ele gider.”⁷¹

AİHM’ye göre ulusal makamların temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi haklı kılmak için gösterdikleri gerekçelerin “ilgili ve yeterli” olması gerekmektedir.⁷² Bir başka ifadeyle, demokratik toplumda gerekli tedbirlerin alınması, ancak bunun için haklı gerekçeler ve sebepler ileri sürüldüğünde mümkün olabilmektedir. Üstelik AİHM, sınırlama nedenleri olarak gösterilebilecek nedenlerin dar ve katı olarak yorumlanması gerektiği görüşündedir.⁷³

İkinci şart olarak, demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, demokratik rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması gerekmektedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ifadesi, getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsünü değil, yöntemini de kapsamaktadır.

Üçüncü olarak, demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olmaması gerekir.⁷⁴ Demokratik hukuk devletinin amacı kişilerin hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. AİHM’nin Dungeon/Birleşik Krallık

⁷¹ Müller ve diğerleri/İsviçre davası, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=159>.

⁷² Barthold/Almanya kararı, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=97>.

⁷³ Arslan, Z., (2002) Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 19, s. 151.

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 19.07.2001 tarihli ve E:2001/303, K:2001/333 sayılı kararı, Resmi Gazete T/S: 15.09.2001/24524.

kararında⁷⁵ vurguladığı üzere “*demokratik bir toplumda gerekli*” bir tedbir olarak görülebilmesi için, bu kısıtlamanın, meşru amaçla orantılı olması gerekmektedir.

Bu orantılılığın sınırı ise hakkın kullanılmasının engellenmesi ya da hakkın kendisinin ortadan kaldırılmasıdır. Buna göre temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların amaca uygun olması gerekir ancak bu sınırlamaların hiçbir şekilde, belli bir hakkın ya da özgürlüğün kullanılmasını engelleyecek ya da hakkı ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

Bu durum aynı zamanda hakkın özüne dokunmama ilkesinin de gereğidir. Zaten Anayasa Mahkemesi, “*demokratik toplum düzeni gerekleri*” kavramının, “*hakkın özü*” kavramı ile yakından ilişkisi bulunduğunu vurgulamaktadır; Mahkemeye göre temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup, onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılmaz hale getiren sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gerekleri ile bağdaştığı kabul edilemez.⁷⁶

3.2.4. Hakkın Özüne Dokunmama

1961 Anayasası’nda bulunmasına⁷⁷ rağmen 1982 Anayasası’nın 13. maddesinin ilk halinde yer almayan “*hakkın özüne dokunmama*” ilkesi 4709 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle Anayasamıza tekrar girmiştir. 1961 Anayasası’nda yer alan “*hakkın özü*” ifadesine 1982 Anayasası’nın 13. maddesinin ilk halinde yer verilmemesine ilişkin gerekçeler ne ka-

⁷⁵ Dungeon/Birleşik Krallık kararı, Çeviren: Sibel İnceoğlu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=48>.

⁷⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 06.11.1986 tarihli ve E:1985/8, K:1986/27 sayılı kararı, *Resmî Gazete* T/S: 14.08.1987/19544.

⁷⁷ Temsilciler Meclisi, Anayasa Komisyonu’nun 09.03.1961 tarihli raporunda da ifade edildiği üzere 1961 Anayasası’nın 11/2. maddesinde yer alan hakkın özüne dokunma yasağı, Batı Almanya (Bonn) Anayasası’nın 19. maddesinin “Hiç bir halde bir temel hakkın özüne dokunulamaz” hükmünü ihtiva eden 2. fıkrasından alınmıştır. Konu ile ilgili olarak bkz. Yüce, T. T., (1974) “Temel Hakların Özü Kavramı ve Sınırlanması Problemi”, A. Recai Seçkin’e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 351, Ankara 1974.

dar haklı ise “*hakkın özü*” kavramının 13. maddeye dahil edilmesi de o ölçüde talihsizlik olmuştur.⁷⁸

Çünkü demokratik toplumun gerekleri kriteri “*hakkın özü*” kriterine göre daha kullanışlıdır. (Bu durum yukarıda açıklanmıştı.) Ayrıca madem ki 4709 sayılı Kanun’la 13. maddede yapılan değişikliğin amacı “*Anayasanın 13. maddesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlemektir*”.⁷⁹ Sözleşme’de yer almayan bir kriterin madde metnine dahil edilmesi anlamsız kalmaktadır.

Hakkın özü kavramı, bir hakkın birbirinden farklı iki unsuru (çekirdek ve çevre) bulunduğu varsayımına dayanmaktadır. Buna göre hakkın temelini oluşturan ve dokunulmaz kabul edilen çekirdek,⁸⁰ bazı durumlarda sınırlandırılabilen bir çevre ile sarılmıştır.⁸¹ Bu dokunulamayan çekirdek kısma hakkın özü denilmektedir. Bir başka tanımla, bir hakkın özü, dokunulduğunda söz konusu özgürlüğü anlamsız kılacak olan asli çekirdeğidir.⁸²

Bu kapsamda hakkın özüne dokunmama ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin çekirdek kısmına hiçbir şekilde dokunulmaması anlamına gelmektedir.⁸³ İşte bu kapsamda, hakkın çevresel unsurlarının kimi

⁷⁸ Aynı yönde Gözler, K., (2001) “Anayasa Değişikliklerinin Temel hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasa’nın 13. Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)” *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2001, Sayı: 4, s. 58.

⁷⁹ 4709 sayılı Kanunun gerekçesi için: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm>.

⁸⁰ 1961 Anayasası’nın 11. maddesiyle ilgili olarak Temsilcileri Meclisi, Anayasa Komisyonu’nca hazırlanan 09.02.1961 tarihli raporda bu çekirdek kısım için “*cevhher ifadesi kullanılmaktadır. Örneğin “Öteden beri hakların sınırlanması meselesinde karşılaşılan tehlike bu tehditlerin çok ileri gitmesi neticesinde *cevhherinin* imha edilmesidir.” Benzer şekilde “Eğer sınırlama, bir temel hak veya hürriyet veya dokunulmazlığın *cevhherini* tahrip ediyorsa, Anayasa’ya aykırılığı dolayısıyla hükümsüz sayılacaktır.”*

⁸¹ Güvenç, İ., (2008) “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı*”, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, s. 110.

⁸² Fendoğlu, H. T., (2002) “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. M. 13”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, sayı: 19, s. 131.

⁸³ Arslan, Z., (2002) “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 19, s. 143.

durumlarda sınırlandırmak mümkün iken, çekirdeğe hiçbir şekilde dokunulamaz. Bu dokunmama sadece sınırlamalar için değil, ödevler için de geçerlidir. Hakkın özü kavramı, hak sahibine, ödevlerden arınmış, sınırsız bir yetki alanının tanınmış olduğu için ödev ve sınırlama, hakkın özüne kadardır; hakkın özünde ödev ve sınır yoktur.⁸⁴

Ancak burada doğal olarak, bir hakkın ne zaman ortadan kalkmış ya da kullanılamaz hale gelmiş, daha açıkçası ne zaman hakkın özüne dokunulmuş sayılacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Çünkü 1961 Anayasası'nın hazırlık çalışmaları aşamasında Anayasa Komisyonu tarafından da belirtildiği üzere hakkın özü kavramı, her bir hak açısından farklıdır.⁸⁵ Bundan dolayı, sınırlamaların hakkın özüne dokunup dokunmadığı hususu, tamamen Anayasa Mahkemesi kararları ile belirlenmektedir.⁸⁶

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde verdiği kararlarında bir hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hale getiren ya da tamamen ortadan kaldıran sınırlamaların hakkın özüne dokunduğuna karar vermiştir.⁸⁷

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası'nın ilk dönemlerinde verdiği kararlarında sadece bir hakkı kullanılamaz hale getiren ya da ortadan kaldıran sınırlamaları hakkın özüne dokunur kabul etmiş, buna karşılık hakkın kullanılmasını ciddi surette güçleştirici sınırlamaları öze dokunur kabul etmemiş ise de sonradan bu görüşünden vazgeçmiştir. Bugün için hakkın kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıran, bir hakkı kullanılamaz hale getiren ya da ortadan kaldıran sınırlamalar, Anayasa Mahkemesi tarafından hakkın özüne dokunur kabul edilmektedir.⁸⁸

⁸⁴ Eren, F., (1977) "Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanunun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam", *Medeni Kanununun 50. Yılı*, AÜHF Yayınları No. 408 Ankara, 1977 s. 197.

⁸⁵ Arslan, Z., (2002) a. g. m., s. 143.

⁸⁶ Arslan, Z., (2002) a. g. m., s. 144.

⁸⁷ Anayasa Mahkemesi'nin E: 1962/208, K:1963/ 1 sayılı kararı, *Resmi Gazete T/S*: 13.03.1963/11354.

⁸⁸ Arslan, Z., (2002) "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 19, s. 144.

3.2.5. Laik Cumhuriyetin Gereklerine Aykırı Olamama

1961 Anayasası'nda ve 1982 Anayasası'nın 13. maddesinin ilk halinde yer almamasına rağmen Anayasa'nın 13. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle madde metnine giren bu ilkeye göre sınırlamalar laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olamaz.

Aslında yapılan değişiklikle "*laik Cumhuriyetin gerekleri*" ibaresinin madde metnine yerleştirilmesinin çok fazla bir anlamı olmamıştır. Çünkü Anayasa Mahkemesi, 13. maddede 2001 yılında yapılan değişiklikten önce verdiği kararlarında zaten, sınırlamaların Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyet'in temel niteliklerine de uygun olması gerektiğini ifade etmekteydi.⁸⁹ Cumhuriyetin en temel özelliklerinden birisi de laiklik olduğuna göre, yapılan değişiklik Anayasa Mahkemesi tarafından zaten uygulanan bir kriterin Anayasa metnine dahil edilmesinden öte bir anlam ifade etmemiştir. Üstelik bazı yazarlar⁹⁰ laik Cumhuriyet'in gerekleri ibaresinin, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgisi olmadığını vurgulamaktadırlar.

"*Laik Cumhuriyetin gerekleri*" ibaresi, mülkiyet hakkına herhangi bir dinin gereklerine göre sınırlama yapılmamasını ya da bu sınırlamaların, dini inançlar karşısında devletin tarafsızlığını zedelememesini ifade eder.

Anayasa Mahkemesi, burada geçen "*laik*" ibaresinin, dini ve toplumsal nedenlerle, batılı ülkelerde yer alan laiklik kavramından farklı olduğunu vurgulamaktadır.⁹¹

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda "*laik Cumhuriyetin gerekleri*" ile ilgili çalışmalarda ibarenin daha çok laiklik yönüne vurgu yapılmaktadır. Fakat söz konusu ibare laik cumhuriyetin sadece laiklik değil, tüm özelliklerine vurgu yapmaktadır. Buna göre temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların sadece laiklik

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 06.11.1986 tarihli ve E:1985/8, K:1986/27 sayılı kararı, *Resmî Gazete* T/S: 14.08.1987/19544.

⁹⁰ Gözler, K., (2001) "*Anayasa Değişikliklerinin Temel hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasa'nın 13. Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)*" *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2001, Sayı: 4, s. 62.

⁹¹ Fendoğlu, H. T., (2002) "*2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması* AY. M. 13" *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, sayı: 19, s. 134.

ilkesine değil, Anayasa'nın ikinci maddesinde Cumhuriyet'in nitelikler olarak sayılan ilkelerin tamamına uygun olması gerekir.

Anayasa Mahkemesi laik Cumhuriyetin gereklerinin bir sınırlama sınırı olarak yer almadığı 1961 Anayasası döneminde verdiği bazı kararlarında, mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların Cumhuriyet'in Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen niteliklerine uygun olması gerektiği vurgulanmıştır. Örneğin 14.02.1967 tarihli ve E: 1963/144, K: 1967/6 sayılı kararda; "*Kanun koyucu, mülkiyet hakkı ile ilgili hükümleri, Anayasa'nın Cumhuriyetin niteliklerini belirten 2. maddesinde yer alan ilkelerle ve özellikle insan haklarıyla ve demokratik, lâik ve sosyal hukuk devleti prensipleriyle bağdaşır biçimde düzenlemek durumundadır*" ifadelerine yer verilmiştir.⁹²

3.2.6. Ölçülülük İlkesine Uygunluk

Ölçülülük ilkesi, bir hakkın sınırlandırılması için başvuru aracın, sınırlandırma ile ulaşılmak istenen hedefe ulaşmak bakımından elverişli olması şeklinde tanımlanabilir.⁹³ Ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan araç ile sınırlamanın sonuçları arasındaki ilişkiyi betimleyen bir kavramdır.

Ölçülülük ilkesinin temel amacı, temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasını önlemektir.⁹⁴ Zaten 13. maddenin gerekçesinde sınırlama ile amaç arasında denge bulunması gerektiği belirtilmiş ve amacın gerektirdiğinden daha fazla sınırlama yapılamasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir.⁹⁵

⁹² Aynı yönde 19.06.1968 tarihli ve E:1966/19, K:1968/25 sayılı karar, *Resmi Gazete* T/S: 29.1.1970/13412.

⁹³ Oğurlu, Y., (2000) "İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetlerin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme", *Atatürk Üniversitesi, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2000, Cilt: IV, Sayı: 1-2, s. 148

⁹⁴ Fendoğlu, H. T., (2002) "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. M. 13" *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, sayı: 19, s. 131

⁹⁵ Aliefendioğlu, Y., (2002) "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, sayı: 19, s. 160

Anayasa Mahkemesi kararlarına göre Türk hukuku açısından ölçülülük ilkesinin; *elverişlilik* (sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması), *demokratik toplumda gereklilik* (sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olması) ve *oranlılık* (araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması, sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesi) olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır.⁹⁶

Elverişlilik ilkesi bir hak ve hürriyeti sınırlamak için kullanılan aracın, yani kanunun, sınırlama amacını gerçekleştirmek bakımından uygun olması olarak tanımlanmaktadır. Öngörülen amacı gerçekleştirebilmek için temel haklara getireceği sınırlamanın zorunlu olması ise gereklilik ilkesini oluşturmaktadır.

Oranlılık ilkesi ise; sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç ile aracın birbirine karşı ölçüsüz olmaması gereğini ifade etmektedir. Başka bir anlatımla, temel hak ve hürriyetler sınırlanırken sınırlama ile öngörülen amaç arasında makul ve adaletli bir denge kurulmalıdır.⁹⁷

3.2.6. Tazminat Ödenmesi

Mülkiyet hakkına yapılacak müdahaleler karşılığında malike tazminat ödenmesi konusunda 35. maddenin metninde herhangi bir ifade yer almamaktadır. Sadece Anayasanın kamulaştırmayı düzenleyen 46. maddesinde kamulaştırmanın gerçek karşılık üzerinden yapılması gerektiği vurgulanmıştır.

Her ne kadar 35. maddede bu yönde hüküm bulunmasa dahi Anayasa Mahkemesi, mülkiyetin hukuken ya da fiilen kamu idaresine geçtiği durumlarda malike tazminat ödenmesi gerektiği görüşündedir. Tazminatsız olarak mülke el konulması Anayasa Mahkemesi tarafından hakkın özüne dokunma olarak kabul edilmektedir.⁹⁸

⁹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 23.06.1983 tarihli ve E:1988/50, K:1989/27 sayılı kararı, *Resmi Gazete* T/S: 04.10.1989/20302

⁹⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 20.07.1999 tarihli ve E:1999/1, K:1999/33, *Resmi Gazete* T/S:04.11.2000/24220

⁹⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 10.04.2003 tarihli ve E:2002/112, K:2003/33 sayılı kararı: "Taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesi, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durumdur."

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA MÜLKİYET HAKKI VE BU HAKKIN SINIRLANMASI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında mülkiyet hakkı Sözleşme'ye Ek 1 No.'lu Protokol ile düzenlenmiştir. Protokol'ün "Mülkiyetin Korunması" başlıklı 1. maddesi şu şekildedir:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez."

1. Mülk ve Mülkiyet Kavramı

1.1. Genel Olarak

AIHM, Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesini yorumlayarak mülk ve mülkiyet kavramları üzerine içtihatlar geliştirmiştir. Mahkemeye göre mülk ve mülkiyet kavramlarının iç hukuktaki tanımından bağımsız olarak özerk bir anlamı bulunmaktadır, bundan dolayı herhangi bir unsurun iç hukukta mülkiyet olarak kabul edilip edilmemesinin AIHM'nin değerlendirmesi bakımından bir önemi bulunmamaktadır. AIHM mülk ve mülkiyet kavramını kendi kriterleri açısından değerlendirmekte ve kararlarını buna göre vermektedir.

Mahkemenin mülk kavramını iç hukuktan bağımsız olarak yorumlamasının temel sebebi, mülk ve mülkiyet kavramlarının, Sözleşme'ye taraf devletlerde farklı tanımlarla kullanılmasıdır. Eğer Mahkeme içtihadında Sözleşme'de yer alan kavramlara verilecek anlam, davaya konu olan milli hukukun yüklediği anlamla özdeşleştirilirse, bu kavramlar Sözleşme'ye taraf devletlerin her birinde farklı şekilde yorumlandığı için Sözleşme'nin uygulanmasında çeşitli devletler açısından farklı uygulamalar söz konusu olacaktır. Bu tür farklı uygulamalardan kaçınmak ve uygulama birliği sağlamak amacıyla AIHM Sözleşme'de

kullanılan terimleri ulusal hukuklardan bağımsız olarak yorumlama eğiliminde olmuştur.⁹⁹ Bu kapsamda AİHM, her olayı ilgili devletin iç hukukuna göre ayrı ayrı yorumlamak yerine Sözleşme'nin amacı doğrultusunda kendine has bir mülk tanımı benimsemiştir.

Mahkeme sürekli olarak "mülk" kavramının kendine has bir anlam genişliği olduğunu ve iç hukukta mülkiyet olarak kabul edilmeyen bazı hak ve menfaatlerin mülk olarak kabul edilebileceğini vurgulamaktadır. Örneğin Mahkeme Beyeler/İtalya kararında¹⁰⁰ (paragraf 100) mülk (*possessions*) kavramının fiziki mallarını mülkiyeti ile sınırlandırılmayan ve iç hukukun resmi sınıflandırmasından bağımsız, otonom bir yapısı olduğunu vurgulamıştır.

Ancak 1. maddenin koruması altında olabilmesi için, kişinin aynı hakka iç hukuk uyarınca da sahip olması gereklidir. Kişi iç hukukta hak sahibi değil ise, AİHM nezdinde de korunmamaktadır. Bu iki durum ("*iç hukuktan bağımsızlık*" ve "*aynı hakka iç hukukta da sahip olma*") ilk bakışta çelişir gibi görünmektedir. Ancak durum öyle değildir. Bu iki hususu birlikte değerlendirdiğimizde şu sonuca varırız: Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin sağladığı korumadan yararlanabilmek için aynı hakka iç hukukta da sahip olmak gerekir. Ancak, iç hukukun bu hakkı mülkiyet hakkı olarak kabul edip etmemesinin, AİHM'nin değerlendirmesi açısından bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin alkollü içki satma ruhsatı, iç hukuk tarafından mülk olarak değerlendirilmese bile AİHM tarafından mülk olarak değerlendirilebilmektedir. Ancak bunun için temel şart malikin, alkollü içki satma ruhsatına iç hukukta da sahip olmasıdır.

1.2. Mülkiyetin Niteliği

Sözleşme ve ek protokoller, temel hak ve özgürlükleri mutlak ve sınırsız olarak kabul etmemiş ve bunların Sözleşme'de belirtilen hal-

⁹⁹ Birtane, Ş., (2007) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türk İdari Yargısına Etkileri", Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, s. 18

¹⁰⁰ Kararın orijinal metni için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin resmi internet sitesine bakılabilir: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=h bkm&action=html&highlight=beyeler&sessionid=54384809&skin=hudoc-en>

lerde ve Sözleşme’de belirtilen şartlara uyulmak şartı ile sınırlandırılabilmesi öngörmüştür.

Bu kapsamda Ek 1 No.’lu Protokol’ün 1. maddesi de mülkiyet hakkının sınırsız olmadığını ve kamu yararı, vergi ve benzeri katkıların ödenmesi ya da mülkiyet hakkının toplum yararına kullanılmasının düzenlenmesi amacıyla sınırlandırılabilmesini hüküm altına almıştır. Üstelik Sözleşme’nin 17. maddesi temel hak ve özgürlüklerin, başkalarının haklarına zarar verecek veya bu hakları sınırlayacak şekilde kullanılmasını yasaklamaktadır.

AİHM de mülkiyet hakkının sosyal yönüne ağırlık vermekte ve mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırılabilmesini kabul etmektedir. Mahkeme, günümüzde devletlerin sosyal adaletsizlik olduklarını düşündükleri problemlerin çözümü için gerekli tedbirleri alma hakkı bulunduğunu vurgulamakta¹⁰¹ ve bunu, demokratik bir yasama organının işlevleri arasında görmektedir.

Mahkeme’nin mülk kavramına bakış açısının önemli bir diğer yönü de durağan bir yorum şeklinin değil; günün sosyal, ekonomik ve hukuki koşullarına ve ihtiyaçlarına göre değişen, dinamik bir yorum şeklinin benimsenmesidir. Bu kapsamda Mahkeme Ek 1 No.’lu Protokol kapsamında mülk olarak korunabilecek unsurları yorumlarken Sözleşme’yi toplumun ihtiyaçlarına ve günün değişen koşullarına göre yorumlayarak daha önceden mülk kavramı içerisinde değerlendirmede bazı hususları da mülk kavramı içerisinde değerlendirmeye başlamıştır.

Örneğin Mahkeme Türkiye’de yabancıların taşınmaz edinmesi konusu ile ilgili olarak verdiği Apostolidi ve Diğerleri/Türkiye kararında yabancıların taşınmaz edinme hakkının Ek 1 No.’lu Protokol’ün 1. maddesi kapsamında mülk olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermesine rağmen, aynı konuda daha sonra verdiği Deryan ve Nacaryan/Türkiye kararı ile Fokas/Türkiye kararında yabancıların Türkiye’de taşınmaz edinmeleri konusundaki bir beklentinin de Ek 1

¹⁰¹ AİHM’nin James ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, Karar Tarihi: 21.02.1986, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=107>.

No.'lu Protokol'ün 1. maddesi anlamında mülk olarak değerlendirilebileceğine karar vermiştir.

Mahkeme'nin bu yorum tarzı, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli katkılar sağladığı gibi, bu hakların sınırlandırılmasında devletlere önemli bir hareket alanı da oluşturmaktadır.

1.3. Mülkiyetin Kapsamı

1.3.1. Mülkiyetin Konusuna Göre

Sözleşme'de mülkiyet hakkının ve mülk kavramının açık bir tanımı bulunmamakla beraber AİHM, mülkiyet hakkını ve mülk kavramını geniş yorumlamak eğiliminde olmuştur. Mahkeme, mülkiyet hakkını yorumlarken geleneksel yorumlardan uzak kalmış ve kendine has bir mülkiyet anlayışı geliştirerek parasal değer ifade edebilen hemen hemen her unsuru mülkiyet kavramı içerisinde değerlendirme eğiliminde olmuştur.¹⁰² Mahkeme, Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinde geçen "*mal ve mülk*" kavramının fiziksel malların mülkiyeti ile sınırlı olmayan özerk bir anlamı olduğuna dikkat çekmektedir.

Mahkemeye göre mal ve mülk (ya da kısaca mülk), iktisadi bir değere sahip, para ile ifade edilebilen her türlü taşınır ve taşınmazlar, Hazine arazisi üzerine yapılan gecekondular, yüksek enflasyon dönemlerinde kamulaştırma bedellerinin geç ödenmesi nedeni ile uğrılan gelir kayıpları, haklar, şirket hisseleri, bir zarardan doğan tazminat hakları, her türlü alacak hakkı, tahkim kararları, patentler, emekli maaş hakkı, müşteri kitlesi, alkollü içki satma ruhsatı, kira alma hakkı, işletme ve imtiyaz hakları, fikri mülkiyet hakları gibi ekonomik çıkarları ifade etmektedir.

Mahkeme'nin mülk kavramını bu şekilde geniş yorumlamasında maddenin İngilizce ve Fransızca metinlerinde "*mülk*" kelimesini ifade etmek üzere kullanılan kelimelerin geniş anlamlara sahip olmasının da önemli bir etkisi söz konusudur. Gerçekten de Sözleşme'de mülkiyet hakkını ifade etmek için kullanılan "*biens*" kavramı Fransız hukuk

¹⁰² Dinç G., (2004) "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı", *İzmir Barosu Dergisi*, Ekim 2004, Sayı: 69, s. 133.

terminolojisinde miras yoluyla geçen bütün hakları ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır.¹⁰³

Mahkeme'nin bu yaklaşımı, mülk ve mülkiyet konusundaki ulusal tanımları anlamsız ve geçersiz kılmamaktadır.¹⁰⁴ Ancak şurası da bir gerçektir ki ulusal hukuka göre mülkiyet hakkı olarak değerlendirilmeyen birçok husus, AİHM'ce mülkiyet tanımı kapsamında değerlendirilmiştir.

Mahkeme'nin mülkiyetin kapsamına bakışının diğer bir yönü de Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin mevcut mülkte yapılan müdahaleleri mi yoksa mevcut mülkün yanı sıra mülk edinme hakkına yapılan müdahaleleri mi kapsadığı konusudur.

Mahkeme bu konuda yakın zamana kadar devam ettirdiği içtihadında Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi ile korumaya alınan unsurun gelecekte mülk edinme hakkı değil, *mevcut mülk* olduğunu, ayrıca bazı durumlarda *yakın ve meşru bir beklentinin* de mülk olarak değerlendirilebileceğini vurgulamaktaydı. Bu görüşe göre herhangi bir mülkiyetin Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında korunabilmesi için fiilen mevcut ve ileri sürülebilir olması ya da meşru bir beklentinin olması gerekir.

Madde metninde geçen "*maliki olduğu şeyler (possessions)*", "*mülkiyeti kullanma (use of property)*" kelimelerinin bu izlenimi doğurduğuna dikkat çeken Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları da bunu açıkça teyit etmektedir: Sözleşme'yi hazırlayanlar, bu maddenin öncüleri olan tasarılarıdaki bu konu için sürekli olarak "*mülkiyet hakkından*" ve "*mülkiyete haktan*" söz etmişlerdir.¹⁰⁵

Bu nedenle Mahkeme Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin sadece mevcut mülke ve mülk edinme konusundaki meşru beklentile-

¹⁰³ Grgiç ve diğerleri, "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı*", Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları, No:10, 2007, s. 7.

¹⁰⁴ Dinç G., (2004) "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı*", *İzmir Barosu Dergisi*, Ekim 2004, Sayı:69, s. 134.

¹⁰⁵ Marckx/Belçika kararı, 1979, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=33>.

re yapılan müdahaleleri kapsadığını; veraset veya vasiyet yoluyla,¹⁰⁶ kadastro yolu ile¹⁰⁷ taşınmaz edinimi edinme hakkını ya da yabancıların henüz tapuda kendi adlarına tescil edilmemiş taşınmazları edinme hakkını¹⁰⁸ güvence altına almadığını vurgulamaktaydı.

Yukarıda Ek 1 No.'lu Protokol'ün mevcut mülk yanında meşru beklentiyi de koruduğunu ifade etmiştik. Burada akla şu soru gelebilir: Veraset, vasiyet gibi yollarla mülk edinme beklentisi de meşru beklenti olarak kabul edilemez mi? Mahkeme bu konuda yakın zamana kadar verdiği kararlarında meşru beklenti kavramını; daha ziyade alacak hakları, tazminat hakları gibi çok yakın ve kesin beklentiler için uygulamıştır. Mahkemeye göre meşru beklentinin yakın ve kesin olması, bir başka ifade ile bir mevzuat ya da içtihadı dayanması gerekir. Mahkeme, zayıf beklentileri mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmeme eğilimindedir. Bundan dolayı, miras veya diğer yollarla mülk edinme beklentisi, yakın zamana kadar Mahkeme tarafından meşru beklenti olarak değerlendirilmemiştir.

Fakat Mahkeme son zamanlarda "*Ek 1 No.'lu Protokol'ün sadece mevcut mülkü koruduğu*" yönündeki görüşünü reddetmeksizin, mülk edinme hakkının da meşru beklenti olarak değerlendirilebileceğine ve Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamına girebileceğine karar vermektedir.

Mahkemenin içtihadını bu yönde değiştirmesinin temel nedeni, Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin sadece mevcut mülkü ve mülk edinme konusundaki meşru bir beklentiyi koruduğu yönündeki içtihadın, mülkiyet hakkının korunmasında yetersiz kalmasıdır. Çünkü Mahkeme'nin daha önceki içtihadı, sadece mevcut mülke yapılan müdahaleleri kapsamakta, buna karşılık miras, bağış ya da kadastro yolu ile mülk edinme konusunda yapılan müdahaleleri kapsamamaktaydı.

¹⁰⁶ Marckx/Belçika kararı, 1979, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoester.asp?id=33>.

¹⁰⁷ Balcı/Türkiye kararı, 2009, Kararın Türkçe tercümesi için Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Bilgi Bankasına bakılabilir: <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/remzibalcı10032008.doc>.

¹⁰⁸ Apostolide ve diğerleri/Türkiye kararı, 2007, Kararın Türkçe tercümesi için Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Bilgi Bankasına bakılabilir: <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/apostolidedigerleri29.05.2008.doc>.

Oysaki çoğu durumda Mahkemenin önüne gelen davalar mülk edinme hakkı ile ilgilidir ve bu davaları Sözleşme kapsamı dışında tutmak malikler açısından önemli dezavantajlar ve mülkiyet hakkının gerekleriyle ilgili önemli sorunlar doğurmaktaydı. Mahkeme, “*Ek 1 No.’lu Protokol’ün sadece mevcut mülkü koruduğu*” yönündeki içtihadının, mülkiyet hakkının korunmasında doğurduğu boşluğu gidermeye dönük olarak içtihadını değiştirmiştir.

Örneğin Karaman/Türkiye kararında¹⁰⁹ Mahkeme, kamulaştırıldıktan sonra kamulaştırma amacıyla kullanılmayan taşınmazın eski malikine iadesi konusundaki bir beklentinin bile miras hakkı olarak değerlendirilebileceğini ve “*mülk*” olarak kabul edilebileceğini vurgulamıştır. Bu davada Mahkeme daha önceki içtihadını tekrarlamakla birlikte (muhtemelen bu içtihadının doğurduğu sakıncaları bir nebze olsun hafifletebilmek amacı ile) kamulaştırıldıktan sonra kamulaştırma amacıyla kullanılmayan taşınmazın eski malikine iadesi konusundaki beklentinin de meşru beklenti ve dolayısıyla mülk olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir.

Benzer bir durum da yabancıların Türkiye’de taşınmaz edinmelerinin Ek 1 No.’lu Protokol kapsamında korunup korunmayacağı konusunda yaşanmıştır. AIHM, yabancıların Türkiye’de taşınmaz edinmeleri ile ilgili olarak baktığı ilk dava olan Apostolidi ve Diğerleri/Türkiye davasında verdiği kararında “*henüz tapuda yabancı uyruklu kişi adına tescil edilmemiş taşınmazlar açısından “taşınmazın kendisi adına tescil edileceği” yönündeki bir beklentinin Ek 1 No.’lu Protokol’ün 1. maddesi kapsamında mülk olarak değerlendirilemeyeceğine*” karar vermişti.

Fakat Mahkeme, Nacaryan ve Deryan/Türkiye davasında ve Fokas/Türkiye davasında “*yabancılar adına henüz tescil edilmemiş taşınmazlar açısından da yabancı uyruklu kişilerin taşınmazın kendi adlarına tesciline edileceğine*” ilişkin beklentilerinin “*meşru bir beklenti*” olarak değerlendirilebileceğine ve Ek 1 No.’lu Protokol’ün 1. maddesi kapsamında mülk olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir.

¹⁰⁹ Karaman/Türkiye kararı, Çeviren: Sabit İnan Kaya, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İctihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=9067>.

1.3.2. Malike Göre

Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi, gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetlerinde bulunan malları korumaktadır.

1.3.2.1. Gerçek Kişiler

Gerçek kişiler açısından sadece vatandaşların değil, yabancıların, vatansızların, mültecilerin, hatta o ülkede yasadışı şekilde bulunan kişilerin de mülkiyet haklarının ihlali gerekçesiyle AİHM nezdinde dava açma hakları bulunmaktadır.¹¹⁰ Örneğin Mahkeme yabancıların Türkiye'de taşınmaz edinmeleri konusunda yabancı kişiler tarafından açılan davaları¹¹¹ karara bağlamıştır.

1.3.2.2. Tüzel Kişiler

Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişilerin mülkiyet hakkını korumaktadır. Zaten Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi, Sözleşme'de yer alan hakları tüzel kişiliklere de tanıyan tek maddedir.

Bu maddede geçen tüzel kişi kavramının kapsamının Sözleşme'nin 34. maddesi dikkate alınarak yorumlanması gerekmektedir. 34. maddeye göre Sözleşme'de yer alan haklarından herhangi birinin ihlal edildiğini iddia eden "*hükümet dışı kuruluşlar*" AİHM nezdinde dava açma hakkına sahiptir.

34. maddede yer alan "*hükümet dışı kuruluşlar*" ifadesinden özel hukuk tüzel kişiliğine sahip sendikaları, ticaret şirketlerini, siyasal partileri, vakıfları, dernekleri, meslek kuruluşlarını anlamak gerekir.¹¹² Bu tüzel kişiler de tüzel kişiliklerini ilgilendiren konularda mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürebilmektedirler. Ancak tüzel kişiliklerin üyelerinin mülkiyetlerini ilgilendiren konularda dava açma ehli-

¹¹⁰ Poroy, M. A., (2006) "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Başvurucu ve Mağdurluk Statüsü", *TBB Dergisi*, Sayı: 66, 2006, s. 123.

¹¹¹ Apostolidi ve diğerleri/Türkiye, Fokas/Türkiye, Nacaryan ve Deryan/Türkiye kararları.

¹¹² Poroy, M. A., (2006) "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Başvurucu ve Mağdurluk Statüsü", *TBB Dergisi*, Sayı: 66, 2006, s. 123.

yetleri bulunmamaktadır. AİHM'ye göre bir tüzel kişi "*bizzat kendisinin*" mağdur olduğunu iddia edemediği durumlarda üyesi adına dava açamaz.¹¹³

Sözleşme'nin 34. maddesine göre ancak hükümet dışı kuruluşların Sözleşme kapsamında dava açma hakkı bulunduğu için kamu tüzel kişilerinin kendi devletleri aleyhine dava açma ehliyetleri bulunmadığı¹¹⁴ ve Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin, kamu tüzel kişilerinin mülkiyetlerinde bulunan malları kapsamadığı kabul edilmektedir.

1.3.3. Müdahalenin Kimden Geldiğine Göre

Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi, mülkiyet hakkına sadece devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yapılan müdahaleleri kapsamaktadır. Özel hukuk kişileri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar mülkiyet hakkı kapsamında değildir. AİHM, özel hukuk kişileri arasında çıkan uyuşmazlık sonucu açılan Gustafsson/İsveç davasında; mülkiyet hakkına kamu otoriteleri tarafından yapılmış herhangi bir müdahale olmadığı durumlarda devletin serbest piyasa şartları altında özel kişilerin davranışlarına müdahale etmemesinden doğan yan etkilerin Ek 1. Protokol'ün 1. maddesi çerçevesinde mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Devletin mülkiyet hakkı karşısındaki konumu ise negatif ve pozitif yükümlülükler olmak üzere iki başlık altında incelenebilir.

1.3.3.1. Devletin Negatif Yükümlülükleri

Eğer pozitif hak/negatif hak ayrımı yapılır ise mülkiyet hakkı negatif haklar kapsamında kalmaktadır. Bir başka anlatımla, mülkiyet hakkı devletin müdahale etmemesi gereken haklar statüsündedir. Ek

¹¹³ 16.05.1985 tarihli Norris/Almanya kararı, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=176>.

¹¹⁴ AİHM Rothenthurm Commune/İsveç kararında "Belediye gibi yerel bir yönetim, hükümet dışı bir örgüt ya da bir kişi topluluğu/grubu olmadığı için, bir başvuruda bulunma yetkisine/ sıfatına sahip değildir" şeklinde karar vermiştir. Poroy, M.A. (2006) "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Başvurucu ve Mağdurluk Statüsü", *TBB Dergisi*, Sayı: 66, 2006, s. 123.

1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin temel hedefi de bireyi devlet tarafından mal ve mülküne yapılacak olan haksız müdahaleler karşısında korumaktır.¹¹⁵ Dolayısıyla, devletin mülkiyet hakkının korunmasındaki rolünün negatif olması gerektiği söylenebilir.

Negatif yükümlülük, devlete yasaların izin verdiği haller dışında mülkiyet hakkına müdahale etmeme görevi yüklemektedir. Bu anlamda devlet mülkiyet hakkına haksız müdahalede bulunmamakla yükümlüdür.

1.3.3.2. Devletin Pozitif Yükümlülükleri

AİHM, devletin mülkiyet hakkına karşı tutumunun genellikle negatif olması gerektiğini kabul etmekle beraber, bazı durumlarda mülkiyet hakkının korunması bakımından devletin pozitif yükümlülükleri de olabileceğini ifade etmektedir.

Örneğin Hazine arazisi üzerindeki gecekonduları, taşınmaz yakınlarında bulunan çöplüğün gaz sıkışması nedeni ile patlaması sonucu yıkılan başvuruçuların devletin bir müdahalesinden değil, tam aksine bazı olaylara kayıtsız kalmasından ve alması gereken önlemleri almamasından şikayetçi oldukları Öner Yıldız ve Diğerleri/Türkiye davasında Mahkeme, bazı fiili durumlara devletin kayıtsız kalmasının, bir başka anlatımla alması gereken önlemleri almamasının mülkiyet hakkına müdahale anlamına gelip gelmeyeceğini tartışmak zorunda kalmıştır.

Mahkemeye göre; Sözleşme'nin temel hedefi kişiyi kamu otoritelerinin keyfi kayıtsızlığına karşı korumaksa, mülkiyet hakkının korunmasının ayrılmaz bir gereği olarak devletin pozitif yükümlülüklerinin de bulunması gerekir. Bunun doğal bir sonucu olarak; eğer kişinin otoritelerden yasal olarak bekleyebileceği tedbirler ile bu kişinin mülkiyet hakkını kullanması arasında doğrudan bir ilişki olduğu kabul edilir ise devletin mülkiyet hakkını korumak için bazı yükümlülüklerini yerine getirmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur.

¹¹⁵ Grgiç ve diğerleri, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı", Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları, No:10, 2007, s. 9.

Mahkeme, Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi ile korunan mülkiyet hakkının korunmasında devletin yükümlülüklerinin sadece “*kayıtsız kalmakla*” ya da müdahale etmemekle sınırlandırılmayacağını vurgulamıştır. Mülkiyet hakkının korunması gerektirdiğinde devletin pozitif koruma tedbirleri de alması gerekebilir.

1.3.3.2.1. Pozitif Yükümlülük Nedir?

Devletlerin mülkiyet hakkının korunması ile ilgili pozitif yükümlülükleri bulunabileceğini ifade etmesine rağmen AİHM, pozitif yükümlülük kavramının tanımını yapmamıştır.

Bilindiği üzere devletlerin devletin bir hak karşısında takınabileceği dört pozisyon bulunmaktadır. Tanıma, dokunmama, koruma ve temin/tedarik olarak sıralanabilecek bu dört pozisyondan ilk ikisi negatif yükümlülükler, son ikisi ise pozitif yükümlülüklerdir.

AİHM tarafından Sözleşme'nin dinamik ve etkili bir biçimde yorumlanması sonucu geliştirilmiş olan bu kavramın amacı, Sözleşme'nin etkili bir şekilde uygulanması ve güvence altına aldığı haklara etkililik kazandırmak¹¹⁶ ve Sözleşme ile korunan hakların etkin şekilde kullanılabilmesini sağlamaktır.

AİHM tarafından ilk kez 1968 tarihli Belçika Dil Davası'ndan kullanılan pozitif yükümlülük kavramı, devletin mülkiyet hakkını korumak için bir edimde bulunmasını gerektirmektedir. Bir başka ifadeyle, devletlerin mülkiyet hakkının korunması ile ilgili olarak aktif tedbirler alma yükümlülüğüne pozitif yükümlülük denmektedir.

Yargıç Martens, Gul/Swirzerland kararında yazdığı karşı oyda pozitif yükümlülüğü “*taraf devletlerin harekete geçmesi gereken durumlar*” olarak tanımlamıştır.¹¹⁷ Pozitif yükümlülük kavramı bu şekilde taraf devletlerin aktif tavır almasını gerektiren bütün durumları ifade

¹¹⁶ Kocabaş, S., (2009) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Taraf Devletlere Yüklemediği Pozitif Yükümlülükler”, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, s. 2.

¹¹⁷ Çoban A. R., (2008) “Strasbourg'da Herküllere İhtiyacımız Var Mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2008, C:57, Sayı: 3, s. 206.

edecek şekilde tanımlanınca mülkiyet hakkının korunması açısından pozitif yükümlülükler; üçüncü kişilerden ya da dışarıdan gelecek tehlikelere karşı mülkü koruma, bunun için gereken tedbirleri alma, mülkiyetin kullanımı için uygun koşullar sağlama gibi çok farklı şekillerde ortaya çıkabilir.

Pozitif yükümlülükler Öner Yıldız ve Diğerleri/Türkiye davasında AİHM Büyük Dairesi tarafından verilen 30.11.2004 tarihli kararda “*esas yönünden yükümlülükler*” ve “*usul yönünden yükümlülükler*” olmak üzere iki kısımda değerlendirilmiştir.

Buna göre; Sözleşme’de güvence altına alınan hakları korumak için oluşturulması gereken yasal ve idari çerçeve (mevzuat) devletin esas yönünden yükümlülüğüdür. Esas yönünden yükümlülükler korunan hakkın özellikleri de dikkate alınmak suretiyle hakkı korumak için gerekli pratik tedbirleri içermelidir. Ayrıca bu düzenlemeler, bir faaliyetin işleyişindeki kusurları ve çeşitli düzeylerde görevliler tarafından yapılan hataları ortaya çıkarmak için gerekli usulleri de getirmelidir.

Buna karşılık bu yasal ve idari çerçevenin etkili şekilde uygulanmasına yönelik yükümlülükler ise usul yönünden yükümlülük kategorisine girmektedir. Örneğin mülkiyet hakkına yapılan bir müdahale olduğunda bu müdahalenin önlenmesi veya sonlandırılması için gerekli idari ve yargısal sürecin etkin şekilde işletilmesi zorunludur.

Devletin usul yönünden pozitif yükümlülükleri sadece devlet tarafından kişilerin mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin önlenmesi ile sınırlı değildir. Özel hukuk kişileri tarafından birbirlerinin mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin önlenmesi açısından da büyük önem taşımaktadır.

1.3.3.2.2. Pozitif Yükümlülüklerde Takdir Hakkı

Mahkeme, mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerde kamu yararı konusunda Sözleşme’ye taraf devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunduğunu ifade etmektedir. Bu takdir hakkı aynı zamanda pozitif yükümlülüklerin ne şekilde yerine getirileceğini, hangi düzenlemelerin yapılacağı konusunu da kapsamaktadır.

Örneğin, Mahkeme Öneriyıldız ve diğeleri/Türkiye davasında verdiği kararda sosyal, ekonomik ve şehirciliğe ilişkin sorunların nasıl çözüleceği konusunda kendi görüşlerini ulusal makamların görüşlerinin yerine koymanın kendi görevi olmadığını hatırlatmış ve ulusal makamların öncelikleri ve kaynakların nasıl kullanılacağını belirleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını belirtmiştir.

Ancak Mahkeme, bir hakka yapılacak müdahalelerde alınması gereken pozitif tedbirleri belirleme yetkisini ulusal makamlara bırakmakla birlikte bu tedbirlerin çerçevesini çizmekten de geri kalmamıştır.

Mahkeme'ye göre devletlerin bir hakkın korunması ile ilgili iki temel pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunlardan birincisi hukuki tedbir alma ödevidir ki bu ödevler yukarıda bahsedilen "*esas yönünden yükümlülükler*" kapsamına girmektedir. İkinci olarak devletler, pratik ve operasyonel tedbirler almak durumundadırlar,¹¹⁸ bu tedbirler ise "*usul yönünden yükümlülükler*" kapsamına girmektedir.

¹¹⁸ Kocabaş, S., (2009) "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Taraf Devletlere Yüklendiği Pozitif Yükümlülükler", Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, s. 40.

HUKUK TARİHİMİZE MÜTEVAZİ BİR KATKI: BEKİR BEHLÜL BEY'İN “MÜLAHHAS TARİH-İ İLM-İ HUKUK” BAŞLIKLİ MAKALELER DİZİSİ

A MODEST CONTRIBUTION TO OUR LAW HISTORY: BEKİR
BEHLÜL'S SERIES OF ARTICLES ENTITLED “SUMMARY OF LAW
HISTORY”

Seda DUNBAY*

Özet: Bekir Behlül Bey, sonradan İzmir Barosu adını almış Aydın Dava Vekilleri Cemiyeti'nin ilk başkanıdır. Hukuk tarihinin ne denli önemli bir yeri haiz olduğunu 1324 (1908-1909) yılında görmüş ve *Mülahhas Tarih-i İlm-i Hukuk*'u yazmıştır. Bu nedenle, makalemizde öncelikle Bekir Behlül Bey'in biyografisine yer verdik ve ardından makalelerinin transkripsiyonunu okuyucuya sunduk.

Anahtar Sözcükler: Hukuk tarihi, Bekir Behlül Bey, İzmir Barosu, Roma hukuku, eski Yunan hukuku.

Abstract: Bekir Behlül was the first president of Aydın Lawyer Association which took the name İzmir Bar Association subsequently. He perceived importance of law history in 1324 (1908-1909) and wrote *Summary of Law History*. Therefore, in this article we gave a place to Bekir Behlül's biography at first and then we presented transcription of his articles to the reader.

Keywords: Law history, Bekir Behlül, İzmir Bar Association, law of Rome, law of ancient Greece.

Bekir Behlül Bey tarafından kaleme alınan aşağıda transkripsiyonunu verdiğimiz makaleler dizisi *Mülahhas Tarih-i İlm-i Hukuk* başlığını taşımaktadır. Yüksek lisans tezimizin kaynak araştırması sırasında Ankara Milli Kütüphane'den ulaştığımız söz konusu makaleler dizisi 1324 (1908-1909) yılında *Mizanü'l-Hukuk Mecmuası'nın (Hukukun Tera-zisi Dergisi)* farklı sayılarında yayınlanmıştır.

* Av., İzmir Barosu.

Bir kaynağa göre 1850 bir diğerine göre ise 1856 yılında doğan Bekir Behlül Bey, asıl mesleği olan dava vekilliğinin yanı sıra basın hayatında da söz sahibi olmuş ve hatta Kurtuluş Mücadelesi yıllarında oldukça önemli hizmetlerde bulunmuş bir şahsiyettir.¹ Onu bu denli önemli hale getiren bir başka özelliği de İzmir Barosu'nun ilk baro başkanı olmasıdır. II. Meşrutiyet'in ilanını takip eden yıllarda oldukça aktif bir rol üstlenen Bekir Behlül Bey, 1908 yılı kasım ayındaki kuruluşundan itibaren dört defa Aydın Dava Vekilleri Cemiyet-i Umumiyesi'nin² başkanlığına seçilmiş ve İzmir'in düşman işgalinden kurtuluşunun ardından da beşinci defa bu göreve gelmiştir.³ Doğduğu

¹ Ömer Faruk Huyugüzel, *İzmir'in Fikir ve Sanat Adamları (1850-1950)*, Ankara TC Kültür Bakanlığı Yayınları, 2000, s. 95'te belirtildiğine göre *Anadolu Gazetesi'nin* "Bekir Behlül" başlıklı ve 20 Teşrinisani/Kasım 1936 tarihli ölüm haberinde doğum tarihi 1850 olarak verilmiştir. "Kaybettiklerimiz", *İzmir Barosu Dergisi*, no. 2-4 (20 Kasım 1936), s. 253'te ise Bekir Behlül Bey'in doğum tarihi 1856 olarak belirtilmiştir. Huyugüzel, söz konusu kaynaklardan her ikisine birden yer vermiştir. Ancak bize göre, İzmir Barosu tarafından belirtilen yılın doğru olma ihtimali daha kuvvetlidir. Zira baronun, ilk başkanlarına dair daha doğru bilgiye sahip olduğunu düşünmekteyiz.

² "Türkiye'de Tanzimat dönemine gelinceye kadar avukatlık bir meslek olarak gelişmemişti. Şer'i mahkemelerde "dava vekili" adı ile tarafları temsil eden kişiler herhangi bir kurala bağlı olarak çalışmadıkları için baro veya benzeri bir kuruluşa gereksinim duyulmamaktaydı. 1839'da yayınlanan Tanzimat Fermanı ile özellikle hukuk alanında başlatılan ve 1856 Islahat Fermanı ile hızlandırılan reform girişimleri, dava vekilleri kurumunun da birtakım belli kurallara bağlanarak denetlenmesi zorunluluğunu doğurdu. Böylece Osmanlı Devleti'nde, hukuk mesleğini seçmiş olanların çatı örgütü durumundaki baroların oluşum süreci başladı. İstanbul'da kapitülasyonlarla sağlanan ayrıcalıklardan yararlanan yabancı uyruklu dava vekilleri, 1872'de Soci  t   de Bareau de Constantinople (İstanbul Baro Derneği) adlı bir kuruluşun çatısı altında birleştiler. Bu baroya kayıtlı 33 dava vekilinden yalnızca beşi Osmanlı uyruğu gayrimüslimler, kalanı tümüyle yabancılar. Bu gelişmeler üzerine Osmanlı Devleti, 1874 yılında yayınladığı bir kararname ile dava vekilliği mesleğine girişte sınav mecburiyetini koydu. Bu sınavda başarılı olamayanlara ruhsat verilmemesi koşulunu getirdi." <http://www.bursabarosu.org.tr>, (29.04.2010).

³ Huyugüzel, s. 96. ; "Kaybettiklerimiz", *İzmir Barosu Dergisi*, s. 254. İzmir Barosu'nca belirtildiği üzere, Bekir Behlül Bey baro başkanlığını son defa olarak 1922-1923 yıllarında üstlenmiştir. Bu noktada bir hususa açıklık getirmek gerekiyor. Aydın Vilayeti Dava Vekilleri Cemiyet-i Umumiyesi daha sonra İzmir Barosu adını alacak meslek örgütüdür. O tarihte İzmir, Aydın vilayetinin merkez sancağı konumundadır. Engin Berber (çev.), *İzmir 1876 ve 1908 (Yunanca Rehberlere Göre Meşrutiyette İzmir)*, İzmir: İzmir Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayını, 2008, s. 82'de belirtildiğine göre İzmir, Aydın Vilayeti'nin yönetim merkezi ve Osmanlı İmparatorluğu'nun ikinci büyük şehridir.

yer hakkında herhangi bir bilgiye ulaşamadığımız Bekir Behlül Bey'in ailesine ilişkin, yalnızca İzmir Askeri Kırathanesi'nin sahibi olan kardeşi İsmail Efendi bilinmektedir.⁴

İlk defa olarak kurulan adliye teşkilatında, 1879'da mahkeme kâtipliğine tayin edilmiştir. Çeşitli adli hizmetlerde görev almasının ardından 1892 yılında İstanbul Hukuk Mektebi'nde sınava girerek birinci sınıf dava vekilliği ruhsatnamesini almıştır. Böylelikle İzmir'de faal bir biçimde tam 57 yıl boyunca icra edeceği dava vekilliği mesleğine başlamıştır.⁵ İzmir Barosu'nca Türk avukatlığının en eski uzuvlarından biri olarak tanımlanan Bekir Behlül Bey, 1905 yılında İzmir'de dava vekilliği mesleğini icra eden seksen dokuz meşhur kişinin içerisinde yer almıştır.⁶ Dönemin gazetelerinde çıkan haberlerden öğrenildiğine göre, 1893'te *Hizmet Gazetesi'nin* sahibi Ahmet Celadet Bey ile birlikte açtıkları büroda dava vekilliği yapmıştır. Bir yıl sonra, 1894'te ise bu sefer Tevfik Nevzat Bey ile ortak bir büro açarak mesleğine devam etmiştir.⁷

Başta da belirttiğimiz üzere, Bekir Behlül Bey İzmir basın hayatında önemli bir yere sahiptir. İstibdat döneminin çetin koşullarında 19

⁴ Hüseyin Rifat, "Ölülerle Mülakatlarım", *Anadolu*, 23 Mart 1934'ten Ömer Faruk Huyugüzel, *İzmir Fikir ve Sanat Adamları (1850-1950)*, Ankara: T.C. Kültür Bakanlığı Yayınları, s. 95.

⁵ Huyugüzel, s. 95. ; "Kaybettiklerimiz", *İzmir Barosu Dergisi*, ss. 253. Bu aşamada avukat ve dava vekili arasındaki farka değinmek gerekiyor. Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Genişletilmiş 15. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004, s. 255-256'da dava vekilliği şu cümlelerle açıklanmıştır: "Dava vekilleri, 3499 sayılı eski Avukatlık Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden (1. 12. 1939 tarihinden) önce, dava vekâleti ruhsatnamesi almış olan kişilerdir. Nisan 1340 tarih ve 460 sayılı Muhamat Kanunu'nun 12. maddesine göre, beş sene süre ile adalet hizmetinde bulunanlara baro bulunmayan yerler için dava vekâleti yapabilme yetkisi tanınmış idi; bu kişilere dava vekâleti ruhsatnamesi verilmiştir. Dava vekâleti ruhsatnamesi, yukarıda da belirtildiği gibi, 1. 12. 1939 tarihine kadar verilmiştir. Bu tarihten sonra dava vekilliği ruhsatnamesi verilemez (3499 sayılı eski Avukatlık Kanunu muvakkat madde III). 3499 sayılı eski Avukatlık Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte (1. 12. 1939 tarihinde) dava vekâleti ruhsatına sahip olan dava vekilleri, beş avukat bulunmayan yerlerde vekâlet icra edebilirler."

⁶ "Kaybettiklerimiz", *İzmir Barosu Dergisi*, s. 253; Cevat Sami ve Hüseyin Hüsnü, *İzmir 1905*, Çev. Erkan Serçe, İzmir: İzmir Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayını, 2000, ss. 181-182.

⁷ *Hizmet*, 26 Nisan 1893'ten Huyugüzel, s. 96; *Hizmet*, 24 Kasım 1894'ten Huyugüzel, s. 96.

Şubat 1310 (1894-1895) tarihinde hukuktan ve adli işlerden söz etmek amacıyla *Mizanü'l-Hukuk (Hukukun Terazisi)* adında haftalık bir gazete yayınlamak için valilikten izin istemiştir. O zamanlar, böyle bir şeyi düşünmenin ve bu düşünceyi ortaya atmanın önemi ise bellidir.⁸ *Mizanü'l-Hukuk*, Bekir Behlül Bey öncülüğünde Aydın Vilayeti Dava vekilleri Cemiyeti'nin gazetesi olarak yayın hayatına girmiştir. Kurulmuş olan diğer derneklerin bir kısmı da birer dergi yahut gazete çıkararak İzmir'in fikir ve kültür dünyasını zenginleştirmiştir.⁹ Bekir Behlül Bey, yalnızca adı geçen gazetenin hazırlanması için emek sarf etmemiştir. Aynı zamanda mecmuanın basılacağı *Mizanü'l-Hukuk Matbaası'nı* kurup aktif bir biçimde çalıştırmıştır.¹⁰

Bu noktada dönemin basın hayatı hakkında kısa bir bilgi vermek yerinde olacaktır. II. Meşrutiyet'in ilanından beş yıl önce 1903'te İzmir'de Ali Nazmi Bey'in *Ahenk Gazetesi'*nden başka günlük gazete kalmamıştır. Ahenk ve Vilayet Matbaalarının dışında Türklere ait basımevi de yoktur. Buna karşılık Rumca, Fransızca, Ermenice ve İbranice baskı yapabilen pek çok matbaa bulunmaktadır. Söz konusu tablo, 1908'de II. Meşrutiyet'in ilanını takiben sansürün kalkmasıyla basın-yayın hayatı canlanmış ve bu duruma paralel olarak matbaacılık da hareketlenmiştir. İzmir'de var olan matbaalar bir yandan kendilerini geliştirirken diğer taraftan irili ufaklı pek çok yeni matbaa aralarına katılmıştır.¹¹ Bu dönemde faaliyete geçen matbaalardan biri de *Mizanü'l-Hukuk'*tur. *Mizanü'l-Hukuk Matbaası'nı* yeni kurulan diğer matbaalardan ayıran özelliklerinden biri de *İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin "naşir-i efkârı"* yani fikirlerinin yayıcısı olarak tabir edilen *İttihat Gazetesi'*ni ilk dönemlerinde basmış olmasıdır. Bu özelliğinin yanı sıra, 1909-1913 yılları arasında en fazla kitap basan matbaalardan

⁸ Raif Nezihi, *İzmir'in Tarihi*, Haz: Erol Üye Pazarcı, 16. Fasikül, İzmir Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2001, s. 6. *Mizanü'l-Hukuk Gazetesi'nin* 23 zi'l-ka'de / Kasım 1326 (1908-1909) ve 2 Kânunuevvel 1324 (1908-1909) tarihinde basılan 9. Sayısının kapağında okuduğumuza göre, söz konusu gazete yalnız çarşamba günleri basılan haftalık bir Osmanlı gazetesidir. Kapakta hem hicri hem de rumi takvime göre tarih belirtilmiştir. İmtiyaz sahibi ve başyazarı Bekir Behlül Bey'dir.

⁹ Ömer Faruk Huyugüzel, "İzmir'de Kültür Kurumları", 21. *Yüzyıl Eşiğinde İzmir Uluslararası Sempozyumu*, İzmir Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayını, 2001, s. 69.

¹⁰ Huyugüzel, 2000, s. 96.

¹¹ Erkan Serçe, *İzmir'de Kitapçılık 1839-1928*, Genişletilmiş 2. Basım, İzmir Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayını, 2002, s. 57.

olan Mizanü'l-Hukuk, dönemine göre son derece moderndir.¹²

II. Meşrutiyet döneminde İzmir'in hukuk ve basın hayatında öne çıkan isimlerden birisi olan Bekir Behlül Bey, *Mizanü'l-Hukuk*'da hukuka ilişkin makale ve yazı dizisi kaleme almıştır. Bunlar arasında en dikkat çekici olanlar, "*Mufassal Kamus-ı Hukuk*" (*Uzun Açıklamalı Hukuk Sözlüğü*), aşağıda transkripsiyonunu verdiğimiz "*Mülahhas Tarih-i İlm-i Hukuk*" (*Hukuk Tarihi Özeti*), "*Kitab'ün-nikâh*" (*Evlilik Kitabı*) ve "*Kitab'ül-hidane*" (*Boşanma Sonucunda Çocukların Durumuna Dair Kitap*) adlı yazı dizileridir.¹³ Yazı dizilerinin bir kısmı kitap olarak basılan Bekir Behlül Bey'in, Ticaret Kanunnamesi'nin altıncı faslını izah eden 1309 (1893-1894) yılına ait *Polîçe* adlı bir kitabı bulunmaktadır.¹⁴

Mizanü'l-Hukuk Gazetesi'nin yayın işleri haricinde 24 Mart 1325 (1909-1910) tarihinden başlayarak bir süreliğine *İttihat Gazetesi*'nin de sorumlu müdürlüğünü üstlenmiştir. Bekir Behlül Bey, 1911 yılından sonra ve özellikle I. Dünya Savaşı sırasında çeşitli konferanslar vermiştir. Bu konferanslara, Karşıyaka Kulübü'nün katkılarıyla düzenlenen "*Karşıyaka'nın hal (şimdiki) ve atisine (geleceğine) ve şirketler tesisiyle lüzum ve fevaidine (menfaatlerine) müteallik (bağlı)*" yaptığı konuşma örnek olarak verilebilir.¹⁵ İzmir basın hayatına katkıları yalnızca *Mizanü'l-Hukuk* ve *İttihat* ile sınırlı kalmamış, 1910 yılında *Medeniyet*

¹² Serçe, s. 57-58, 167. Erken Serçe tarafından belirtildiği üzere, 1908-1917 yılları arasında Mizanü'l-Hukuk haricinde İzmir'de varolan matbaalar şu adları taşımaktadır: Ahenk, İttihat, Keşişyan, Köylü, Selanik, Şems, Şems-i Tab İdarehanesi, Şemu, Türk, Vilayet, Tatikyan, Pol Vidori, Maviyan, İzmir, Frankolar ve Mamuryan. Mizanü'l-Hukuk Matbaası kitap bastırmak isteyenler için Avrupa'dan son sistem tipograf makinesi ve pek çok alet getirtmiştir. 1909-1922 yılları arasında faaliyette bulunan ve İzmir'de Türkçe kitap basımı yapan on yedi matbaadan biri de *Mizanü'l-Hukuk*'tur. *İttihat Gazetesi* ilk dönemlerini geçirdikten sonra 27 Mart 1910'dan itibaren *İttihat Matbaası*'nda basılmaya başlanmıştır.

¹³ Huyugüzel, 2000, s. 96. ; Serçe, s. 112; "Kaybettiklerimiz", *İzmir Barosu Dergisi*, s. 254. Bekir Behlül Bey tarafından kaleme alınan "*Kitab'ül-hidane*" adlı yazı dizisi 1325 (1909-1910) yılında aynı adla kitap olarak da basılmıştır.

¹⁴ Yaşar Karayalçın ve Ahmet Mumcu, *Türk Hukuk Bibliyografyası Türk Harflerinin Kabulüne Kadar Yayınlanmış Kitap ve Makaleler 1727-1928*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 1972, s. 299; Serçe, s. 96; "Kaybettiklerimiz", *İzmir Barosu Dergisi*, s. 254; Huyugüzel, 2000, s. 96'da belirtildiği üzere, söz konusu kitap Bekir Behlül bey'e ait bilinen ilk yazı dizisinin tıpkı basımıdır. Bahsi geçen yazı dizisi, 1893 yılı ağustos ayında *Hizmet Gazetesi*'nde çıkmıştır.

¹⁵ Huyugüzel, 2000, s. 97.

*Gazetesi'*ni de yayınlamıştır.¹⁶

İdari görevler de üstlenen Bekir Behlül Bey, Meclis-i Umumi-i Vilayet üyeliği, I. Dünya Savaşı sırasında Müdafaa-i Milliye Karşıyaka Heyeti başkanlığı ve 1909 yılından itibaren uzun süre Karşıyaka Belediye başkanlığı yapmıştır.¹⁷

İzmir'in önemli fikir insanlarından olan Bekir Behlül Bey sanata da olabildiği ölçüde destek vermiştir. Örneğin, heveskârlar adıyla anılan amatör tiyatro sanatçıları 1916 yılında, Bekir Behlül Bey sayesinde Sporting Kulüp'te ve Birinci Kordon'daki Ferah Sineması'nda birer oyun sergilemişlerdir. Aynı yılın aralık ayında Palas Sineması'nda "Aşk Ferdası" piyesini sahneye koyduktan sonra 1917 Şubatında, Karşıyaka Kulüp Sineması'nda "Kafkas'ta Hilal" piyesini oynamışlardır.¹⁸

Bekir Behlül Bey, daha önce de belirttiğimiz üzere, Milli Mücadele döneminde önemli hizmetler ifa etmiş bir kişidir. İzmir'in işgal edilmesini takip eden süreçte Anadolu'da Mustafa Kemal Atatürk tarafından başlatılan kurtuluş mücadelesine mümkün olabilecek yardımın yapılması amacıyla birtakım girişimler başlatılmıştır. İzmir'deki girişimlerde öne çıkan isimlerden Bekir Behlül Bey'in Şadırvan altında bulunan Esir Hanı'ndaki bürosu, çok gizli ve dikkatli olarak yürütülmüş çalışmaların ve toplantıların yapıldığı yerlerden biri olmuştur.¹⁹ Hatta İzmir'e gelen Yunan askerleri hakkında toplanan bilgiler, Söke ve An-

¹⁶ Sadiye Tutsak, *İzmir'de Eğitim ve Eğitimciler (1850-1950)*, Ankara TC Kültür Bakanlığı Yayınları, 2002, s. 65; Huyugüzel, 2000, s. 97'de belirtildiği üzere, Bekir Behlül Bey *Medeniyet Gazetesi'*ni İzmir'in Yunanlılarca işgalinden sonra Ahmet Kami Bey ile birlikte çıkarmaya başlamıştır. İşgalden birkaç ay sonra ağustos veya Eylül 1919'da çıkan bu gazete, 1921 Mayısına belki de temmuzuna kadar çıkmıştır. İzmir'in milliyetçi gazeteleri arasında yer alan *Medeniyet*, müttefik sansür kurulundaki İtalyan temsilci Brunetti'nin Türk basınına gösterdiği nispi müsamahadan cesaret alarak, kapanmayı göze alarak Türkler lehine haber ve yazılar yayımlamış ve Yunan temsilci Mihail Rodas'ın girişimleriyle sık sık kapatılmıştır.

¹⁷ Hüseyin Rifat, *İzmir 1914 Aydın Vilayeti 1330 sene-i maliyesi ticaret rehberi*, Haz: Erkan Serçe, İzmir, Akademi Kitabevi, 1997, s. 76; Huyugüzel, 2000, s. 97; "Kaybettiklerimiz", *İzmir Barosu Dergisi*, s. 254.

¹⁸ Ömer Faruk Huyugüzel, *İzmir'de Edebiyat ve Fikir Hareketleri Üzerine Araştırmalar*, İzmir Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayını, 2004, s. 91-92.

¹⁹ M. Kamil Dursun, *İzmir Hatıraları*, Haz. Ünal Şenel, İzmir: Akademi Kitabevi, 1994, s. 106.

talya istihbaratına en çok Bekir Behlül Bey tarafından bildirilmiştir.²⁰ Bu denli önemli istihbarat faaliyetlerinde büyük rol oynaması sebebiyle 1921 yılı temmuz ayında, işgal kumandanlığı tarafından Milli Mücadele'ye destek veren diğer bazı aydınlarla birlikte Atina Lusye'de bulunan sivil esirler kampına gönderilmiştir.²¹

Kurtuluş mücadelesinin kazanılmasının ardından yurduna dönebilen Bekir Behlül Bey, vali Abdülhalik Renda Bey'in emriyle İzmir'de yeniden faaliyete geçirilen İzmir Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti'nde görev yapmıştır. Bu gelişmenin ardından belediye meclis üyeliğine de seçilmiş ve belediye başkanı Şükrü Kaya Bey'in merkezden verilen görev nedeniyle ayrılması üzerine, bir süre onun yerine vekâlet etmiştir. Sözü edilen görevlerinin yanı sıra 1926 yılında *Havadis Gazetesi'*nde sorumlu müdür olmuş, hukuki ve siyasi içerikli yazılara kaleme almıştır.²²

Hastalığı onu yatağa mahkûm edene kadar dava vekilliği yapmış ve 19 Kasım 1936'da hayata gözlerini yummuştur.

Mukaddime (Başlangıç)

Her şeyde hal-i hâzıra maziden intikal edilir. Ahval-i maziye (geçmiş durumlar) beyanınca ahval-i hâzıra (zamanın şartları) muamma gibi halli (çözümü) müşkil müşevveş (belirsiz) kalır. Evet! Her şey bi-dayetinde nasıl imiş? Ne suretle tevessü etmiş (yayılmış), ne vechle (sebeple) intişar etmiş (yayılmış) bunları ancak tarih gösterdiği gibi müessesat-ı adliyenin dahi nasıl başladığını, ne vechle tevessü eylediğini tarih tayin eder (belli eder). Şu halde ilm-i hukukun tarihi; tarihi-

²⁰ Huyugüzel, 2000, s. 97. "İzmir'de faaliyet gösteren Türk istihbarat gruplarına mensup bazı fedakâr arkadaşlar, sabahdan akşama kadar nöbet nöbet rıhtım üzerinde dolaşarak gerek Pasaport tarafından gerek Alsancak cihetlerinden şehre gelen düşman askerlerinin miktarından, harp malzemesi miktarından ve sevk mahallerinden mümkün olduğu kadar malumat istihsal ederlerdi. Bunlar en çok merhum Bekir Behlül Bey vasıtasıyla Söke ve Antalya istihbaratına bildirilirdi." (Dursun, s. 115.)

²¹ Huyugüzel, 2000, s. 97; "Kaybettiklerimiz", *İzmir Barosu Dergisi*, s. 254.

²² Dursun, s. 131; Huyugüzel, 2000, ss. 97-98'de belirtildiğine göre, 14 Ocak 1923'te Zübeyde Hanımın vefatı sırasında, Bekir Behlül bey belediye başkanlığına vekâlet etmiştir. Annesinin vefatı dolayısıyla İzmir'e gelen Gazi Mustafa Kemal'i karşılayanlar arasında o da bulunmuştur.

umumi-i insaniyetin (genel insanlık tarihinin) en mühim bir şubesidir.

Hâl-i hâzırdaki (şimdiki durumdaki) ilm-i hukuk, müessesat-ı adliyyeyi anlamak, iyice bilmek için bunların ezmine-i sabıkadaki (geçmiş çağlardaki) hallerini, şekillerini, yani hukukun menbalarını, menşelerini adatın, ulemâ-yi hukukun (hukuk bilginlerinin), hükkâmın zehablarını (hâkimlerin düşüncelerini), bunların ihtiva eylediği kavaidin suret-i tevessü ve intişarını iyice anlamak, iyice bilmek lazımdır. Bu sebeple tarih-i hukuk; kavaid-i ameliyyeyi (pratik kuralları) mucib (gerektiren) bir ilimdir. Tahririne (yazımına) başladığımız tarih-i hukuk zaman ve mekân itibarıyla birçok aksama (bölüme) taksim edilmiştir (ayrılmıştır).

Kısm-1 Evvel (İlk Kısım) Mecusilerin Hukuku

Hintlilerin yani Mecusilerin kanunları, hukuk mevzuaları “Manuva-Deherma-Sastra” denilen kanun kitabında mesturdur (gizlidir). Bu mecmua-i kavanin milad-ı İsa’dan 880 sene evvel telif edildi (yazıldı). Sırası geldikçe beyan edileceği vechle esatir-i Yunaniyye (Yunan mitolojileri) gibi Mecusilerin de birçok aliheleri (tanrıları) vardır. Bunların en büyüğüne “Brahma” tesmiye olunur (adlandırılır). Mecusiler; (Manuva’yı) bu alihe-i azimenin (ulu tanrıların) peygamberi olduğuna el-haletü hazihi (hâlâ) itikad ederler (inanırlar). Şu mecmua-i kavanini (kanunlar mecmuası) dahi Brahma tarafından Manuva’ya vahy olunmuş olmak üzere telakki ederler (kabul ederler). Mecmua-i mezkure (adı geçen) muhtelif (çeşitli) ve müteaddid (birçok) ahkâm (hükümler) ve kavaiden, uluhiyyete (Tanrılık vasfına) müteallik (bağlı) bazı itikadat-ı batıladan (batıl inanışlardan), talim (öğretim) ve terbiyeden (eğitimden), saadet-i dünyeviye ve uhreviyeden! bahseder.

Kavanin-i mahsusa-ı mezkur pek vasi iken ahiren küçük aliheler tarafından telaffuz edilmiştir. İtikadat-ı batılları cümlesinin olarak (Brahma)nın en aziz olan ağzından halk edildiğine (yaratıldığına) Mecusilerin kani oldukları (inandıkları) Brahmanların hükümleri lategay-yerdir (değişmez niteliktedir).

Hindistan’da elyevm cari (kast usulü) vardır ki: Bu usul mucibince hürriyet-i şahsiyye son derecede mahdud kalmış (sınırlı kalmış), hukukun tevessüne (genişlemesine) mani müstakill (başı başı-

na) teşkil eylemiştir. Hind'de bulunan Mecusiler indinde 36 kast vardır. Hindistan'ın umum ahalisinin sülüsünden ziyadesi ihtida etmiş (doğru yola girmiş, İslam dinini kabul etmiş) olduklarından din-i mübeyyin (bildiren din) İslam'ın envar-ı füyuzat-ı na-mütenahisi (sonsuz ilim aydınlığı) sayesinde şu kast usulü beyn-el-İslam (Müslümanlar arasında) terk edilmiş ise de Mecusiler el-haletü hazihi bu usulü terke muvaffak olamamışlardır (başaramamışlardır). Mamafih İngiltere hükümeti kast usulünü resmen tanımaz.

Kısm-1 Sani (İkinci Kısım) İranilerin Hukuku

Milad-ı hazret-i İsa'dan 600 sene evvel İran'da hükema-ı meşhura-dan Zerdüşt isminde birisi var idi. Bu zat; İran'da birçok kanunlar vazetti. Kanun mecmuası olmak üzere Zendevesta namında bir de kitap telif eyledi (yazdı).

(Mizanü'l -Hukuk Mecmuası'nın 5. Sayısından)

Zerdüşt vazeylediği kanunlarını, kendisine nazil olmuş (yukarıdan aşağıya inmiş) vahy alihe addeder ve kendisi da'va-yi nübüvvet (peygamberlik iddiası) eder idi. Zerdüşt kavanini; itikadata, ukubata (cezalara), ahlak ve adaba mütedairdir (dairdir). Fakat tayin eylediği cezaların pek şedid (şiddetli) olmamasına, oldukça garaibden muarrâ (tuhaf şeylerden yoksun) bulunması İranilerin evvel tarihde oldukça bir kavm-i mütemeddin (medeni toplum) bulduklarını teslim kâfidir. Zerdüşt kavanini asırlarca mer'iy-ül-icra (yürürlükte bulunma) tutulduktan sonra tedricen (yavaş yavaş) metruk-ül amel (terk edilmiş iş) kalmıştır. Mecusilerde şiddetle mer'iy-ül-icra olan kast usulü İranilerde de mevcut idi.

Kısm-1 Salis (Üçüncü Kısım) Çinlilerin Hukuku

Çinlilerin milad-ı İsa'dan beş yüz elli sene evvel muntazam bir kanunları yok idi. Adat-ı müttehizeleri (kabul edilen adetleri) kendi indlerinde (kendilerine göre) kanun hükmünde idi. Fakat milad-ı İsa'dan

beş yüz elli sene evvel (Pekin) şehrinde tevellüd eden (doğan) Konfüçyüs namında birisi fevk-al-âde (olağanüstü) bir zekâyâ malik olarak peyderpey (birbirinin ardı sıra) Çin havalisinde kesb-i şöhret eyledi (ün kazandı). Bu zat otuz beş yaşından sonra kendi namına izafetle (bağlantılı) birtakım kavanin vazetmeye başladı.

Konfüçyüs, hükümeti bir peder, tebayı evlad add ederdi (sayardı). Vazeylediği kavaninin mecmuunda (tümünde) şu esası kabul ederek aile rabitasını (bağını) hukuk-u esasiye olmak üzere vazetmiştir. Konfüçyüs'ün vazeylediği kavaninin mecmu oldukça makbul olmakla (kabul edilmekle) beraber vazeylediği cezalar pek şiddetli idi. Maa-hazâ (bununla beraber) Konfüçyüs'ün vazeylediği kavanin el-haletü hazihi Çinliler indinde pek makbul ve pek muteberdir (saygındır).

Konfüçyüs, Zerdüş'te muasır idi. Fakat İran'ın Zerdüş'tü, Mecusilerin Manuva'sı, kavanin mevzualarını kendilerine vahy-i alihe olmak üzere tanıtdırmış oldukları halde (Konfüçyüs) vazeylediği kavanini bu gibi isnadattan (dayanaktan) tecrid ederek (soyutlayarak) doğrudan doğruya kendisi vazeylediğini beyan etmiştir.

Kısm-ı Rabi (Dördüncü Kısım) İbranilerin Hukuku

Akvam-ı şer'iyye (şeriata uygun milletler) miyanında (arasında) hukuk fikri en evvel İbranilerde tevessü etmişdir (yayılmıştır). İbraniler, kendi aralarındaki örf ve adetlere göre idare olunurlar idi ki; bunlar Musa aleyh-is-selam hazretlerinin Cenab-ı ilâhîden tebliğine memur olduğu şeriat-ı Museviye, gerek asr-ı Musa'da gerek a'sâr-ı salife-de (geçmiş asırlarda) akvam-ı sairenin itba eyledikleri (tabi kıldıkları) örf ve adat ile vazeyledikleri kavaninin cümlesine vücuhla müreccah (üstün) bulunduğunu izaha hacet yoktur.

Ez-cümle (bu arada) Mecusiler indinde ale-t-tabî (doğal) olup tedricen her tarafa sirayet etmiş (yayılmış) olan kast usulü şeriat-ı Museviye ile bertaraf edilmiştir. Şeriat-ı Museviye, hürriyet ve müsavat-ı şahsiyeyi emr eder. Şeriat-ı Museviye dört kısma taksim olunur:

1- Usul-i din ve ibadat (ibadetler) gibi şeylerden bahseden hukuk-u mukaddese

- 2- Hukuk-u umûmiyye
- 3- Hukuk-u şahsiyye
- 4- Hukuk-u cezâiyyedir.

Kısm-1 Hamis (Beşinci Kısım) **Mısırlıların Hukuku**

İlim ve fûnun (fenler), Mısırlılarda pek ziyade terakki etmiş (ilerlemiş) olduğu halde fikr-i hukuk, Mısırlilerde ikinci derecede tevessü etmiştir. Adalete, müsavata (eşitliğe) tamamıyla muhâlif ve mugayir (aykırı) olan kast usulü Mısır'da dahi var idi. Fakat Mecusiler ile İranlılar ve Çinlilerdeki kadar riayet edilmezdi (hürmet edilmezdi).

Mısır'da kavaid-i hukuka riayete icbar edecek (zorlayacak) kuvvet rüesa-ı dîniyye (dini reisler) elinde idi. Rüesa-ı dîniyye kendilerini hukuk-u memleketin muhafızı addederler idi. Kavanin-i mahsusaya (hususî kanunlara) muhalif (aykırı) gördükleri şeyleri imhaya (yok etmeye) çalışırlar icabı (gereği) halinde hükümete de mukavemet ederler idi (karşı dururlardı).

Rüesa-ı dîniyye, merasim-i izdivacıyeyi (evlilik merasimini) icra ile beraber hakk-ı tasarrufun, hukuk-u şahsiyyenin halelden (eksiklikten) vikayesine (korumasına), nikâha müteallik (ilgili) usul ve kavaidin hüsn-i muhafazasına (iyi bir şekilde korunmasını) dikkat ederler idi. Rüesa-ı dîniyye kuvvetleri pek ziyade idi. Hatta garaibden olarak vefat eden hükümdarları kabl-el-defin (defin öncesi) muhakeme etmek (yargılamak) hususunu bile usul ittihaz etmişler idi (kabul etmişlerdi).

Bir hükümdar vefat ettiğinde, zaman-ı saltanatındaki idaresi, mevkiî münakaşa (tartışma) ve muhakemeye (yargılamaya) konulur idi. Netice-i münakaşa ve muhakemede hüsn-i idaresi (iyi idaresi) tahakkuk eder ise naşını izaz (aziz kılma, saygı gösterme) ve tebci (ululama) ile medfen-i mahsusuna (özel mezara) nakl ederler (aktarırlar), zalim ve gadr (merhametsizlikle) ile muamele ettiği anlaşılır ise tuyûr ve hâşiyeye (kurda kuşa) mekel olmak (yem olmak) üzere kenar bir yere atarlar idi.

(Mizanü'l-Hukuk Mecmuası'nın 7. Sayısından)

Fenikelilerin Hukuku

Cebel-i Lübnan ile Bahr-i Sefid (Akdeniz) sahili arasında vaki (olan) ve başlıcaları (Sur) ve (Sida) tesmiye olunan kurâ (köyler) ve kasabâtın (kasabaların) ahalisinden ibaret olan Fenikeliler ticaret-i bahriyede, ale-l-husus (en çok) gemicilikte şöhret kazanmış bir taife-dirler (kavimdirler). Bu taife fevk-al-âde gayur (çalışkan), ticareti, seyahati severler idi. Tâli (talih) ve kısmetlerini ilm-i ticarete ve sınaatte (zanaat, sanat) ararlar idi. Bu uğurda Bahr-i Sefid sevhilinin (kıyıları-nın) merakiz-i ticariyesine (ticari merkezlerine) ihtiyar-ı hicret (göç etmeyi tercih etme) ile mevaki-i muhtelefede (çeşitli yerlerde) iskân etmişlerdir. Fenikelilerin arasında hürriyet ve müsavat fikri bu münasebetle pek çabuk tevessü etmişdi.

Fenikelilerin ticaret-i bahriye muâmelâtı (işleri) pek vasi (bol) olduğundan adet ve muâmelât-ı ticariyelerini de pey-der-pey tevsi etmişlerdir (genişletmişlerdir). Fenikelilerin ticaret-i hariciyeleri tevessü etdikçe (genişledikçe) hukuk-u ticariyelerini de pey-der-pey tedvin etmişlerdir. (Rodosluların Kavanini) unvanını almış ve bu kavanin bi-l-umûm (bütün) memalik-i mütecavirede (komşu devletlerde) bir şöhret-i azime (büyük şöhret) kazanmıştır. Fenikelilerin hukuk-u ticariyeleri Romalılar tarafından mazhar kabul olduğu gibi memalik-i mütemeddinede (medenî devletlerde) el-yevm (bugün) mer'iy-ül-icra (yürürlükte) olan hukuk-u ticâriyyeye de bir menba ve mehaz (kaynak) olmuştur.

Rodos Kavanini'nin bu derece mazhar-ı kabul-ü amme (kamuca kabul görmesi) olması Fenikelilerin pek vasi olan ticaret-i hariciyelerinin icab ettirdiği münasebata müteallik (bağlı) bulunan örf ve adetlerinin hükümete, adalete makrun (yakınlaştırılmış) ve esas-ı kuvviye (temel potansiyele) müstenid bulunmasıdır (dayanmasıdır).

Kısm-ı Sadis (Altıncı Kısım) Yunanilerin Hukuku

Yunanilerde fikr-i hukuk pek çabuk tevessü ve intişar etmiştir (yayılmıştır). Fakat Yunanilerin ilm-i hukukda en ziyade sai (çalışma) ve gayretleri hukuk-u siyâsiyye cihetine (yönüne) matuf olduğundan

(eğilmiş) aksam-ı saire-i hukuk, hukuk-u siyâsiyye kadar tevessü edememiş idi.

Yunanilerde zuhûr eden vazı-ı kanunlar, memalik-i şarkıyye-de (doğu ülkelerinde) zuhûr eden vazı-ı kanunların ekserisi (çoğu) gibi nübüvvet (peygamberlik) iddiasında bulunmadılar. Pekin'de zuhûr eden Konfüçyüs'ün eserine iktiza ederek vazettikleri kanunları kendi namlarına (adlarına) izafet eylediler (ilişkilendirdiler). Yunanistan'daki kavaid-i hukukıyyenin devam-ı mer'ıyyeti (yürürlükteki hali), memalik-i şarkıyyede olduğu gibi rüesâ-ı ruhaniye (dini reislerin) ellerinde değildi.

Yunanistan'da pek çok vazı-ı kanunlar zuhûr etmiştir. Bunların en eskilerinden bazıları şunlardır:

- 1- Girit krallarından Minos isminde bir zatdır.
- 2- Hükema-ı Yunaniyeden (Yunan hâkimlerden) Zalikos isminde bir zatdır.
- 3- Hükema-ı Yunaniyeden Karondas nam zatdır.
- 4- Isparta kralı Otom nam zatın oğlu Likorn isminde bir zatdır.
- 5- Cumhuriyet-i kadime-i Yunaniye reisi Drakon nam zatdır.
- 6- Ulema-ı Yunaniyeden (Yunan âlimlerinden) birisi olan meşhur Solon nam zatdır.

1

Minos Kanunu

Yunanlıların en eski kavanini (Minos) kanunlarıdır. Minos, kabl-el milad (milattan önce) bin üç yüz tarihlerinde Asya'dan Girit'e geçerek orada hükümdar olmuştur.

Minos kavanini mucibince kâffe-i emval ve emlak (bütün mal ve mülkler) ahali beyninde (arasında) müşterek add edilir, çocuklar umum (halk) tarafından memleket namına terbiye ve iâşe (beslenirdi) olunur idi. Minos kavanini mucibince kâffe-i efrad-ı ahali (halkın tüm bireyleri) asker olmak, esliha (silahlar) ve mühimmat-ı harbiye tedarik etmek, akvam-ı mütecavire ile muharebe ve mukatele (savaş) ederek onların mallarını, memleketlerini zabt ve teshir (ele geçirme) ile akvam-ı mütecavireyi esir eylemek ile mükellef idi. Muhtac olanlara

muavenet (yardım) hususu umum arasında müşterek bir vazife add edilirdi. Çocuklar, her kimin evladı olur ise olsun tefrik (seçme) ve tayin (ayırma) edilmeyerek suret-i umumiyyede (herkesçe) terbiye olunur. Sinn-i mükellefiyete (sorumluluk yaşı) duhullerinde (girişlerinde) asker edilir idi. Efrad-ı ahali kazandıkları, igtinam eyledikleri (yağma ettikleri) emvali, eşyayı biraraya getirir, oradan sarfiyat-ı icra ederler idi (harcama yaparlardı). El-hâsıl (netice itibariyle), Minos kavanini heyet-i ictimaiyeyi mücerred (soyut) harb için teşkil etmek maksadına mübtenidir (dayalıdır) denilebilir.

Yunanlıların ulüm-ı hikemiyye ve tabiiyyedeki (ahlak, eşya ve tabiatın hakikatına ilişkin bilgiler) malumat-ı vasiaları (geniş bilgileri) gayri kabil-i inkâr (inkârı imkânsız) iken dünyaya gelmekten maksad-ı hakikiyye mugayir efkâr-ı batıluya (batıl düşüncelere) müstenid (dayanan) böyle kavanin vazetmeleri zamanın, mekânın muktezayâtından (lazım getirdiği şeylerden) başka bir şeye atf edilemez (bağlanamaz).

2

Zalikos Kavanini

Zalikos kabl-el milad yedi yüz kırk tarihlerinde bir kanun vazetmiştir. Bu zatın vazeylediği kanun İtalya'nın memalik-i kadimesinden olan (Lukr) şehri ahali arasında mer'iy-ül-icra idi.

Zalikos kavanini mucibince zanilerin (zina edenlerin) gözleri çıkarılır idi. Zalikos kavanini şiddetli cezaları cami ise de (içinde bulunduruyorsa da) ahali (halk) ahkâm-ı kavanine (kanunların hükümlerine) son derece riayet ederlerdi. Hatta bir gün Zalikos'un oğlu zina töhmetiyle mahkûm-u aleyh oldu (aleyhine hüküm giydi). Zalikos kendi oğlu hakkında hükm-ü kanunun icrasını (yerine getirilmesini) talep eyledi.

Ahalinin Zalikos'a pek ziyade hürmetleri olması hasbiyle (gereğince) oğlunun şu cezadan afvını istediler. Zalikos oğlunun yalnız bir gözünü çıkarmağa muvafakat eylemiş ise de (razı olmuşsa da) diğer gözüne bedel kendisinin bir gözünü çıkarmışdır.

3

Karondas Kavanini

Karondas kabl-el milad altı yüz tarihlerinde ber-hayat idi (sağdı). Sicilya'da vaki (Katan) ve (Kum) ve (Rejiyum) kasabaları ahali-sine yirmi sene mütemadiyen (kesintisiz) birçok kanunlar vazetmiş-tir. Hâkim-i muma-ileyh (adı geçen hükümdar), vazeylediği kanunla-rı mucibince meclis-i ahalinin (halk meclisinin) müsellahan (silahlı ola-rak) huzurunu men etmiş idi. Buna muhalif hareket edenlerin cezası da idam idi. Bir gün her nasılsa işbu kanuna muhalif olarak kendisi ha-reket etmiş olduğu için kendi kılıcıyla intihar eylemiştir.

(*Mizanü'l-Hukuk Mecmuası'nın 8. Sayısından*)

4

Likorn Kavanini

Likorn'un büyük biraderi (Polidikt) kabl-el milad sekiz yüz dok-san sekiz tarihinde vefat eylemiş idi. Hin-i vefatında (vefatı sırasında) yirmi beş yaşında idi. Zevcesi hamile olduğu halde dul kaldı. Isparta kanunları mucibince veraset-i hükümet kralın erkek evladına aid idi. Polidikt'in dul kalan zevcesi, kendisini tezvic etmek (eş kılmak) şartıy-la batınındaki çocuğu telef etmeği taahhüd ederek veraset-i hüküme-ti Likorn'a teklif eyledi.

Likorn cinayetkarane olan şu teklifi red eyledi. Tevellüd eden ve Hari Laius tesmiye olunan (adlandırılan) yeğeni prensin vasisi unva-nını almakla iktifa eyledi (yetindi). Prensinn-i bulûğa (ergenlik ya-şına) vusulüne (erişmesine) değin umur-ı hükümeti (hükümet işleri-ni) unvan-ı vesayet altında idare eyledi. Fakat yekdiğerini müteâkib (birbirini ardından gelerek) zuhûr eden igtışaşata (karışıklıklara) kar-şı taht-ı hükümetinde olan memalik (ülkeler) için daha şedid ve daha nafi (faydalı) kavanin vazına ihtiyaç his eylediğinden kavanin-i mü-devvinelerini (tedvin edilmiş kanunlarını) tealüm (herkesin bilmesi) ve tederrüs (ders olarak okutma) ile avdetde (dönüşte) tatbik eylemek üzere Girit'e, Mısır'a azimet eyledi (gitti). Avdetinde (Hari Laius) ile ittifak ederek kabl-el milad sekiz yüz seksen dört tarihinde birçok ka-vanın vazeyledi.

Likorn'un kanunları tedvin olunmamıştır. Ezberden hıfz olunur (saklanır). Ağızdan ağza nakledilerek tahsil edilir idi. Likorn, kanunlarını Yunanistan'da vaki (olan) Isparta ahalisine vazetmiştir. Bu kanunlar Minos'un kavaninine müşabih (benzer) olarak münhasıran (özellikle) makasid-i siyâsiyyeye (siyasi maksatlara) mübtteni idi (dayanırdı).

Likorn kavanini mucibince bir kimse arazi sahibi olamaz idi. Sebebi, efrad-ı ahalden birisi irsen (miras yoluyla) olsun şer'an (şeriata uygun) olsun bir mikdar arazi zabt edip de diğer taraftan birçok efradın araziden mahrum kalması adalete mugayir add olunur idi. Isparta'nın kâffe-i arazisi nüfus-i mevcudeye (mevcut nüfusa) taksim edilerek onlar tarafından ziraat ve hırsat (koruma) edilir, hâsılat makasid-i siyasiyye uğrunda sarf olunur idi. Çocuklar, gençler suret-i umumiyyede canib-i hükümetten (hükümet tarafından) terbiye ve idare olunur, sinn-i mükellefiyete (sorumluluk yaşına) geldiklerinde asker edilir idi.

Bu gibi tedabir-i siyâsiyye (siyasi tedbirler), akvam-ı mütecavire ile muharebe, mukatele etmek, tevsi-i hudud (sınır genişletmek) ve hükümet eylemek fikrini, maksadını teshil (kolaylaştırma) için ittihaz olunmuş idi (kabul olunmuştu).

(Mizanü'l-Hukuk Mecmuası'nın 9. Sayısından)

Isparta'da hürriyet-i şahsiyye yok. Efrad-ı ahalinin kâffesi harekât-ı hâriciyye ve dâhiliyelerinde kavanin-i mevzuaya (sözü edilen kanunlara) tabi edilir. Yani efrad-ı ahalinin kâffe-i harekât ve sekenâtı (bütün tavır ve hareketleri) kanun ile tayin olunmuş idi. Likorn'un vazeylediği kanunların kâffesi (cümlesi) efkâr-ı siyâsiyyeye müstenid olmakla (dayanmakla) beraber iki maksad takip eder idi:

1- Efrad-ı ahalinin iktisab-ı emval ve emlakta (mal ve mülk kazanımında) ve kâffe-i ahvalde (bütün durumlarda) müsavâtı.

2- Cengâver (savaşçı) bir hükümet tesis (kuruluş) ve teşkili (yapımı).

Birinci maksadın hayyiz-i husule gelmesi (meydana gelmesi) için arazi-i mevcude mütesaviyen (birbirine eş değerde) herkese taksim olundu. Herkesin hissesine isabet eden mikdar arazinin ahire-i fera-

ğı (sonradan başkasına terk edilmesi), tenkis (azaltma), tezyidi (arttırma) men edildi. Altın, gümüş meskûkât (paralar) kaldırılarak yerine demirden sikke darb edildi. Mekulatın (yiyecekler), meşrubatın kâffesi umum arasında müşterek add edildi. Çocuklar, suret-i umûmiyyede ve bir siyakta (bir tarzda) terbiye edildi. Gençler daima harp talimleriyle iştigale (uğraşmaya) mecbur tutuldu.

İkinci maksadın hayyiz-i husule gelmesi (meydana gelmesi) için de taife-i inas (kadınlar cemaati), hükümete tabi tutuldu. Harf ve sanayinin kâffesi (söz ve sanatların tümü) üseraya (esirlere) terk edilerek bunların icrası efrad-ı ahaliye memnu tutuldu (yasak edildi).

İşbu kanunların vazı memnuniyet-i umûmiyyeye mucib (sebeup olamayarak gitdikçe pek çok müşkilata (güçlüklerle), ihtilafata (uyuşmazlıklara) badi oldu (sebeup oldu). Hatta bir meydanda efrad-ı ahali den birtakımı Likorn'un üzerine hücum etti. İçlerinden birisi Likorn'un bir gözünü çıkarmıştı. Taarruzlar biraz kesb-i sükûn (yatışınca) ettikten sonra Likorn vatandaşlarına hitaben: "Bir müddet gaybubet edeceğim (göz önünde olmayacağım). Müddet-i gaybubetim esnasında vazetmiş olduğum kanunlara riayet etmenizi teklif ederim." dedi. Cümlesi kabul etmeleriyle sözlerinde sebat edeceklerine (kararlarından vazgeçmeyeceklerine) dair kendilerine yemin ettirdi. Bundan sonra ihtiyar eylediği seyahat-ı tavileden (uzun yolculuktan) bir daha avdet etmedi (dönmedi).

5

Drakon Kanunları

Drakon'un kanunları Likorn'un kanunları gibi ezberden hıfz edilmeyerek (saklanmayarak) her birisi tedvin edilmiştir (kitap haline getirilmiştir). Hatta bunlardan on bir adedi bir kitapta olmak üzere bin beş yüz seksen sekiz tarihinde Fransa'nın Lyon şehrinde tab edilmiştir (basılmıştır). Fakat Drakon'un kabl-el milad 624 tarihine doğru vazetmiş olduğu işbu kanunlar Yunanlıların en şiddetli kanunlarından maduddur (sayılır). Yunanlıların en meşhur hatiplerinden Demand, Drakon kanunları hakkında: "Bunlar kan ile yazılmıştır." diye müvaheze de (tarizde) bulunmuştur. Drakon kanunları pek şiddetli cezaları cami olduğu (içinde bulundurduğu) için tarih-i vazından (vazedildiği tarih-

ten) sonra pek az müddet tatbik edilebilmiş ise de hemen hüküm ve itibardan sakıt olmuştur (düşmüştür).

7

Solon Kanunları

Solon Atina'nın en sonraki hükümdarı olan "Koderos" sülalesindedir. Kabl-el milad 640 tarihinde Salamin adasında dünyaya gelmiştir. Solon Yunanlıların en meşhur şairlerinden ve en mahir (maharetli) hatiplerinden idi.

Solon evvela ticarete süluk ederek (bir yola girme) hayli servet peyda eylediği gibi pederinin tehlikeye vazeylediği servetini de temin eylemiştir (güvenli bir hale sokmuştur). Bundan sonra Atina'ya gidecek orada meclislerde, ordularda mühim mevkiler ihraz etmiş (kazanmış), vatanına büyük hizmetlerde (hizmetlerde) bulunmuştur.

Solon, Drakon'un kanunlarını fesh ve ilga ederek Yunanistan'ın şark cihetinde (doğu yönünde) bir kıt'a-i sagire (küçük parça) olan (Atin) kasabası ahalisine yeniden bir kanun vazetmiştir. Solon'un kanunları ağaçtan mamul esas levhalara hakk edilerek (kazınarak) Atin kasabasının payitahtı olan Atina'nın iç kalelerinde hıfz edilmiş idi (ezberlenmişti). Bunlar şimdi mevcut değildir. Fakat münderecâtınca (içindekilerce) Likorn'un kanunlarından daha vasi idi (genişti).

Solon kanunları hükümet-i havas (saygın hükümet) ile hükümet-i avamın arasını telfik eyledi (birleştirdi). Bu kanun, otuz seneden beri caygir olan (yer tutan) karışıklıkları ref etdi (kaldırdı). Servetlerine göre efrad-ı ahaliyi dört sınıf üzerine taksim ederek bir meclis-i ahali tesis eyledi (kurdu). Husul-i muadele (eşitlik) ve mukabele (karşılık) mülhazasıyla (düşüncesiyle) bir de meclis-i ayan teşkil etti. Kavanin-i cedideye (yeni kanunlara) kemal-i sadakatle (tam sadakatle) itba edeceklerine (boyun eğeceklerine) dair aza-ı mecalise (meclislerin üyelerine) yemin ettirdi.

Fakat ihtiyar eylediği (kendi arzusuyla hareket ettiği) Mısır ve Kıbrıs seyahatlerinde on sene sonra avdetinde vazeylediği kanunlarını metruk-ül-amel (kullanılmaktan vazgeçilmiş iş) gördü. Vatandaşları arasında ihtilaflar çoğalmış, fırka fırka ayrılarak cümlesi yekdiğerinin (birbirinin) aleyhinde ihtiyar-ı hareket eylemişlerdi (hareket et-

meyi seçmişlerdi). Bunların beyinlerini (aralarını) telife (uzlaştırma-ya) müteallik (dair) mesaisi müsmir (faydalı) olamadığı gibi kendisi Kıbrıs'a nefy eyledi (sürgün edildi).

Mülâhaza (dikkatli bakış)

Hatta Roma'nın en meşhur erbab-ı hukukundan (hukuk adamlarından) madud olan (sayılan) Çiçeron asarında (eserlerinde) "Hukuk-u Yunaniye, kavaid-i ilm-i hukuka mübtteni değildir (dayanmaz)." diye tarifte bile bulunmuştur.

Yunanlıların ezmine-i salifeye (geçmiş asırlara) ait olan hukuk, hikmete (bilgiye), adalete muhalif (aykırı) olmakla beraber naks (noksan) ve pek müşevveşdir (düzensizdir). Maa-hazâ (bununla beraber) hükema-ı Yunaniyenin Eflatun ve Aristo'nun asarından (eserlerinden) olan ulum-i siyasiyyenin (siyasi bilimlerin) tahsili lüzumuna el-haletü hazihi (hala) ehemmiyet-i azime (çok önem) verilmektedir.

(Mizanü'l-Hukuk Mecmuası'nın 10. Sayısından)

Kısm-ı Sabi (Yedinci Kısım) Romalıların Hukuku

İlm-i hukuku en evvel mektube (yazılmış) haline vazeden, yani tedvin eyleyen kavim Romalılardır. Romalılar, ilm-i hukuku gerek kendilerinden mukaddem (önceki) gerek kendileriyle muasır olan akvamın isal edemedikleri (vardıramadıkları) bir derece-i kâmile (olgunluk derecesine) erdirmişlerdir.

El- haletü hazihi (hala) Roma hukukuyla tarih-i hukuku, bunların müştemel olduğu (içinde bulunduğu) kavaid-i esâsiyye (temel kural-lar) Avrupa mekatib-i hukukiyyesinde (hukuk mekteplerinde) sûret-i mahsusada (özel olarak) tedris olunmaktadır (okutulmaktadır).

Roma hukukunun müteaddid (çok) ve muhtelif mehaz (kaynak) ve menbalarından, bu kavim-i meşhurun müessesat-ı adliyesinden, tevsiat (genişleme) ve terakkiyatının sûret-i husulünden (meydana gelişinden) malumat (bilgi) vermezden mukaddem (önce) Roma'nın sûret-i zuhuru (meydana çıkışı) hakkında bazı mesail-i tarihiyeden (tarihi meselelerden) bahsetmek icab etmiştir.

Fasl-ı Evvel (İlk Fası) **(Roma'nın Müesseseleri)**

Roma'nın Alpelonga şehrinde Numitur namında kemal-i adl ve hakkaniyet (tam doğruluk ve hakka uygunluk) ile icra-ı hükümet eden (devleti idare eden) bir hükümdar var idi. Bu zatın hükümeti kabl-el-hicre (Hicretten önce) on dördüncü asra müsadif idi (tesadüftü). Alpelonga şehri Laçium kıtasının merkezi idi. Taht-ı hükümranisinde bulunan ahali hükümdarları olan Numitur'dan fevk-al-âde memnun idiler. Numitur'un Amulius namında küçük bir biraderi var idi. İsyân etti. Neticede Numitur'un elinden hükümeti zabt ederek kendisini habs (hapis) eylediği gibi oğlunu da katl eyledi (öldürdü). Resuliye namındaki kızını dahi rahibe sıfatıyla Vesta mabedine verdi.

Vesta mabedinde istihdam olunan kızların kocaya varmaları memnu idi. Mabetteki kızlar, ayınlerince daima yanması matlub olan (istenilen) ateşin muhafazasına memur idiler. Amulius'un bundan maksadı malumdur (bellidir). İleride dava-ı hükümet edecek (hükümet iddiasında bulunacak) bir kimse zûhur etmemek (baş göstermemesi) için biraderinin zürriyetini (soyunu) kesmek...! Lakin Resuliye habs edildiği Vesta mabedinde rahibelik vazifesini ifa etmedi. Rivayete nazaran Mars isminde bir delikanlı ile münasebat-ı gayr-i meşruada (gayri meşru ilişkilerde) bulunmuş, bunun firaşından Romulus ile Romus isminde ikiz olarak iki erkek çocuğu tevlid etmiştir (doğurmuştur).

Memleketin kanunları mucibince Resuliye diri diri toprağa gömüldü. İvizler de bir sal üzerine konularak Tir nehrinin mecrasına (aktığı yatağa) salıverildi. Sevk-i ceryan bu ikizleri Platin dağının eteğinde bir incir ağacının altına götürmüştür. Oralarda geşt ü gûzar eden (gezen) bir çoban bu ikizleri bulup hanesine kaldırmışdır. İşte Roma'yı tesis edenler veled-i gayr-i meşru olan şu ikiz biraderlerdir.

Fasl-ı Sani (İkinci Fası) **Roma'nın Suret-i Tesisi Hakkında**

Romulus ile Romus büyüdükden bir müddet sonra piç olduklarından dolayı kendileriyle kimsenin görüşmemesinden, herkes kendilerine fena nazarla bakdıklarından çobanın nezdinde kalmayarak dağlara çıkıp haydutluk ile meşgul olmuşlardır. Romulus ile Romus kendile-

ri gibi başlarına topladıkları serserilerle tevsi-i cemiyet-i şekavet (haydutluk topluluğunu genişletmişler) etmişler, herkesi dehşetler içinde bırakmışlardır.

Maa-hazâ bu ikizler gitgide kim olduklarını öteden beriden işidib (duyup) öğrendikleri vakit hempalarıyla (arkadaşlarıyla) beraber Alpelonga şehri üzerine hücum ederek Amulius'u katl ve Numitur'u mahbûstan çıkarıp tahta iclas ettirmişlerdir (oturtmuşlardır). Numitur ikizleri nezdinde alıkoymak istemiş ise de bunlar dağlarda serbest büyümüş oldukları için şehirde sıkılmış olduklarından yine dağlara çıkarak bir müddet daha haydutlukta devam etmişlerdir.

Cemiyetleri gittikçe tekessür ettiğinden (çoğaldığından) her istediklerini icraya muktedir olurlar (güçleri yetmiş), her türlü tecavüzlerde bulunurlar idi. Nihayet, serserilikten usanmış, yaptıklarına nadim (pişman) olmuş olduklarından suret-i meşruada imrar-ı hayat (meşru bir hayata geçilmek) etmek üzere sanâyi-i meşrua (meşru zanaatler) ile meşgul olmaya verdikleri karar üzerine kendileri için mukaddes olan Platin dağına gelip orada bir şehir tesis eylemişlerdir. Fakat her ikisi de tesis eyledikleri bu yeni şehre kendi namını tesmiye etmek istediklerinden dolayı aralarında bir ihtilaf-ı şedid zuhur etmiştir.

İhtilaf münazaaya (çekişmeye) müncer olduğundan (sürüklendiğinden) Romulus şehrin etrafında bir istihkâm inşasına ibtidar etmiş (çabuklukla başlamış) Romus ise istihkâm aleyhinde bularak (ahalinin şecaati (yiğitliği) kal'alara (kalelere) bedel olmalı) gibi bir nazariyeye kapılarak o noktada ısrar etmiş hatta inşa olunan kalanın duvarını sıçrayıp aşmak suretiyle istihza (alay) etmiş olduğundan Romulus fevkal-âde hiddetlenerek biraderini derhal iki parça etmiş ve "şehrimizin istihkâmını cebren tecavüz edenin akıbeti (sonu) bu olur." demiş ve bunun üzerine yeni inşa edilen şehri kendi ismine izafetle Roma yâd eylemiştir.

(Mizanü'l-Hukuk Mecmuası'nın 13. Sayısından)

Romulus Roma şehrini tesis ettikten sonra şehri doldurmak için müracaat eden birtakım serserileri kabul etmiş, bunlar da o kadar çok gelmişlerdir ki, sığamadıklarından Platin tepesinin karşısında bulunan Kapitulye tepesinde yeni mahalle inşa etmişlerdir.

Gelenlerin cümlesi bekâr idi. Roma'da yerleştikten, mal ve mülk sahibi olduktan sonra evlad ve ıyal (eş) sahibi olmak arzusuna düşüklerinden etrafındaki şehirlere müracaatla kız istediler. Lakin Romalıların kimisi haydutluktan gelmiş, kimisi katil, kimisi sârik (hırsız), kimisi de köle olduklarından komşuları bunlara kanun kaçakları nazarıyla bakarak kız vermemişlerdir. Bundan dolayı galeyana gelmiş olan Romalılar, oyunlarını seyr etmek için gelmiş olan Sabin kavminin kızlarını gasb ettiler. Bu vaka Sabinler ile Romalılar arasında muharebe zuhurunu intac eylemiş (doğurmuş). Açılan muharebe haylice de devam etmiş ise de Sabinler çok olduğu halde Romalılara galebe edememiştir (galip gelememiştir). Bunun sebebi, Romulus arkadaşlarını bölüklere, bölükleri taburlara taksim ederek üzerlerine zabitler tayin etmiş ve-l-hâsıl (sözün kısası) maiyetini (emri altındakileri) muntazam asker haline koymuş olmasıdır.

Netice-i muharebede, Sabinler ihaneten Roma'ya girmiş oldukları cihetle (sebeple) muharebe sokaklarda devam etmiş, lakin bu sırada Sabin kızları gelip iki muharip askerlerin aralarına girerek Sabinlere hitaben: "Kocalarımızı bağışlayın!" Romalılara hitaben: "Pederlerimiz ile kardeşlerimizin kanunu dökmeyin!" diye feryada başladıklarından iki taraf terk-i silah edip barışmışlardır. Hatta Sabinlerin kısm-ı azamı memleketlerini bırakıp Roma'ya hicret (göç) etmişlerdir.

Sabinler hükümdarları olan Taçius ile beraber gelmişler idi, birkaç sene sonra vefat etmekle Romulus'a tabiiyyet ettiler. Fakat Romulus dahi vefat edince asıl Romalılar kendilerinin millet-i hâkime (hükmeden millet) olduklarını iddia ettiler. Sabinler Romalıların bu iddialarını kabul etmediler. Bir hayli münazaadan sonra hükümdarın her vakit Romalılar tarafından intihâb olunmasına (seçilmesine), fakat vefat eden hükümdar Romalı olur ise yerine Sabinlerden, Sabinlerden olursa Romalılardan halef tayin edilmesine karar verdiler.

Bu karar üzerine Sabin ayanından Tumapumepilius namındaki zatı hükümdar intihâb ettiler. Tumapumepilius Roma'nın en birinci vaz'ı-kanunu olmuşdur. Tumapumepilius ahalinin umur-i mezhebî-yeleri (din işleri) ile memleketin umûr-i dâhiliyesi hakkında birçok nizamât vazeylemiştir. Tumapumepilius harbi sevmez, sulhperver bir zat idi.

Romalılar, umumiyetle Tumapumepilius'un umûr-i idare-i memleket hakkındaki tedabir-i müttahazasını (kabul ettiği tedbirlerini), vazeylediği usul ve kavanini takdir eder, hatta bu derece iktidarını fevkal-beşer (insanüstü) add ederek bunları Tumapumepilius'a periler tarafından telkin ve tebliğ edildiğine itikad ederler idi (inanırlardı).

Meşahir-i hukukiyeden (ünlü hukukçulardan) Pontif ve Felamin nam kâhinler ile Vesta rahibeleri ve Ogur tesmiye edilen hatifler (gayıptan haber veren melekler) Tumapumepilius'un zamanında zûhur etmiştir

Fasl-ı Salis (Üçüncü Fasil) Roma Cumhuriyeti

Roma şehri beş altı hükümdar zamanında tevsi-i hudud eylemiş ise de Roma'da hakk-ı müsavat henüz tesis etmemiş idi. Roma'da zadedgân (soylular) sınıfı vardı. Umûr-ı idare bunların elinde idi. Alel-husus menba-ı hayr (hayır kaynağı) ıtlak eyledikleri (söyledikleri) hükümdar-ı ahirleri Sarvius'un yerine makam-ı hükümdariye gelen oğlu Narlekin zalim, gaddar bir adam idi. Mamafih Narlekin mevki-i iktidara gelince en ziyade zadedgân sınıfını tazyike başladı (zorladı). Ecnebilerden aylıkla asker tedarik ederek bunları cümlenin hukukunu, devletin kavanin ve nizamatını izaaya (kaybetmeye) alet ittihaz eyledi (kullandı). Sahib-i nüfuz olan kişizadelerin kimisini katl, kimisinin malını müsadere eyledi.

Narlekin'in idare-i zalımanesinden sıkılmış olan Romalıların senato meclisi kabl-el-milad 1132' de hükümet-i mutlakıyyi lağv ile cumhuriyet ilan eylemiştir. Senato meclisi cemi (hep, cümle) zamanda Roma'nın idare mihveri idi (ekseniydi). Bu meclisin azası üç yüz kişiden ibaret idi. Umum zadedgân Korye denilen on fırkaya münkasım idi (bölünmüştü). Ahval-i fevk-al-ade üzerine vaki olan ictima-i umumiye Korye Meclisi denilirdi. Senato ile Korye meclisleri tarafından verilen kararlar kanun makamında telakki olunur idi. Ancak hükümetin kararlarını senato meclisi ve kararlarını da ictima-i umumi fesh edebilirdi.

Umum zadedgân peder makamında Patrici denilir, hiçbir imtiyazı olmayan sınıf-ı ahaliye Pelis tabir olunur idi. Sınıf-ı ahali, rütbe ve

mesned (paye) alamazlar, hükümetin işlerine karışamazlar idi. Al-el-husus (hele) zadedgân ile kız alıp vermek gibi münasebatta bulunamazlar idi. Hatta Romalılar kanunlarına hamî-i za'fa (zaaf koruyucu) ıt-lak eyledikleri halde bu kanunlar bile Roma'da sunuf-ı ahali (ahali sınıfları) için ayrı idi. Cumhuriyet devrinin ilk nısfı (yarısı) Pelislerin müsavat-ı hukuk için teşebbüsleriyle zadedgânın bunlara karşı muhalefeti içinde geçmiştir.

Zadegân ile ahali arasında bir fırka daha vardı ki, Kalyenet namıyla maruf idi (bilinirdi). Kalyenetler, resmen zadedgân güruhuna mensup ve onların hukukuna malikti. Lakin Kalyenetler fakir oldukları için intisap eyledikleri (mensup oldukları) büyük hanedanlar sayesinde geçinirler idi. Bunlar bendegân-ı güruhu idi.

Fasl-ı Rabi (Dördüncü Fası) **Romalıların Medyunlar Hakkındaki Kavanini**

La-yenkati (durmadan) devam eden muharebeler, ahaliyi fakr u zaruret (şiddetli yoksulluk) içinde bırakmış idi. Gariptir ki Roma askeri devlet tarafından beslenmeyip askerler, kendi kendilerini iâşeye mecbur idiler. Muharebelerden dolayı ahali, arazilerini ziraata vakit ve meydan bulamıyorlar idi. Askerde olan evladlarını, çoluk çocuklarını iâşe için gayet ağır faiz ile akçe istikrazına (ödünç alma) mecbur oluyorlar idi. Borçlarını vermedikleri cihetle (sebeple) zadedgâna esir olurlar idi. Evet! Romalıların kanunları medyunlar (borçlular) hakkında pek şedid idi.

(Mizanii'l-Hukuk Mecmuası'nın 16. Sayısından)

Tediye-i deynden (borç ödemedi) aciz kalan medyun iflas yerine daine (alacaklıya) esir olur idi. Hatta dainler müteaddid (çok) olur ise medyun satılır. Bedeli dainlere taksim olunur idi. Roma kanunları, medyunun katline, cesedinin dainler beyninde taksimine emr ederdi.

Recil gölü muharebesinden evvel ahali senato meclisine müracaat ederek fakr u zaruretlerinin tahfifine (hafifletilmesine) çare bulunmasını, bu reclerinin (sarsılmalarının) lağvını, düyun (borçlar) hakkındaki kavaninin feshini talep etmişlerse de evvela muvaffak cevab alama-

mış olmalarına, muvahiren (sonradan) aldıkları vaadi senato meclisinin incaz etmemesine (yerine getirmemesine) binaen ahali Roma şehrini terke karar vermişler idi.

Bunun üzerine dayin ile medyun hakkında olan kavanin tadil edildi (değiştirildi). Tadil olunan kavanin mucibince deyn için esir olanlara hürriyet iade olunacak, tediye-i deynden aczi bulunanlar bu reclerinden kurtarılacak, fi-maba'd (bundan sonra) Romalılar deyn için esir olmayacak idi.

Roma askeri tarafından muharebede zabt olunan arazi hükümet malı sayılır idi. Hükümet malı olan bil-cümle emlak, galesi için (geliri için) müzayedeye (artırmaya) vazedilir (konulur), kimin uhdesinde (sorumluluğunda) takarrür eder ise (karar bulursa) ona icâr olunur idi (kiraya verilirdi). Kişizadeler, mürûr-i zemânla (zamanaşımıyla) bedelat-ı icareyi kat ederek (keserek) emval-i hükümeti (hükümet malını), emval-i mevruse (miras kalmış mal) gibi zabt ederler idi.

Konsülüslerden (Kasius) emval-i hükümet ile arazi hakkında bir kanun tanzim eyledi. Bu kanun mucibince emval-i hükümetden olan araziden muhtac olanların ihtiyacına kâfi mikdarı tefrik edilerek ahaliye tevzi edilecek (dağıtılacak), bakıyyesi dahi icar edilecek ise de bedelat-ı icareleri muntazaman tahsil edilecek idi.

İşlerine el vermeyen umum zadedgân, başta senato-i meclis dahi olduğu halde bu kanunun tatbikatını men için her teşebbüste bulunmuşlardır. Hatta Kasius'u hükümeti zabt etmek hırsıyla itham ederek idamına hüküm verdirmişlerdir. İlk defa olarak Roma'da tanzim edilmiş olan arazi kanunu daha kuvvede iken fesh edildi.

(Mizanü'l-Hukuk Mecmuası'nın 17. Sayısından)

Senato-i meclis azası bulunan zadedgân, içlerine ahaliden aza kabul etmek istemezler idi. Aza yerine iki vekil kabul olunur idi. Bunlara da Tribün namı verilir idi. Milletvekilleri ahaliye bir imtiyaz istihsali (ele geçirme) için bir felaketi bile vesile ittihaz ederler idi (kabul ederlerdi). Milletvekilleri ahaliyi cem ederler (toplarlar), ahval-i umumiyye (genel durumlar) hakkında reyini sorarlar idi. Ahalinin verdiği kararlar, senatonun kararları gibi kanun hükmünde add edilir idi.

1083 senesinde Tribün Terentilus yeni kavanin tanzimi ile usul-i muhakemenin ıslahını talep eyledi. Bu tarihe kadar Roma'nın muntazam kavanin mecmuası yok idi.

Cünha (küçük kabahatler), cinayet işleri konsülüs tarafından, hukuk işleri dahi zadedgândan müntahib (seçen) hâkimler tarafından rüyet olunur idi (bakılırdı). İş pek mühim olur ise senato meclisi bakar idi. Lakin meydanda muntazam kavanin mevcut olmadığından işler keyfe ma yeşa (istediği gibi) görülür idi. Hatta tefrik-i vezaife dair ortada bir usul-i mevzua yok idi. Fazla olarak ahali zadedgân için cari olan hukuk ve usulden mahrum idi. İşte Terentilus'un talep eylediği kavanin ile usul-i muhakeme, ahkâm-ı umum için cari olacak derecede kavanin-i esâsiyyeden ibaret idi.

Terentilus'un talebi senato meclisinin de muvafakatine iktiran etmekle (yaklaşmakla) en sonra Tribün intihab olunan Dentinos tarafından Yunanistan'a gidip oranın kanunlarını tahkik ve tedkik etmek üzere üç zat memur edildi. Memurların avdeti üzerine senato meclisi matlub olan (istenilen) kanunları tanzim için on azadan mürekkeb fevkalade bir meclis teşkil etmiştir. Bu meclisin tarih-i teşkili günü kavanin ve nizam-ı haziranın mefsuhiyyeti (hükümsüzlüğü) ilan olunmuş, senato meclisi dağılmış, konsülüslük, tribünlük tatil edilmiş, bu meclise fevkalade hadsiz, hesapsız iktidar verilmiş, umurun canı, malı onların keyiflerine havale olunmuşdur. Maa-hazâ meclis-i umumi azaları hükümdar derecesinde oldukları halde iktidarlarını sû-i isti'mâl etmemişlerdir (kötüye kullanmamışlardır).

Meclis-i umumi tarafından bir sene zarfında on levha kavanin tanzim edilerek ahaliye arz olunmuş, ahali tarafından kabul edilmiştir. Bu meclis-i umumiye Deçmuvir tabir olunurdu. Birinci Deçmuvir'in on levha kanunlarına ikinci Deçmuvir iki levha daha ilave etmiştir. Adedi on ikiye baliğ olan kavanin levhaları Romalılar ile sair İtalyalıların eski usul ve adatından, ahiren Yunanistan'a izam kılınan (yollanan) üç memur vasıtasıyla Yunanilerden alınan kanunlardan mehuz idi (almıştı). Kanunların muntazam olmasına nazaran herkes onları memnunen kabul eylemiş idi. Bu yeni kanunlar umum Romalıların kanun nazarında müsavi olduklarını gösteriyor idi.

Mahkemece, usul-i muhakemece ittihaz edilen (kabul edilen) kararca, onların suar-ı icraiyelerince (yürütme suretince) her sınıf efrad

arasında hiçbir fark olmayacağı beyan edilir idi. Fakat hukuk-u medeniyyeye malik olan ahali büsbütün müsavi olmak için daha pek çok şeylere ihtiyac idi. Ahali, konsülüslük, senatoda azalık gibi memuriyetlere henüz kabul olunmuyor idi. Bunlar hala zadedgâna mahsus idi. Hatta zadedgâna kız verip almaktan da mahrum idiler.

(*Mizanü'l-Hukuk Mecmuası'nın 25. Sayısından*)

KAYNAKLAR

- Bekir Behlül, "Mülahhas Tarih-i İlm-i Hukuk", *Mizanü'l-Hukuk*, Sayı 5, 1324 (1908-1909), ss. 48-49.
- _____, Sayı 7, s. 71-72.
- _____, Sayı 8, s. 84-85.
- _____, Sayı 9, s. 99-100.
- _____, Sayı 10, s. 107-108.
- _____, Sayı 13, s. 146-147.
- _____, Sayı 15, s. 164-165.
- _____, Sayı 16, s. 179-180.
- _____, Sayı 17, s. 187.
- _____, Sayı 25, s. 284.
- Berber, Engin (çev.), *İzmir 1876ve 1908 (Yunanca Rehberlere Göre Meşrutiyette İzmir)*, İzmir: İzmir Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayını, 2008.
- Cevat Sami ve Hüseyin Hüsnü, *İzmir 1905*, Çev. Erkan Serçe, İzmir: İzmir Büyükşehir Belediyesi Yayını, 2000.
- Dursun, M. Kamil, *İzmir Hatıraları*, Haz. Ünal Şenel, İzmir: Akademi Kitabevi, 1994.
- Huyugüzel, Ömer Faruk, *İzmir'in Fikir ve Sanat Adamları (1850-1950)*, Ankara: T. C. Kültür Bakanlığı Yayınları, 2000.
- _____, "İzmir'de Kültür Kurumları", 21. Yüzyıl Eşiğinde İzmir Uluslararası Sempozyumu, İzmir: İzmir Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayını, 2001.
- _____, *İzmir'de Edebiyat ve Fikir Hareketleri Üzerine Araştırmalar*, İzmir: İzmir Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayını, 2004.
- Hüseyin Rıfat, *İzmir 1914 Aydın Vilayeti 1330 sene-i maliyesi ticaret rehberi*, Haz. Erkan Serçe, İzmir: Akademi Kitabevi, 1997.

- Karayalçın, Yaşar ve Ahmet Mumcu, *Türk Hukuk Bibliyografyası Türk Harflerinin Kabulüne Kadar Yayınlanmış Kitap ve Makaleler 1727-1928*, Ankara: Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü Yayını, 1972.
- "Kaybettiklerimiz", *İzmir Barosu Dergisi*, no. 2-4, Kasım 1936, ss. 253-254.
- Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Genişletilmiş 15. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.
- Raif Nezihi, *İzmir'in Tarihi*, Haz. Erol Üye Pazarcı, 16. Fasikül, İzmir: İzmir Büyükşehir Belediyesi Yayını, 2001.
- Serçe, Erkan, *İzmir'de Kitapçılık 1839-1928*, Genişletilmiş 2. Basım, İzmir: İzmir Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayını, 2002.
- Tutsak, Sadiye, *İzmir'de Eğitim ve Eğitimciler (1850-1950)*, Ankara: T. C. Kültür Bakanlığı Yayınları, 2002.
- <http://www.bursabarosu.org.tr> (29.04.2010)

TÜRKİYE'DE HUKUK FAKÜLTELERİ VE HUKUK EĞİTİMİ

FACULTIES OF LAW AND LEGAL EDUCATION IN TURKEY

Fahrettin DEMİRAG*

Hasan ÇİFTÇİ**

makaleler / articles

Özet: Bu makalede, hukuk fakültelerinin bulunduğu iller, öğrenci kontenjanları, en düşük ve en yüksek puanları, öğrenci ve öğretim üyeleri ile mezun sayıları hakkında ve barolara kayıtlı avukatların sayıları hakkında elde edilen istatistikler ışığında; Türkiye'de hukuk fakültelerinin ve hukuk öğretiminin durumu analiz edilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Hukuk fakültesi, hukuk eğitimi, avukat.

Abstract: In this article, law schools and legal education in Turkey are analysed in the light of statistics obtained on the cities where law schools are established, the quotas for students, the maximum and minimum scores of law schools, the numbers of students, academics and graduates and the numbers of lawyers registered in bar associations.

Keywords: Law school, legal education, lawyer.

I. GİRİŞ

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu belirtilmiş, pek çok maddelerinde de, bunu gerçekleştirmenin devletin görevi olduğu vurgulanmıştır.

Hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri koruyan ve güvence altına alan yani hukuka bağlı Devlet demektir. Hukuk devletinin en

* E. Hakim Tuğgeneral, Askeri Yargıtay Onursal Başkanı.

** Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD yüksek lisans öğrencisi.

önemli özelliği “*adil yargılanma hakkı*”nı güvence altına alması ve bunu sağlayacak düzenlemelere yer vermesidir. Bu hakkın hayata geçirilerek korunması, geliştirilip güçlendirilmesi için, bağımsız ve tarafsız mahkemelere, bilgili ve donanımlı hâkimlere, gerçeğin ortaya çıkarılması için objektif hareket ederek şüphelinin leh ve aleyhindeki delilleri eksiksiz toplayan, şüpheli ve mağdur haklarını gözeterek titiz ve etkin bir soruşturma yürüten Cumhuriyet savcılarında, sanık ve mağdur haklarının yakın takipçisi olan, iyi yetişmiş, bilgili ve sorumluluk bilincine sahip, fakat korkusuz avukatlara ihtiyaç vardır.

Yargılama sürecinde kamu adına görev alan bu üçlünün (hâkim, savcı ve avukatların) istenilen ve arzulanan niteliklere sahip olmaları, kişiliklerinin yanında meslek dışı ve meslek içi iyi bir eğitim görmüş olmalarına bağlıdır. Kuşkusuz, bunda almış oldukları hukuk eğitiminin payı büyüktür.

Ülkemizde hukuk eğitim öğretimi devlet ve vakıf üniversitelerinin hukuk fakültelerinde yapılmaktadır. Bugün itibarıyla ülkemizde 102 devlet, 52 vakıf üniversitesi olmak üzere; toplam 154 üniversite bulunmaktadır. 102 devlet üniversitesinin 25'inde, 52 vakıf üniversitesinin 33'ünde hukuk fakültesi bulunmaktadır. Hukuk fakültelerine, lise ve dengi okullardan mezun olanlar arasından ÖSYM tarafından yapılan genel sınavla öğrenci alınmakta, dört yıllık bir eğitim sonunda başarı gösteren öğrenci, “*Hukuk Lisans Diploması*” almaktadır.

Hâkim veya savcı olabilmek veya avukatlık yapabilmek için hukuk lisans diplomasına sahip olmak yeterli değildir. Bu mesleklere yönelecek olanların, aranan özel koşulların yanı sıra yapılacak sınavlarda başarılı olmaları ve staj süresini başarılı bir şekilde tamamlamaları da gerekmektedir.

Ülkemizde hukuk eğitim ve öğretimi öteden beri tartışılmakta, uluslararası standartlar dikkate alındığında yetersiz olduğu ve bu konuda köklü reformlara ihtiyaç olduğu çeşitli platformlarda yüksek yargı organlarının temsilcileri, Türkiye Barolar Birliği Başkanı ve hukuk bilim adamları tarafından dile getirilmektedir.

Bu çalışmada, hukuk fakültelerinin öğrenci kontenjanları, hukuk fakültesine giriş puanları, mevcut öğrenci ve öğretim üyeleri, mezun verdikleri öğrenci sayısı, 2008-2009 ile 2010-2011 öğretim yılları esas

alınarak çizelgeler halinde verilmiş ve bu konuda kısa açıklamalar yapılarak hukuk eğitim ve öğretimindeki eksiklikler ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu suretle, yapılacak hukuk eğitim ve öğretimi reformuna katkı sağlanması amaçlanmıştır.

II. TÜRKİYE'DE 2010-2011 EĞİTİM ÖĞRETİM YILINDA HUKUK FAKÜLTELERİ

1. DEVLET VE/VEYA VAKIF ÜNİVERSİTELERİNDE HUKUK FAKÜLTESİ OLAN İLLER

2010-2011 ders yılı itibariyle 81 ilimizde, 102 devlet, 52 adet vakıf üniversitesi olmak üzere toplam 154 üniversitesi bulunmaktadır. 102 devlet üniversitesinin 25'inde, 52 vakıf üniversitesinin 33'ünde hukuk fakültesi yer almaktadır.

Hukuk fakültesi bulunan illerimiz Çizelge 1'de verilmiştir.

Çizelge 1. Devlet ve/veya Vakıf Üniversitelerinde Hukuk Fakültesi Bulunan İller

İl Adı	Devlet	Vakıf	Toplam	İl Adı	Devlet	Vakıf	Toplam
Ankara	4	7	11	Isparta	1	-	1
İstanbul	4	16	20	Kayseri	1	1	2
İzmir	1	3	4	Kırkkale	1	-	1
Adana	1	-	1	Kocaeli	1	-	1
Antalya	1	1	2	Konya	1	2	3
Bursa	1	-	1	Malatya	1	-	1
Diyarbakır	1	-	1	Mersin	-	1	1
Eskişehir	1	-	1	Samsun	1	-	1
Erzurum	1	-	1	Trabzon	1	-	1
Erzincan	1	-	1	Yalova	1	-	1
Gaziantep	-	2	2	TOPLAM	25	33	58

Çizelge 1'de görüldüğü gibi, hukuk fakültesi olan il sayımız 21 olup, en fazla hukuk fakültesine sahip olan ilimiz İstanbul'dur. İstanbul'da 4 devlet, 16 vakıf üniversitesi kapsamında olmak üzere 20 hukuk fakültesi bulunmaktadır.

Ankara'da 4 devlet 7 vakıf, toplam 11; İzmir'de 1 devlet, 3 vakıf, toplam 4; Konya'da 1 devlet, 2 vakıf, toplam 3; Antalya ve Kayseri'de 1 devlet 1 vakıf; Gaziantep'te 2 vakıf olmak üzere hukuk fakültesi bulunmaktadır.

Adana, Bursa, Diyarbakır, Eskişehir, Erzurum, Erzincan, Isparta, Kırıkkale, Kocaeli, Malatya Samsun, Trabzon ve Yalova'da 1'er devlet, Mersin'de 1 vakıf üniversitesi bulunmaktadır.

2. HUKUK FAKÜLTELERİNİN 2010-2011 EĞİTİM ÖĞRETİM YILI ÖĞRENCİ KONTENJANLARI

2.1. Devlet Üniversitelerinde Bulunan Hukuk Fakültelerinin 2010-2011 Eğitim Öğretim Yılı Öğrenci Kontenjanları

2010-2011 eğitim öğretim yılında devlet üniversitelerinde bulunan hukuk fakültelerinin kontenjanları ve bu fakülte kontenjanlarının genel kontenjanlara oranları çizelge 2'de özetlenmiştir.¹

¹ Milli Eğitim Bakanlığı'nun 6.07.2005 tarihli ve 15524 sayılı yazısı üzerine, 28.03.1983 tarihli ve 2890 sayılı Kanun'un ek 30. maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 14.07.2005 tarihinde kararlaştırılan ve 5 Ağustos 2005 tarih ve 2005/9184 sayılı *Resmî Gazete*'de yayınlanan Bakanlar Kurulu kararına göre kurulmuş olan Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile TBMM'de 14.07.2010 tarihinde kabul edilen 6005 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile kurulan Yıldırım Beyazıt Üniversitesi ve İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakülteleri, 2010-2011 eğitim öğretim döneminde öğrenci talebinde bulunmamışlardır.

Çizelge 2. Devlet Üniversitelerinde Bulunan Hukuk Fakültelerinin 2010-2011 Eğitim Öğretim Yılı Öğrenci Kontenjanları²

		Kontenjan	Toplam	%
1	Ankara Üniversitesi	800+20	820	
2	Gazi Üniversitesi (Ankara)	300+8	308	
3	Hacettepe Üniversitesi (Ankara)	-	-	
4	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi (Ankara)	-	-	
			1 128	18.6
5	Galatasaray Üniversitesi (İstanbul)	25+1	26	
6	İstanbul Üniversitesi	800+20	820	
	İstanbul Üniversitesi (İkinci Öğretim)	400+10	410	
7	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	-	-	
8	Marmara Üniversitesi (İstanbul)	400+10	410	
	Marmara Üniversitesi (İstanbul) (İkinci Öğretim)	400+10	410	
			2 076	34.5
9	Dokuz Eylül Üniversitesi (İzmir)	400+10	410	6.8
10	Akdeniz Üniversitesi (Antalya)	160+4	164	2.7
11	Anadolu Üniversitesi (Eskişehir)	160+4	164	2.7
12	Atatürk Üniversitesi (Erzurum)	75+2	77	1.3
13	Çukurova Üniversitesi (Adana)	75+2	77	1.3
14	Dicle Üniversitesi (Diyarbakır)	200+5	205	3.4
15	Erciyes Üniversitesi (Kayseri)	150+4	154	2.6
16	Erzincan Üniversitesi	160+4	164	2.7
17	İnönü Üniversitesi (Malatya)	110+3	113	1.9
18	Karadeniz Teknik Üniversitesi (Trabzon)	75+2	77	1.3
19	Kırıkkale Üniversitesi	110+3	113	
	Kırıkkale Üniversitesi (İkinci Öğretim)	110+3	113	
			226	3.8

² Bu konuda bkz. Tablo 4. Merkezi Yerleştirme ile Öğrenci Alan Yükseköğretim Lisans Programları.

20	Kocaeli Üniversitesi	110+3	113	1.9
21	Ondokuz Mayıs Üniversitesi (Samsun)	75+2	77	1.3
22	Selçuk Üniversitesi (Konya)	250+7	257	
	Selçuk Üniversitesi (Konya) (İkinci Öğretim)	250+7	257	
			514	8.5
23	Süleyman Demirel Üniversitesi (Isparta)	100+3	103	1.7
24	Uludağ Üniversitesi (Bursa)	100+3	103	1.7
25	Yalova Üniversitesi	75+2	77	1.3
		5 870+152	6 022	100.0

Türkiye'de bulunan 25 devlet üniversitesi hukuk fakültesinden 22'si, 2010-2011 eğitim öğretim yılında toplam 5.870 öğrenci kontenjanı talep etmiş ve ÖSYM'ce fakültelerin kontenjan taleplerine ek olarak 152 kontenjan eklenmiş ve devlet üniversitelerinde bulunan hukuk fakültelerinin toplam kontenjanı 6.022 olmuştur.

Ankara ve İstanbul'da 4'er, diğer 17 ilimizde 1'er hukuk fakültesi bulunmaktadır.

En yüksek öğrenci kontenjanı talep eden hukuk fakültesi (800 +20 normal eğitim, 400 +10 ikinci öğretim) 1 230 öğrenci ile İstanbul Üniversitesi hukuk fakültesi, en az öğrenci kontenjanı talep eden hukuk fakültesi (25 +1) 26 öğrenci ile Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesidir.

İstanbul Üniversitesi, Marmara Üniversitesi, Kırıkkale Üniversitesi ve Selçuk Üniversitesi hukuk fakülteleri normal eğitim yanında ikinci öğretim yapmaktadırlar.

Devlet üniversiteleri hukuk fakültelerinde en fazla öğrenci kontenjanı 2.076 (% 34,5) öğrenci ile İstanbul'da bulunan hukuk fakültesindedir. İstanbul'u 1.128 (% 18,6) öğrenci kontenjanı ile Ankara'da bulunan hukuk fakülteleri izlemektedir. İstanbul ve Ankara'da bulunan hukuk fakültelerinin toplam öğrenci kontenjanları, devlet üniversiteleri hukuk fakültelerinin toplam öğrenci kontenjanlarının % 53,1'dir.

2.2. Vakıf Üniversitelerinde Bulunan Hukuk Fakültelerinin 2010-2011 Eğitim Öğretim Yılı Öğrenci Kontenjanları

2010-2011 eğitim öğretim yılında vakıf üniversitelerinde bulunan 33 hukuk fakültesinden öğrenci talebinde bulunan 27 hukuk fakültesinin kontenjanları ve bu fakülte kontenjanlarının genel kontenjanlara oranları Çizelge 3'te verilmiştir.³

Çizelge 3. Vakıf Üniversitelerinde Bulunan Hukuk Fakültelerinin 2010-2011 Eğitim Öğretim Yılı Öğrenci Kontenjanları

	ÜNİVERSİTE	Kontenjan	Tam Burslu	% 50 Burslu	% 25 Burslu	Toplam	%
1	Atılım Üniversitesi (Ankara)	125	15	10	-	150	
2	Başkent Üniversitesi (Ankara)	125	15	-	10	150	
3	Bilkent Üniversitesi (Ankara)	120	20	20	-	160	
4	Çankaya Üniversitesi (Ankara)	140	20	-	-	160	
5	TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi (Ankara)	25	9	10	-	44	
6	Turgut Özal Üniversitesi (Ankara)	-	-	-	-	-	
7	Ufuk Üniversitesi (Ankara)	25	3	-	-	28	
		560	82	40	10	692	23.5
8	Bahçeşehir Üniversitesi (İstanbul)	65	10	-	-	75	
9	Beykent Üniversitesi (İstanbul)	100	13	12	-	125	
10	Doğuş Üniversitesi (İstanbul)	40	10	20	-	70	
11	Fatih Üniversitesi (İstanbul)	80	10	10	-	100	
12	İstanbul Aydın Üniversitesi	148	17	-	-	165	
13	İstanbul Bilgi Üniversitesi	142	18	8	7	175	
14	İstanbul Kültür Üniversitesi	100	15	15	15	145	
15	İstanbul Ticaret Üniversitesi	75	44	-	-	119	
16	Kadir Has Üniversitesi (İstanbul)	65	11	15	20	111	
17	Koç Üniversitesi (İstanbul)	50	9	8	2	69	
18	Maltepe Üniversitesi (İstanbul)	128	14	-	-	142	
19	Okan Üniversitesi (İstanbul)	49	6	-	-	55	
20	Yeditepe Üniversitesi (İstanbul)	90	30	30	-	150	
21	Yeni Yüzyıl Üniversitesi (İstanbul)*	70	10	20	-	100	
22	İstanbul Medipol Üniversitesi	-	-	-	-	-	

³ Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ek kontenjandan YÖK onayı ile öğrenci talebinde bulunmuştur. (Fakülte Kontenjanları. <http://www.yeniyuzyil.edu.tr/index.aspx?pid=3&sid=34>. Erişim Tarihi: 10.09.2010).

23	İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi	-	-	-	-	-	
		1 202	217	138	44	1 601	54.5
24	Gediz Üniversitesi (İzmir)	70	20	10	-	100	
25	İzmir Üniversitesi	56	14	-	-	70	
26	Yaşar Üniversitesi (İzmir)	83	10	7	-	100	
		209	44	17	-	270	9.2
27	Çağ Üniversitesi (Mersin)	60	5	10	10	85	2.9
28	KTO Karatay Üniversitesi (Konya)	80	10	10	-	100	3.4
29	Mevlana Üniversitesi (Konya)	-	-	-	-	-	-
30	Melikşah Üniversitesi (Kayseri)	50	10	20	20	100	3.4
31	Zirve Üniversitesi (Gaziantep)	45	15	30	-	90	3.1
32	Gazikent Üniversitesi (Gaziantep)	-	-	-	-	-	
33	Uluslararası Antalya Üniversitesi	-	-	-	-	-	-
		235	40	70	30	375	12.8
		2 206	383	265	84	2 938	100.0

Türkiye’de bulunan 33 vakıf üniversitesi hukuk fakültesinden 27’si, 2010-2011 eğitim öğretim yılında normal 2.206, tam burslu 383, % 50 burslu 265 ve % 25 burslu 84 öğrenci olmak üzere toplam 2.938 öğrenci kontenjanı talep etmiştir. Turgut Özal Üniversitesi, Gazikent Üniversitesi, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi, Meram Üniversitesi ve Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakülteleri öğrenci talep etmemiştir.⁴

⁴ Öğrenci talebinde bulunmayan hukuk fakülteleri, kuruluşları hakkında kısa bilgi verilerek aşağıda gösterilmiştir.

a) **İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi:** TBMM’de 22.05.2008 tarihinde kabul edilen 5765 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile kurulmuş,

b) **Gazikent Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Gaziantep):** TBMM’de 31.07.2008 tarihinde kabul edilen 5786 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile kurulmuş,

c) **Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara) ve**

d) **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi:** TBMM’de 23.06.2009 tarihinde kabul edilen 5913 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile kurulmuşlar,

e) **Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Konya).** TBMM’de 23.06.2009 tarihinde kabul edilen 5913 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu İle Bazı

Ankara'da 7, İstanbul'da 16, İzmir'de 3, Gaziantep ve Konya'da 2'ser, diğer 3 ilimizde 1'er olmak üzere toplam 33 vakıf üniversitesinde hukuk fakültesi bulunmaktadır.

En yüksek öğrenci kontenjanı talep eden hukuk fakültesi, 175 öğrenci ile İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, en az öğrenci kontenjanı talep eden hukuk fakültesi 28 öğrenci ile Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'dir.

Vakıf üniversiteleri hukuk fakültelerinde en fazla toplam öğrenci kontenjanı 1 601 (% 54,5) öğrenci ile İstanbul'da bulunan hukuk fakültelerindedir. İstanbul'u 692 (% 23,5) öğrenci kontenjanı ile Ankara, 270 (9,2) öğrenci kontenjanı ile İzmir izlemektedir. İstanbul, Ankara ve İzmir'de bulunan hukuk fakültelerinin toplam öğrenci kontenjanları, vakıf üniversiteleri hukuk fakültelerinin toplam öğrenci kontenjanlarının % 87,2' sidir.

3. HUKUK FAKÜLTELERİNİN 2010-2011 EĞİTİM ÖĞRETİM YILI EN DÜŞÜK VE EN YÜKSEK PUANLARI

3.1. Devlet Üniversitelerinde Bulunan Hukuk Fakültelerinin 2010-2011 Eğitim Öğretim Yılı En Düşük ve En Yüksek Puanları

2010-2011 eğitim öğretim yılında devlet üniversitelerinde bulunan hukuk fakültelerine yerleştirilen öğrencilerin en düşük ve en yüksek puanları çizelge 4'te özetlenmiştir.

Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile kurulmuş,

f) Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi: TBMM'de 14.07.2010 tarihinde kabul edilen 6005 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile kurulmuş ve 2010-2011 eğitim öğretim döneminde öğrenci talebinde bulunmamışlardır.

Çizelge 4. Devlet Üniversitelerinde Bulunan Hukuk Fakültelerine Yerleştirilen Öğrencilerin 2010-2011 Eğitim Öğretim Yılı En Düşük ve En Yüksek Puanları

	ÜNİVERSİTE	Toplam	En Düşük	En Yüksek
1	Akdeniz Üniversitesi (Antalya)	164	472,029	501,231
2	Anadolu Üniversitesi (Eskişehir)	164	478,432	499,866
3	Ankara Üniversitesi	820	501,398	545,438
4	Atatürk Üniversitesi (Erzurum)	77	465,084	493,624
5	Çukurova Üniversitesi (Adana)	77	473,850	489,509
6	Dicle Üniversitesi (Diyarbakır)	205	461,547	514,646
7	Dokuz Eylül Üniversitesi (İzmir)	410	480,232	537,937
8	Erciyes Üniversitesi (Kayseri)	154	469,757	504,088
9	Erzincan Üniversitesi	164	460,012	478,991
10	Galatasaray Üniversitesi (İstanbul)	26	544,510	566,980
11	Gazi Üniversitesi (Ankara)	308	491,716	507,895
12	Hacettepe Üniversitesi (Ankara)	-	-	-
13	İnönü Üniversitesi (Malatya)	113	462,981	524,842
14	İstanbul Üniversitesi	820	489,644	545,296
	İstanbul Üniversitesi (İkinci Öğretim)	410	476,928	525,901
15	Karadeniz Teknik Üniversitesi (Trabzon)	77	468,064	493,959
16	Kırıkkale Üniversitesi	113	466,648	489,007
	Kırıkkale Üniversitesi (İkinci Öğretim)	113	460,354	465,945
17	Kocaeli Üniversitesi	113	472,805	522,157
18	Marmara Üniversitesi (İstanbul)	410	485,217	516,087
	Marmara Üniversitesi (İstanbul) (İkinci Öğretim)	410	471,555	484,996
19	Ondokuz Mayıs Üniversitesi (Samsun)	77	466,818	491,842
20	Selçuk Üniversitesi (Konya)	257	471,147	510,709
	Selçuk Üniversitesi (Konya) (İkinci Öğretim)	257	463,234	471,161
21	Süleyman Demirel Üniversitesi (Isparta)	103	466,223	484,341
22	Uludağ Üniversitesi (Bursa)	103	476,844	489,631
23	Yalova Üniversitesi	77	465,453	472,613
24	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi (Ankara)	-	-	-
25	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	-	-	-
		6 022		

2010-2011 eğitim-öğretim yılında devlet üniversitelerinin hukuk fakültelerini tercih eden öğrencilerin puanları 460.012 ile 566.980 ara-

sında değişmektedir. En düşük puanla öğrenci alan fakülte Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, en yüksek puanla öğrenci alan fakülte Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'dir.

Hukuk fakültelerini tercih eden öğrencilerin taban puanları 460,012 - 544,510 arasında değişim göstermektedir. En düşük taban puanla öğrenci alan fakülte Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi (460,012), En yüksek taban puanla öğrenci alan fakülte Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'dir (544,510).

Hukuk fakültelerini tercih eden öğrencilerin tavan puanları 465,945 - 566,980 arasında olup, en düşük tavan puanla öğrenci alan fakülte Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi ikinci öğretim programı, en yüksek tavan puanla öğrenci alan fakülte Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'dir. Fakültele göre değişen tavan puanları arasındaki fark 101,035 puandır.

3.2. Vakıf Üniversitelerinde Bulunan Hukuk Fakültelerinin 2010-2011 Eğitim Öğretim Yılı En Düşük ve En Yüksek Puanları

2010-2011 eğitim öğretim yılında vakıf üniversitelerinde bulunan hukuk fakültelerine yerleştirilen öğrencilerin en düşük ve en yüksek puanları çizelge 5'te verilmiştir.

Çizelge 5. Vakıf Üniversitelerinde Bulunan Hukuk Fakültelerine Yerleştirilen Öğrencilerin 2010-2011 Eğitim Öğretim Yılı En Düşük ve En Yüksek Puanları

	ÜNİVERSİTE	Genel Kontenjan		Tam Burslu		% 50 Burslu		% 25 Burslu	
		En Düşük	En Yüksek	En Düşük	En Yüksek	En Düşük	En Yüksek	En Düşük	En Yüksek
1	Atılım Üniversitesi (Ankara)	364,427	440,489	458,415	499,254	446,961	457,035	-	-
2	Bahçeşehir Üniversitesi (İstanbul)	402,771	494,887	534,510	544,382	-	-	-	-
3	Başkent Üniversitesi (Ankara)	407,807	445,722	479,764	495,882	-	-	449,694	459,667
4	Beykent Üniversitesi (İstanbul)	382,062	437,280	466,642	484,404	451,966	460,890	-	-
5	Bilkent Üniversitesi (Ankara)	441,498	505,562	544,890	564,723	506,788	543,067	-	-
6	Çağ Üniversitesi (Mersin)	373,738	422,458	461,366	464,804	446,099	460,244	427,007	445,674

7	Çankaya Üniversitesi (Ankara)	394,446	454,105	474,447	488,038	-	-	-	-
8	Turgut Özal Üniversitesi (Ankara)	-	-	-	-	-	-	-	-
9	Doğuş Üniversitesi (İstanbul)	371,976	427,456	463,624	485,615	443,632	453,309	-	-
10	Fatih Üniversitesi (İstanbul)	381,373	540,426	544,375	575,000	540,644	543,595	-	-
11	Gaziantep Üniversitesi (Gaziantep)	-	-	-	-	-	-	-	-
12	Gediz Üniversitesi (İzmir)	391,898	455,039	487,795	528,129	455,903	462,929	-	-
13	İstanbul Aydın Üniversitesi	348,659	426,047	462,339	469,132	-	-	-	-
14	İstanbul Bilgi Üniversitesi	398,578	472,246	514,025	541,236	480,532	511,118	464,502	480,115
15	İstanbul Kültür Üniversitesi	377,612	433,792	471,341	517,969	454,197	465,507	433,850	453,527
16	İstanbul Ticaret Üniversitesi	420,500	461,949	468,652	522,778	-	-	-	-
17	İstanbul Medipol Üniversitesi	-	-	-	-	-	-	-	-
18	İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi	-	-	-	-	-	-	-	-
19	Yeni Yüzyıl Üniversitesi (İstanbul)	-	-	-	-	-	-	-	-
20	İzmir Üniversitesi	393,204	457,247	459,334	474,439	-	-	-	-
21	Kadir Has Üniversitesi (İstanbul)	382,803	436,666	512,568	531,452	458,008	499,630	437,761	455,008
22	Koç Üniversitesi (İstanbul)	449,294	510,340	549,766	557,536	520,288	542,980	517,087	517,936
23	KTO Karatay Üniversitesi (Konya)	367,237	460,778	468,106	526,215	450,399	462,720	-	-
24	Mevlana Üniversitesi (Konya)	-	-	-	-	-	-	-	-
25	Maltepe Üniversitesi (İstanbul)	355,897	438,515	464,462	469,692	-	-	-	-
26	Melikşah Üniversitesi (Kayseri)	390,850	456,151	487,990	518,599	453,429	483,205	428,987	448,238
27	Okan Üniversitesi (İstanbul)	353,049	396,234	483,961	495,801	-	-	-	-
28	TOBB Ekonomi ve Tek.Ü. (Ankara)	435,929	473,468	544,246	576,653	476,265	537,993	-	-
29	Ufuk Üniversitesi (Ankara)	387,202	426,968	472,890	475,667	-	-	-	-
30	Uluslararası Antalya Üniversitesi	-	-	-	-	-	-	-	-
31	Yaşar Üniversitesi (İzmir)	394,719	460,745	471,347	485,042	463,065	468,322	-	-
32	Yeditepe Üniversitesi (İstanbul)	406,042	460,685	512,355	538,531	462,933	507,102	-	-
33	Zirve Üniversitesi (Gaziantep)	381,733	476,108	506,542	544,876	445,781	504,935	-	-

2010-2011 eğitim-öğretim yılında vakıf üniversitelerinin hukuk fakültelerine genel kontenjanda yerleştirilen öğrencilerin puanları 348.659 ile 540.426 arasında değişmektedir. En düşük puanla öğrenci alan fakülte İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi, en yüksek puanla öğrenci alan fakülte Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi'dir.

Vakıf üniversitesi hukuk fakültelerini genel kontenjanda tercih eden öğrencilerin taban puanları 348.659 - 449.294 arasında değişim göstermektedir. En düşük taban puanla öğrenci alan fakülte İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi, en yüksek taban puanla öğrenci alan fakülte Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi'dir. Fakültele göre değişen taban puanları arasındaki fark 100.635 puandır.

Hukuk fakültelerini genel kontenjanda tercih eden öğrencilerin tavan puanları 396,234 - 540,426 arasında olup, en düşük tavan puanla öğrenci alan fakülte Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, en yüksek tavan puanla öğrenci alan fakülte Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesidir. Fakültele göre değişen tavan puanları arasındaki fark 144,192 puandır. En düşük taban puanı ile en yüksek tavan puanı arasındaki fark ise, 201,767 puandır.

Tam burslu öğrenciler yönünden 2010-2011 eğitim-öğretim yılında vakıf üniversitelerinin hukuk fakültelerine yerleştirilen öğrencilerin puanları 458,415 ile 576,653 arasında değişmektedir. En düşük puanla öğrenci alan fakülte Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, en yüksek puanla öğrenci alan fakülte TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi'dir.

Vakıf Üniversitesi Hukuk fakültelerini tam burslu olarak tercih eden öğrencilerin taban puanları 458.415 - 549,766 arasında değişim göstermektedir. En düşük taban puanla öğrenci alan fakülte Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, en yüksek taban puanla öğrenci alan fakülte Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi'dir.

Hukuk fakültelerini tam burslu tercih eden öğrencilerin tavan puanları 464,804 - 576,653 arasında olup, en düşük tavan puanla öğrenci alan fakülte Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, en yüksek tavan puanla öğrenci alan fakülte TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi'dir. Fakültele göre değişen tavan puanları arasındaki fark 111,849 puandır.

% 50 burslu öğrenci talebinde bulunan fakülte sayısı 17'dir. 2010-2011 eğitim-öğretim yılında vakıf üniversitelerinin hukuk fakültelerini % 50 burslu olarak tercih eden öğrencilerin taban puanları 443,632 - 540,644 arasında, bunlardan vakıf hukuk fakültelerine yerleştirilen öğrencilerin puanları ise 443,632 - 543,595 arasında değişmektedir. En düşük taban puanla öğrenci alan fakülte Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, en yüksek taban puanla öğrenci alan fakülte, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi'dir. Fakültelele göre değişen tavan puan farkı 99,963 dır.

Hukuk fakültelerini % 50 burslu tercih eden öğrencilerin tavan puanları 453.309 - 543.595 arasında olup, en düşük tavan puanla öğrenci alan fakülte Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, en yüksek tavan puanla öğrenci alan fakülte, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi'dir. Fakültelele göre değişen tavan puanları arasındaki fark 90.286 puandır.

% 25 burslu öğrenci talebinde bulunan fakülte sayısı 7'dir. 2010-2011 eğitim-öğretim yılında vakıf üniversitelerinin hukuk fakültelerini % 25 burslu olarak tercih eden ve yerleştirilen öğrencilerin puanları 427,007 - 517,936 arasında değişmektedir. En düşük puanla öğrenci alan fakülte Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, en yüksek puanla öğrenci alan fakülte Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi'dir. Fakültelele göre değişen taban puanları arasındaki fark 90,080 puandır.

Hukuk fakültelerini % 25 burslu tercih eden öğrencilerin tavan puanları 445,674- 517,936 arasında olup, en düşük tavan puanla öğrenci alan fakülte Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, en yüksek tavan puanla öğrenci alan fakülte, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi'dir. Fakültelele göre değişen tavan puanları arasındaki fark 72.262 puandır.

3. HUKUK FAKÜLTELERİNİN 2008-2009 EĞİTİM ÖĞRETİM YILI ÖĞRENCİ VE ÖĞRETİM ÜYESİ SAYISI İLE MEZUN SAYISI

3.1. Devlet Üniversitelerinde Bulunan Hukuk Fakültelerinin 2008-2009 Eğitim Öğretim Yılı Öğrenci, Öğretim Üyesi ve Mezun Sayısı

Devlet üniversitelerinde bulunan hukuk fakültelerinin 2008-2009 eğitim öğretim yılı öğrenci, tam zamanlı öğretim üyesi ve mezun sayısı ile öğretim üyesi başına düşen öğrenci sayıları çizelge 6' da verilmiştir.⁵

⁵ Yüksek Öğretim Katalogu 1 - 247 s. (http://www.yok.gov.tr/katalog/katalog_devlet.pdf).

⁶ 2008- 2009 öğretim yılında öğrencisi bulunmayan ve/veya mezun vermeyen hukuk fakülteleri kuruluş yasaları belirtilmek suretiyle aşağıda gösterilmiştir.

Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Bursa): 21 Temmuz 1995 tarih ve 22350 sayılı *Resmi Gazete'*de yayınlanan 4 Temmuz 1995 tarih ve 95/7044 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile,

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara): 5 Ağustos 2005 günü *Resmi Gazete'*de yayınlanan 2005/9184 Karar Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile.

Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Erzurum): 29 Eylül 2006 gün ve 26304 sayılı *Resmi Gazete'*de yayınlanan 2006/10912 Karar Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile.

Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Trabzon): 26.12.2007 gün ve 26738 sayılı *Resmi Gazete'*de yayınlanan 2007/12968 Karar Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile.

Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Adana): 21.03.2007 gün ve 26469 sayılı *Resmi Gazete'*de yayınlanan 2007/11760 Karar Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile.

Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi: TBMM'de 22.05.2008 tarihinde kabul edilen 5765 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile.

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Isparta): 04.09. 2008 gün ve 26987 sayılı *Resmi Gazete'*de yayınlanan 2008/14045 Karar Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile.

Öndokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Samsun): 13.01.2009 gün ve 27109 sayılı *Resmi Gazete'*de yayınlanan 2008/14492 Karar Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile.

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Malatya) : 23.06.2009 gün ve 27267 sayılı *Resmi Gazete'*de yayınlanan 2009/15035 Karar Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile.

Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi: TBMM'de 14.07.2010 tarihinde kabul edilen 6005 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile.

Çizelge 6. Devlet Üniversitelerinde Bulunan Hukuk Fakültelerinin 2008-2009 Eğitim Öğretim Yılı Öğrenci, Öğretim Üyesi ve Mezun Sayısı⁶

		08 – 09 Toplam Öğrenci Sayısı	08 – 09 Mezun Sayısı	Tam Zamanlı Öğretim Üyesi Sayısı	Öğretim Üyesi Başına Düşen Öğrenci Sayısı
1	Akdeniz Üniversitesi (Antalya)	307	58	21	15
2	Anadolu Üniversitesi (Eskişehir)	474	123	16	30
3	Ankara Üniversitesi	2 431	389	50	49
4	Atatürk Üniversitesi (Erzurum)	134	-	3	45
5	Çukurova Üniversitesi (Adana)	83	-	2	42
6	Dicle Üniversitesi (Diyarbakır)	530	120	24	22
7	Dokuz Eylül Üniversitesi (İzmir)	1 485	284	35	42
8	Erciyes Üniversitesi (Kayseri)	344	35	6	57
9	Erzincan Üniversitesi	435	85	16	27
10	Galatasaray Üniversitesi (İstanbul)	270	23	23	12
11	Gazi Üniversitesi (Ankara)	1 077	125	57	19
12	Hacettepe Üniversitesi (Ankara)	-	-	-	-
13	İnönü Üniversitesi (Malatya)	-	-	-	-
14	İstanbul Üniversitesi	3 608	509	108	33
15	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	-	-	-	-
16	Karadeniz Teknik Üniversitesi (Trabzon)	84	-	-	-
17	Kırıkkale Üniversitesi	478	72	-	-
18	Kocaeli Üniversitesi	463	96	22	21

19	Marmara Üniversitesi (İstanbul)	3 083	739	54	57
20	Ondokuz Mayıs Üniversitesi (Samsun)	-	-	-	-
21	Selçuk Üniversitesi (Konya)	2 040	508	29	70
22	Süleyman Demirel Üniversitesi (Isparta)	102	-	8	13
23	Uludağ Üniversitesi (Bursa)	227	-	7	32
24	Yalova Üniversitesi	-	-	-	-
25	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi (Ankara)	-	-	-	-
		17 655	3 166	481	37

2008-2009 eğitim öğretim yılında öğrencisi bulunan 19 hukuk fakültesinde 17.655 öğrenci bulunmakta, en fazla öğrenci sayısı 3.608 ile İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, en az öğrenci sayısı 83 ile Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesindedir.

2008-2009 eğitim öğretim yılında mezun veren 14 hukuk fakültesinden mezun olan öğrenci sayısı 3.166'dır. En fazla mezunu 739 öğrenci ile Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, en az mezunu 23 öğrenci ile Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi vermiştir.

Devlet üniversiteleri hukuk fakülteleri içerisinde 2008-2009 eğitim öğretim yılında 17 hukuk fakültesinde 481 tam zamanlı öğretim üyesi görev yapmaktadır. En fazla tam zamanlı öğretim üyesi sayısı 108 ile İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, en az tam zamanlı öğretim üyesi sayısı 2 ile Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndedir.

Öğrencisi bulunmasına karşın tam zamanlı öğretim üyesi bulunmayan Hukuk Fakülteleri; Karadeniz Teknik Üniversitesi ve Kırıkkale Üniversitesi hukuk fakülteleridir.

2008-2009 eğitim öğretim yılında öğretim üyesi başına düşen öğrenci sayıları yönünden Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi 70 öğrenci ile ilk sırayı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi ise 12 öğrenci ile son sırayı almaktadır. Ortalama öğretim üyesi başına düşen öğrenci sayısı 37'dir.

3.3. Vakıf Üniversitelerinde Bulunan Hukuk Fakültelerinin 2008-2009 Eğitim Öğretim Yılı Toplam Öğrenci, Öğretim Üyesi ve Mezun Sayıları

Vakıf üniversitelerinde bulunan hukuk fakültelerinin 2008-2009 eğitim öğretim yılı toplam öğrenci sayıları ve mezun öğrenci sayıları Çizelge 7'de özetlenmiştir.⁷

⁷ (Yüksek Öğretim Katalogu 248 - 317 s Vakıf Üniversiteleri.http://www.yok.gov.tr/katalog/katalog_vakif.pdf. Erişim Tarihi 10.09.2010)

⁸ 2008- 2009 öğretim yılında öğrencisi bulunmayan ve/veya mezun vermeyen hukuk fakülteleri kuruluş yasaları belirtmek suretiyle aşağıda gösterilmiştir.

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara): 15.05.2008 gün ve 26877 sayılı *Resmi Gazete'* de yayınlanan 2008/13659,

İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi: 15.05.2008 gün ve 26877 sayılı *Resmi Gazete'* de yayınlanan 2008/13660,

Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul) : 15.05.2008 gün ve 26877 sayılı *Resmi Gazete'* de yayınlanan 2008/13662,

Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul):15.05.2008 gün ve 26877 sayılı *Resmi Gazete'* de yayınlanan 2008/13663,

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi:15.05.2008 gün ve 26877 sayılı *Resmi Gazete'* de yayınlanan 2008/13664,

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul):15.05.2008 gün ve 26877 sayılı *Resmi Gazete'* de yayınlanan 2008/13665,

Beypazarı Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul): 15.05.2008 gün ve 26877 sayılı *Resmi Gazete'* de yayınlanan 2008/13666 Karar sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile,

İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi: TBMM'de 22.05.2008 tarihinde kabul edilen 5765 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile,

Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Kayseri): TBMM'de 31.07.2008 tarihinde kabul edilen 5799 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile,

Gazikent Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Gaziantep) ve Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İzmir): TBMM'nce 31.07.2008 tarihinde kabul edilen 5796 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile,

Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Gaziantep) ve İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi: TBMM'de 18.02.2009 tarihinde kabul edilen 5839 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile,

Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ankara) ve İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Konya) Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Konya): TBMM'de 23.06.2009 tarihinde kabul edilen 5913 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair

Çizelge 7. Vakıf Üniversitelerinde Bulunan Hukuk Fakültelerinin 2008-2009 Eğitim Öğretim Yılı Toplam Öğrenci Sayıları, Mezun Öğrenci Sayıları, Tam Zamanlı Öğretim Üyesi Sayısı ve Öğretim Üyesi Başına Düşen Öğrenci Sayısı⁸

		08 – 09 Toplam Öğrenci Sayısı	08 – 09 Mezun Sayısı	Tam Zamanlı Öğretim Üyesi Sayısı	Öğretim Üyesi Başına Düşen Öğrenci Sayısı
1	Atılım Üniversitesi (Ankara)	546	27	13	42
2	Bahçeşehir Üniversitesi (İstanbul)	774	108	15	52
3	Başkent Üniversitesi (Ankara)	706	170	17	42
4	Beykent Üniversitesi (İstanbul)	176	-	17	10
5	Bilkent Üniversitesi (Ankara)	765	126	22	35
6	Çağ Üniversitesi (Mersin)	426	63	18	24
7	Çankaya Üniversitesi (Ankara)	629	207	13	48
8	Doğuş Üniversitesi (İstanbul)	117	-	9	13
9	Fatih Üniversitesi (İstanbul)	100	-	12	8
10	Gazikent Üniversitesi (Gaziantep)	-	-	-	-
11	Gediz Üniversitesi (İzmir)	-	-	-	-
12	İstanbul Aydın Üniversitesi	210	-	2	105
13	İstanbul Bilgi Üniversitesi	732	157	28	26
14	İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi	-	-	-	-
15	İstanbul Kültür Üniversitesi	746	189	-	-
16	İstanbul Medipol Üniversitesi	-	-	-	-
17	İstanbul Ticaret Üniversitesi	497	88	13	38
18	İzmir Üniversitesi	-	-	-	-
19	Kadir Has Üniversitesi (İstanbul)	471	69	28	17
20	Koç Üniversitesi (İstanbul)	232	45	12	19
21	KTO Karatay Üniversitesi (Konya)	-	-	-	-
22	Maltepe Üniversitesi (İstanbul)	593	101	35	17
23	Melikşah Üniversitesi (Kayseri)	-	-	-	-
24	Mevlana Üniversitesi (Konya)	-	-	-	-

Kanun ile,

Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi: TBMM’nce 14.07.2010 tarihinde kabul edilen 6005 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile kurulmuşlardır.

25	Okan Üniversitesi (İstanbul)	100	-	10	10
26	TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi (Ankara)	32	-	1	32
27	Turgut Özal Üniversitesi (Ankara)	-	-	-	-
28	Ufuk Üniversitesi (Ankara)	292	71	9	32
29	Uluslar arası Antalya Üniversitesi	-	-	-	-
30	Yaşar Üniversitesi (İzmir)	153	-	16	10
31	Yeditepe Üniversitesi (İstanbul)	863	117	24	36
32	Yeni Yüzyıl Üniversitesi (İstanbul)	-	-	-	-
33	Zirve Üniversitesi (Gaziantep)	-	-	-	-
	TOPLAM	9 160	1 538	314	29

2008-2009 eğitim öğretim yılında öğrencisi bulunan 21 hukuk fakültesinde, 9.160 öğrenci bulunmaktadır. En fazla öğrenci sayısı 863 ile Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinde, en az öğrenci sayısı 32 ile TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndedir.

2008-2009 eğitim öğretim yılında mezun veren 14 hukuk fakültesinden mezun olan öğrenci sayısı 1.538 dir. En fazla mezunu 207 öğrenci ile Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, en az mezunu 27 öğrenci ile Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi vermiştir.

Vakıf üniversiteleri hukuk fakülteleri içersinde 2008-2009 eğitim öğretim yılında 20 hukuk fakültesinde 314 tam zamanlı öğretim üyesi görev yapmaktadır. En fazla tam zamanlı öğretim üyesi sayısı 35 ile Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, en az tam zamanlı öğretim üyesi sayısı, (1) öğretim üyesiyle TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndedir.

Öğrencisi bulunmasına karşın tam zamanlı öğretim üyesi bulunmayan hukuk fakültesi ise İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi'dir.

2008-2009 eğitim öğretim yılında öğretim üyesi başına düşen öğrenci sayıları yönünden İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi 105 öğrenci ile ilk sırayı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi ise 12 öğrenci ile son sırayı almaktadır. Bu öğretim yılı için ortalama öğretim üyesi başına düşen öğrenci sayısı 29'dur.

3.4. Vakıf Üniversitelerinde Bulunan Hukuk Fakültelerinin 14.07.2010 Tarihi İtibariyle Tam Zamanlı Öğretim Üyesi Sayıları

Vakıf üniversitelerinde bulunan hukuk fakültelerinin 14.07.2010 tarihi itibariyle tam zamanlı öğretim üyesi sayıları çizelge 8'de verilmiştir.

Çizelge 8. Vakıf Üniversitelerinde Bulunan Hukuk Fakültelerinin
14.07.2010 Tarihi İtibariyle Tam Zamanlı Öğretim Üyesi Sayıları⁹

		Tam Zamanlı Öğretim Üyesi				Tam Zamanlı Öğretim Üye Yardımcıları			
		Prof. Dr.	Doç. Dr.	Yard. Doç. Dr.	Top.	Dr.	Öğ. Gör.	Top.	Arş. Gör.
1	Atılım Üniversitesi (Ankara)	8	1	4	13	-	3	3	6
2	Bahçeşehir Üniversitesi (İstanbul)	10	1	4	15	2	2	4	24
3	Başkent Üniversitesi (Ankara)	10	1	6	17	-	2	2	9
4	Beykent Üniversitesi (İstanbul)	5	1	2	8	-	8	8	-
5	Bilkent Üniversitesi (Ankara)	15	1	11	27	-	-	-	-
6	Çağ Üniversitesi (Mersin)	12			17				
7	Çankaya Üniversitesi (Ankara)	7	1	5	13	3	1	4	7
8	Doğuş Üniversitesi (İstanbul)	1	3	7	11	-	-	-	12
9	Fatih Üniversitesi	1	2	1	4	-	1	1	7
10	Gazikent Üniversitesi (Gaziantep)	-	-	-	-	-	-	-	-
11	Gediz Üniversitesi (İzmir)	1	1	1	3	-	-	-	3
12	İstanbul Aydın Üniversitesi	3	-	2	5	3	-	3	4
13	İstanbul Bilgi Üniversitesi	9	4	8	21	3	1	4	20
14	İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi	-	-	-	-	-	-	-	-
15	İstanbul Kültür Üniversitesi	11	1	4	16	-	10	10	16
16	İstanbul Medipol Üniversitesi	-	-	-	-	-	-	-	-
17	İstanbul Ticaret Üniversitesi	4	4	1	9	-	-	-	-
18	İzmir Üniversitesi	1	1	2	4	-	-	-	10

⁹ Vakıf Yükseköğretim Kurumları Kadrolu Öğretim Elemanlarının Bölümlere Göre Dağılımı http://www.yok.gov.tr/y/ozet_rapor.htm. Erişim Tarihi 10.09.2010.

19	Kadir Has Üniversitesi (İstanbul)	6	3	6	15	2	-	2	13
20	Koç Üniversitesi (İstanbul)	6	1	5	12	7	-	7	-
21	KTO Karatay Üniversitesi (Konya)	2	-	2	4	-	-		2
22	Maltepe Üniversitesi (İstanbul)	7	2	7	16	3	2	5	14
23	Melikşah Üniversitesi (Kayseri)	-	2	1	3	1	-	1	1
24	Mevlana Üniversitesi	-	-	-	-	-	-	-	-
25	Okan Üniversitesi (İstanbul)	4	-	2	6	-	1	1	10
26	TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi (Ankara)	1	-	1	2	1	-	1	1
27	Turgut Özal Üniversitesi (Ankara)	-	-	-	-	-	-	-	-
28	Ufuk Üniversitesi (Ankara)	6	2	1	9	-	3	3	10
29	Uluslararası Antalya Üniversitesi	-	-	-	-	-	-	-	-
30	Yaşar Üniversitesi (İzmir)	6	2	3	11	-	1	1	7
31	Yeditepe Üniversitesi (İstanbul)	10	5	8	23	2	1	3	4
32	Yeni Yüzyıl Üniversitesi (İstanbul)	1	-	3	4	-	-	-	-
33	Zirve Üniversitesi (Gaziantep)	-	1	3	4	-	1	1	4
	TOPLAM	135	40	100	275	27	37	64	184

Vakıf üniversiteleri hukuk fakültelerinde tam zamanlı öğretim üyesi olarak görev yapan 135 Prof. Dr., 40 Doçent Dr. ve 100 Yardımcı Doç. Dr. bulunmaktadır. Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde bulunan 12 Prof. Dr. ve Doç. Dr. Bu sayıya eklendiğinde Prof. Dr. ve Doç. Dr. öğretim üyesi sayısı 187 olmaktadır.

Vakıf üniversiteleri hukuk fakültelerinde en fazla öğretim üyesi sayısı 23 ile Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinde, en az öğretim üyesi sayısı 2 ile TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndedir.

Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi yeni açılan fakülteler olduğundan henüz öğretim üyeleri yoktur.

4.1. ADLİ YARGI HAKİM ve CUMHURİYET SAVCILARININ SAYISI İLE İLLERE GÖRE DAĞILIMI

81 ilimizde görev yapan adli hâkim ve Cumhuriyet savcı sayıları Çizelge 9'da verilmiştir.¹⁰

Çizelge 9. Türkiye'de Adli Yargıda Görevli Hâkim ve Cumhuriyet Savcı sayısı (İllere göre)

İLLER	Hâkim ve C. Savcı Sayısı	İLLER	Hâkim ve C. Savcı Sayısı
Adana	248	Konya	226
Adıyaman	51	Kütahya	71
Afyonkarahisar	100	Malatya	104
Ağrı	63	Manisa	173
Amasya	39	K.Maraş	98
Ankara	1748	Mardin	72
Antalya	314	Muğla	146
Artvin	39	Muş	36
Aydın	154	Nevşehir	52
Balıkesir	167	Niğde	46
Bilecik	39	Ordu	104
Bingöl	38	Rize	53
Bitlis	44	Sakarya	101
Bolu	51	Samsun	158
Burdur	51	Siirt	40
Bursa	245	Sinop	44
Çanakkale	75	Sivas	101
Çankırı	41	Tekirdağ	103
Çorum	74	Tokat	75
Denizli	133	Trabzon	97
Diyarbakır	152	Tunceli	45
Edirne	73	Şanlıurfa	119
Elazığ	78	Uşak	55
Erzincan	47	Van	118
Erzurum	127	Yozgat	70
Eskişehir	96	Zonguldak	79
Gaziantep	144	Aksaray	36

¹⁰ Bu sayıya Yüksek Mahkeme üyeleri (Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay) ile askeri hakimler dahil değildir. Buna karşılık askerlik hizmetini yedek subay olarak yapan hakim ve savcılar listeye alınmıştır. Yüksek Seçim Kurulu, Adli ve İdari Yargı Seçim Çevreleri Esas Alınarak Oluşturulan, Soyad Sıralı Seçmen Listeleri (29.09.2010) <http://www.yzk.gov.tr/ysk/index.html> Erişim Tarihi: 09.10.2010)

Giresun	69	Karaman	36
Gümüşhane	27	Kırıkkale	42
Hakkari	35	Batman	41
Hatay	131	Şırnak	44
Isparta	71	Bartın	32
Mersin	195	Iğdır	28
İstanbul	1557	Yalova	21
İzmir	541	Karabük	44
Kars	51	Osmaniye	53
Kastamonu	82	Düzce	49
Kayseri	131	Ardahan	33
Kırklareli	56	Bayburt	9
Kırşehir	40	Kilis	16
Kocaeli	145	TOPLAM	10432

81 ilimizde görev yapan adli yargı hâkim ve Cumhuriyet savcı sayısı 10.432 olup, en fazla hâkim ve Cumhuriyet savcısının görev yaptığı il 1.748 ile Ankara’dır. Ankara’yı 1.557 hâkim ve Cumhuriyet savcısı ile İstanbul, 541 ile İzmir izlemektedir. En az hâkim ve Cumhuriyet savcısının görev yaptığı iller 9, 16 ve 21 hâkim ve Cumhuriyet savcısı ile Bayburt, Kilis ve Yalova’dır.

Türkiye’nin 31 Aralık 2009 tarihi itibarıyla nüfusu 72.561.312 dir.¹¹

Ülkemizde 6.956 kişiye 1 hâkim ve Cumhuriyet savcısı düşmektedir.

4. 2. İDARİ YARGI HÂKİM VE CUMHURİYET SAVCILARI SAYISI VE İLLERE GÖRE DAĞILIMI

Ülkemizde 25’i bölge idare mahkemesi olmak üzere 43 ilimizde idari yargı teşkilatı mevcut olup bu mahkemelerde görev yapan idari hâkim ve Cumhuriyet savcı sayıları Çizelge 10’da verilmiştir.

¹¹ TÜİK. Adrese Dayalı Nüfus Kayıt Sistemi Sonuçları - Dönemi: 2009. (http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?tb_id=39&ust_id=11 Erişim Tarihi: 16.10.2010)

Çizelge 10. Türkiye’de İdari Yargıda Görevli Hâkim ve Cumhuriyet Savcı Sayısı (İllere Göre)¹²

	Hâkim ve Savcı Sayısı		Hâkim ve Savcı Sayısı
Adana	31	Kayseri	20
Afyonkarahisar	6	Kocaeli	16
Ankara	505	Konya	21
Antalya	30	Malatya	15
Aydın	15	Manisa	16
Balıkesir	8	Mardin	7
Bursa	34	Muğla	9
Çanakkale	4	Ordu	15
Çorum	5	Rize	5
Denizli	13	Sakarya	20
Diyarbakır	26	Samsun	18
Edirne	13	Sivas	15
Elazığ	10	Tekirdağ	11
Erzurum	21	Tokat	5
Eskişehir	21	Trabzon	13
Gaziantep	20	Şanlıurfa	8
Hatay	11	Van	22
Isparta	6	Yozgat	5
Mersin	22	Zonguldak	13
İstanbul	139	Aksaray	6
İzmir	53	Kırıkkale	16
Kastamonu	7	TOPLAM	1276

¹² Yüksek Seçim Kurulu, Adli ve İdari Yargı Seçim Çevreleri Esas Alınarak Oluşturulan, Soyad Sıralı Seçmen Listeleri.

(29.09.2010) <http://www.ysk.gov.tr/ysk/index.html> Erişim Tarihi: 09.10.2010)

43 ilimizde idari yargıda görevli hâkim ve savcı sayısı 1.276 olup, en fazla hâkim ve savcısının görev yaptığı il, adli yargıda olduğu gibi 505 ile Ankara'dır. Ankara'yı 139 hâkim ve savcı ile İstanbul, 53 hâkim ve savcı ile İzmir izlemektedir. En az hâkim ve savcının görev yaptığı iller Çanakkale, Çorum, Rize, Tokat ve Yozgat'tır. Bunlardan Çanakkale'de 4, diğer dört ilde 5'er hâkim ve savcı bulunmaktadır.

TÜRKİYE'DE BULUNAN 78 BAROYA KAYITLI AVUKAT SAYILARI

31 Aralık 2009 tarihi itibarıyla, 81 ilimizin 78'inde baro bulunmakta, Bayburt, Kilis ve Ardahan'da baro bulunmamaktadır. 78 ilimizde bulunan barolara kayıtlı toplam, erkek ve kadın Avukat sayıları Çizelge 11'de verilmiştir.

Çizelge 11. 31 Aralık 2009 itibarıyla Tüm Barolardaki Toplam, Erkek ve Kadın Avukat Sayıları¹³

BARO ADI	ERKEK	KADIN	TOPLAM	BARO ADI	ERKEK	KADIN	TOPLAM
Adana	977	535	1.512	Kocaeli	509	294	803
Adıyaman	149	31	180	Konya	1.019	421	1.440
Afyonkarahisar	224	75	299	Kütahya	165	67	232
Ağrı	56	14	70	Malatya	273	73	346
Amasya	104	33	137	Manisa	473	169	642
Ankara	5.640	3.797	9.437	K.Maraş	271	62	333
Antalya	1.427	766	2.193	Mardin	110	29	139
Artvin	37	17	54	Muğla	462	340	802
Aydın	493	280	773	Muş	37	10	47
Balıkesir	499	215	714	Nevşehir	119	31	150
Bilecik	44	18	62	Niğde	67	25	92
Bingöl	49	16	65	Ordu	162	59	221
Bitis	29	9	38	Rize	59	19	78

¹³ http://www.barobirlik.org.tr/tbb/avukat_sayilari/2009.aspx

Bolu	85	39	124	Sakarya	244	97	341
Burdur	100	37	137	Samsun	475	169	644
Bursa	1.162	553	1.715	Siirt	29	6	35
Çanakkale	184	85	269	Sinop	43	15	58
Çankırı	40	22	62	Sivas	190	87	277
Çorum	178	72	250	Tekirdağ	295	144	439
Denizli	515	214	729	Tokat	156	70	226
Diyarbakır	487	160	647	Trabzon	214	112	326
Edirne	181	62	243	Tunceli	24	9	33
Elazığ	234	51	285	Şanlıurfa	329	59	388
Erzincan	55	36	91	Uşak	155	52	207
Erzurum	197	53	250	Van	155	35	190
Eskişehir	364	200	564	Yozgat	108	30	138
Gaziantep	683	173	856	Zonguldak	252	120	372
Giresun	131	56	187	Aksaray	133	38	171
Gümüşhane	31	8	39	Karaman	79	29	108
Hakkari	47	3	50	Kırkkale	97	23	120
Hatay	486	172	658	Batman	143	25	168
Isparta	160	67	227	Şırnak	62	8	70
Mersin	808	364	1.172	Bartın	38	22	60
İstanbul	15.080	9.909	24.989	İğdır	42	12	54
İzmir	3.276	2.351	5.627	Yalova	72	33	105
Kars	73	24	97	Karabük	71	34	105
Kastamonu	95	41	136	Osmaniye	112	51	163
Kayseri	588	226	814	Düzce	86	37	123
Kırklareli	113	57	170	TOPLAM	42.484	23.776	66.260
Kırşehir	73	19	92				

Çizelge de görüldüğü gibi, Türkiye’de 78 baro bulunmakta ve 31.12.2009 tarihi itibariyle bu barolara kayıtlı avukat sayısı 66.260 tır.

Barolara kayıtlı avukatların 42.484'ü (% 64.1) erkek, 23.776'sı (% 35.9) kadındır. Barolara göre avukat sayıları 33 (Tunceli) ile 24.989 (İstanbul) arasında değişmektedir.

Çizelge 12. Avukat sayısı 1000 den Fazla Olan Barolar

BARO ADI	ERKEK	%	KADIN	%	TOPLAM	%
		*		*		*
İstanbul Barosu	15.080	35.5	9.909	41.7	24.989	37.7
Ankara Barosu	5.640	13.3	3.797	16.0	9.437	14.2
İzmir Barosu	3.276	7.7	2.351	9.9	5.627	8.5
Antalya Barosu	1.427	3.4	766	3.2	2.193	3.3
Bursa Barosu	1.162	2.7	553	2.3	1.715	2.6
Adana Barosu	977	2.3	535	2.2	1.512	2.3
Konya Barosu	1.019	2.4	421	1.8	1.440	2.2
Mersin Barosu	808	1.9	364	1.5	1.172	1.8
TOPLAM	29.389	69.2	18.696	78.6	48.085	72.6
GENEL TOPLAM	42.484	100.0	23.776	100.0	66.260	100.0

* %'ler, ilgili barodaki avukat sayısına göre değil, genel toplama göre hesaplanmıştır.

Avukat sayısı 1000 den fazla olan baro sayısı 8, toplam avukat sayısı 48.085 olup, tüm barolardaki toplam avukat sayısının % 72,6'sı bu 8 baroya kayıtlıdır.

İstanbul, Ankara ve İzmir barolarına kayıtlı avukat sayısı 40.053 olup, barolara kayıtlı toplam avukat sayısının % 60,4'ü bu üç baroya kayıtlıdır.

Ülkemizde 1.095 kişiye 1 avukat düşmektedir.

GENEL DEĞERLENDİRME

1. TÜRKİYE'DE BULUNAN HUKUK FAKÜLTESİ SAYISI ÇOK YÜKSEKTİR

2010-2011 eğitim öğretim yılı itibariyle, 81 ilimizde 102 devlet, 52 adet vakıf üniversitesi olmak üzere toplam 154 üniversitesi bulunmaktadır. 102 devlet üniversitesinin 25'inde, 52 vakıf üniversitesinin 33'ünde hukuk fakültesi yer almaktadır (Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde bulunan 3 üniversitedeki hukuk fakülteleri hariç).

Diğer bir ifade ile devlet üniversitelerinin % 25'inde, vakıf üniversitelerinin % 63'ünde hukuk fakültesi bulunmaktadır.

Bundan böyle ne devlet ne de vakıf üniversitelerinde yeni hukuk fakültesi açılmamalıdır.

2. Hukuk Fakültelerinin Öğrenci Kontenjanları Çok Yüksektir

Devlet üniversitelerinde bulunan 25 hukuk fakültesinden Hacettepe Üniversitesi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi ve İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakülteleri 2010-2011 eğitim öğretim yılında öğrenci talebinde bulunmamıştır. Diğer 22 devlet üniversitesi hukuk fakültelerinin toplam öğrenci kontenjanları 6.022 dir.

Vakıf üniversitelerinde bulunan 33 hukuk fakültesinden Turgut Özal Üniversitesi, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi ve Uluslararası Antalya Üniversitesi, Gazikent Üniversitesi ve Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakülteleri 2010-2011 eğitim öğretim yılında öğrenci talep etmemiştir. Diğer 27 vakıf üniversitesi hukuk fakültelerinin öğrenci kontenjanları 2.938 dir.

Devlet ve vakıf üniversiteleri hukuk fakültelerinin toplam kontenjanı 8.960 olup, Devlet üniversiteleri hukuk fakültesi kontenjanları 26 ile 1.230 arasında, vakıf üniversiteleri hukuk fakültesi kontenjanları 28 ile 175 arasında değişmektedir.

3 devlet üniversitesi, 6 vakıf üniversitesi hukuk fakültesi 2010-2011 eğitim öğretim yılında öğrenci talep etmemişlerdir. Gelecek yıllarda bu fakültelerin de öğrenci alacağı düşünüldüğünde toplam kontenjanın 10.000'i geçmesi büyük bir olasılıktır.

İstanbul Üniversitesi (410 öğrenci), Marmara Üniversitesi (410 öğrenci), Kırıkkale Üniversitesi (113) ve Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi (257 öğrenci) normal eğitim yanında ikinci öğretim de yapmaktadır. İkinci öğretimdeki toplam öğrenci kontenjanı 1.290 dır.

Hukuk fakültelerinin öğrenci kontenjanları büyük bir değişiklik göstermektedir. Hukuk fakültesi öğretim üyelerinin kaliteli bir hukuk eğitimi için en uygun kontenjanı belirlemeleri, zaten kontenjanlar çok yüksek iken bazı fakültelerin ikinci öğretim yapmaktan vazgeçmeleri gereklidir.

3. Hukuk Fakültelerine ÖSYM Tarafından Yerleştirilen Öğrencilerin Puanları Arasındaki Fark Çok Fazladır

2010-2011 eğitim-öğretim yılında devlet üniversitelerinin hukuk fakültelerini tercih eden öğrencilerin puanları 460.012 ile 566.980 arasında, vakıf üniversitelerinin hukuk fakültelerine genel kontenjanda yerleştirilen öğrencilerin puanları 348.659 ile 540.426 arasında değişmektedir.

Görüldüğü gibi, devlet ve vakıf üniversitelerine yerleştirilen öğrencilerin taban puanları arasındaki fark 111.353 puan, tavan puanları arasındaki fark 26.554 puandır.

Özellikle puanlar düştükçe, bir puanlık farkta bile binlerce öğrenci fark etmektedir. 111.353 puan fark çok yüksektir. Bu da hukuk fakültelerine başarısı yüksek olmayan öğrencilerin de yerleştirildiğini göstermektedir.

4. Fakültelerin Kontenjanlarına Bağlı Olarak Hukuk Fakültelerinde Öğrenci Sayısı Fazladır

2008-2009 eğitim öğretim yılında öğrencisi bulunan 19 devlet üniversitesi hukuk fakültesinde toplam öğrenci sayısı 17.655 olup, fakültelere göre 83 ile 3.608 arasında, 21 vakıf üniversitesi hukuk fakültesinde öğrenci sayısı 32 ile 863 arasında değişmekte toplam 9.160 öğrenci bulunmaktadır.

2008-2009 eğitim öğretim yılında öğrencisi bulunan 40 hukuk fakültesinde toplam 26815 öğrenci eğitim görmektedir. Diğer 18 hukuk fakültesi de öğrenci almaya başladığında bu sayının da hızla artacağı bir gerçektir.

5. Hukuk Fakültelerinden Mezun Olan Öğrenci Sayısı Fazladır

2008-2009 eğitim öğretim yılında mezun veren 14 devlet üniversitesi hukuk fakültesinden mezun olan öğrenci sayısı 3.166 olup fakültelere göre 23 ile 739 arasında, 14 vakıf üniversiteleri hukuk fakültelerinde ise mezun sayıları 27 ile 207 arasında değişmekte, toplam mezun sayısı 1.538 öğrencidir.

Görüldüğü gibi 14 devlet, 14 vakıf üniversitesi hukuk fakültelerinden 2008-2009 eğitim öğretim yılında 4.704 öğrenci mezun olmuştur. Bugün toplam 58 hukuk fakültesi bulunmaktadır. 2008-2009 öğretim yılında toplam 28 fakültesinden mezun olanların sayısı 4.704 ise kısa bir süre içinde iki katına çıkacağını söylemek kahinlik olmayacaktır.

6. Hukuk Fakültelerinde Tam Zamanlı Öğretim Üyesi Sayıları Çok Farklıdır

Devlet üniversiteleri hukuk fakültelerinde 2008-2009 eğitim öğretim yılında 17 hukuk fakültesinde 481, 20 vakıf üniversitesi hukuk fakültelerinde 314 tam zamanlı öğretim üyesi görev yapmaktadır

Devlet üniversiteleri hukuk fakültelerinde görev yapan tam zamanlı öğretim üye sayısı 2008-2009 eğitim öğretim yılında 2 ile 108 arasında değişmektedir. Aynı eğitim öğretim yılında öğrencisi bulunmasına karşın tam zamanlı öğretim üyesi bulunmayan devlet üniversitesi

hukuk fakülteleri; Karadeniz Teknik Üniversitesi ve Kırıkkale Üniversitesi hukuk fakülteleridir.

Vakıf üniversiteleri hukuk fakültelerinde görev yapan tam zamanlı öğretim üye sayısı 2008-2009 eğitim öğretim yılında 1 ile 35 arasında değişmektedir. Aynı eğitim öğretim yılında öğrencisi bulunmasına karşın İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tam zamanlı öğretim üyesi bulunmamaktadır.

Aynı hukuk eğitimini vermesi gereken fakültelerde tam zamanlı öğretim üye sayıları arasındaki farklılıklar oldukça düşündürücüdür. Fakülteler öğretim üyesi eksikliklerini, diğer fakültelerden sağlamaya çalışsa da tam zamanlı öğretim üyesi fakültelerin olmazsa olmazıdır. Atalarımızın söylediği gibi *"Taşıma su ile değirmen dönmez"*.

Fakülteler tabela fakültesi olarak açılmamalı, kaliteli eğitimin temel unsuru olan yeterli öğretim üyesine sahip olduktan sonra açılmalıdır.

7. Hukuk Fakültesi Mezunlarının İstihdamı

Hukuk fakültelerinden mezun olanlar, çok sayıda mesleği ve meslek grubunu kapsayan geniş bir alanda çalışma ve iş bulma olanağına sahip olmakla birlikte ilk planda hâkim ve savcılık ile bugün için serbest meslek olarak kabul edilen, fakat kamu görevi olduğunda şüphe bulunmayan avukatlık mesleğini tercih etmektedirler. Adalet Bakanlığı 2009 yılında hâkimlik ve savcılık sınavı açmamış, 2010 yılı için 400 kişi alınacağını duyurmuştur. Bu da gösteriyor ki, günümüzde yılda 5000'e yaklaşan hukuk mezunlarının en fazla %9'u hâkim ve savcı olabilecektir. İdari ve askeri yargı ihtiyacını da dikkate aldığımızda bu oran %10 civarında olmaktadır. Akademisyenliği ayrı tutacak olursak, hukuk fakültesi mezunları, kaymakamlık, banka müfettişliği, hesap uzmanlığı ve Sayıştay denetçiliğine de kabul edilmektedirler. Ancak bu mesleklere giriş sınavlarında ekonomi ve muhasebe alan bilgisine ağırlık verilmesi sebebiyle başarı yüzdesi oldukça düşük kalmaktadır. Bu itibarla hâkimlik ve savcılık sınavında başarılı olamayanların büyük çoğunluğu, bugün için sınavsız kabul edilen avukatlık mesleğine yönelmektedirler.¹⁴

¹⁴ Türkiye Barolar Birliği'nden edinilen bilgiye göre; ülkemizde 2009 yılında 3 514

SONUÇ

Diğer tüm fakültelerde olduğu gibi, hukuk fakülteleri eğitim ve öğretiminde de çok önemli sorunlar bulunmaktadır. Bu sorunlara çözüm bulunmadığı takdirde gelecekte hukuk eğitimini de çıkmazlar beklemektedir.

Bilindiği gibi, ülkemizde bazı yıllarda bazı meslekler ön plana çıkmakta ve o fakültelerin popüleritesi artmakta ve öğrenciler o mesleklerle yönelmektedir. Ancak o fakültelerin gerekli önlemleri alınmadığında 5-10 sene sonra o fakülteler de sıradanlaşmaktadır.

Son yıllarda hukuk eğitim ve öğretiminin prestijli olması nedeniyle öğrenciler, hukuk fakültelerini tercih etmekte ve hukuk fakülteleri kontenjanlarını doldurabilmektedir. Hukuk eğitim ve öğretiminde gerekli önlemler alınmadığında, hukuk fakültelerini tercih edecek öğrenciler azalacak ya da çok başarılı öğrenciler tercih etmeyecektir.

Hukuk fakültelerini tercih eden öğrencilerin tercihlerini yaparken düşünceleri, başarılı bir hâkim, Cumhuriyet savcısı, avukat ya da akademisyen olmaktır. Sanmıyoruz ki hiçbir öğrenci memur olmak için hukuk fakültelerini tercih etsin. Hukuk devletinde iyi yetişmiş hukukçulara gereksinim çok fazladır. Bilgi sahibi olmayan hâkim, savcı ve avukatın başarılı olması mümkün değildir. Bir başka ifadeyle mesleki bilgi, adaletin gerçekleşmesinin temel koşullarından biridir. Dolayısıyla başarılı hâkim, Cumhuriyet savcısı ve avukatlar hukuk devletinin ve adil yargılanma hakkının teminatıdır. Bu da çok iyi yetişmiş yeterli öğretim üyeleri ve başarılı öğrenciler ile sağlanabilir.

Hukuk Fakültesi öğretim üyelerine önemli sorumluluklar düşmektedir. Gerek Hükümet (son yıllarda devlet ve vakıf üniversitelerinin birçoğu Bakanlar Kurulu kararı ile açılmıştır) gerekse YÖK nezdinde temasa geçerek yeni hukuk fakültelerinin açılmasının engellenmesinin sağlanması ve kontenjanların düşürülmesi konularındaki sorunları çözmeleri zorunludur.

avukatlık ruhsatı almıştır. Bu sayı 2008 yılı için; 3 934, 2007 yılı için; 4 132, 2006 yılı için; 3 567 dir. Bu verilere göre ülkemizde her yıl ortalama olarak yaklaşık 3 800 kişi avukatlık mesleğine başlamaktadır.

KAYNAKLAR

- http://www.barobirlik.org.tr/tbb/avukat_sayilari/2009.aspx
TÜİK, Adrese Dayalı Nüfus Kayıt Sistemi Sonuçları - Dönemi: 2009.
http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?tb_id=39&ust_id=11 (Erişim Tarihi: 16.10.2010)
- Vakıf Yükseköğretim Kurumları Kadrolu Öğretim Elemanlarının Bölümlere Göre Dağılımı http://www.yok.gov.tr/y/ozet_rapor.htm. Erişim Tarihi 10.09.2010
- Yüksek Öğretim Katalogu 1 - 247 s.: (http://www.yok.gov.tr/katalog/katalog_devlet.pdf).
- Yüksek Öğretim Katalogu 248 - 317 s Vakıf Üniversiteleri.http://www.yok.gov.tr/katalog/katalog_vakif.pdf. (Erişim Tarihi 10.09.2010)
- Yüksek Seçim Kurulu, Adli ve İdari Yargı Seçim Çevreleri Esas Alınarak Oluşturulan, Soyad Sıralı Seçmen Listeleri (29.09.2010) <http://www.yok.gov.tr/yok/index.html> Erişim Tarihi: 09.10.2010
- Yüksek Seçim Kurulu, Adli ve İdari Yargı Seçim Çevreleri Esas Alınarak Oluşturulan, Soyad Sıralı Seçmen Listeleri (29.09.2010) <http://www.yok.gov.tr/yok/index.html> Erişim Tarihi: 09.10.2010

TUTUKLAMA PARADOKSU

PARADOX OF PREVENTIVE DETENTION

Mustafa T. YÜCEL*

Özet: Bu makalede tutuklama siyasetinin *de facto* uygulamasının ne derece makul olduğu mukayeseli pencereden irdelenmektedir.

Anahtar Sözcükler: Tutukluluk, adli kontrol, makullük, etik davranış, adil yargılanma hakkı

Abstract: This paper focuses on the reasonableness of preventive detention policy in action from the comparative angle.

Keywords: Preventive detention, judicial control, ethical behavior, fair trial.

Devlet güvenliği sağlamak/vatandaşını korumak için ceza kavuşturmasını ancak diğer vatandaşlarına kötü bir şey yaparak (*zorunlu kötülük*) gerçekleştirebilmektedir. Devlet "*iyi olanı*" ancak "*kötü olanı*" da yaparak; hak kısıtlamalarına başvurarak sunmaktadır. Önlenemez tahribatı göz önüne alınarak bu zorunlu kötülüğün mümkün olduğunca en alt seviyede tutulması siyaseti *de facto* benimsenmelidir. Burada söz konusu olan benimsediğimiz etik anlayış¹ bilincini vurgulamaktır: Devlet kendi davranış biçimleri açısından suçluların davrandığı gibi davranamaz; kendini onlarla aynı konumda göremez. Bu yaklaşım, doğal olarak, devletin suçlulara göre biraz daha dezavantajlı bir

* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı Başkanı.

¹ Bkz. *Bangolar Yargı Etiği İlkeleri*.

konumda olduğunu göstermektedir. Bu çıkarımın benimsenen uygarlık düzeyi ve insana saygı için ödenecek bir bedel olduğu bilinmelidir.

Yeni CMK ile sağlanan özgürlükçü yaklaşıma karşın adli kültür ve alışkanlıklar sonucu *de-jure* tutuklama siyaseti gerçekleştirilemedi. Tartışma sanığın suçlu olup olmadığına yönelik olmayıp, yargılama sürecinin tutuklu sürdürülüp sürdürülemeyeceğine yöneliktir. Tutuklamanın istisnai bir tedbir olarak ele alınması, kişinin isnat edilen suçu işlediği hakkında makul şüphe ile (*Kaçması tehlikesi, *adaletin işleyişine müdahale etmesi tehlikesi, *ciddi bir suç işlemesi tehlikesi) gerekçelerden bir veya birkaçının varlığına ait kuvvetli sebeplerin varlığı halinde ancak tutuklamaya karar verilebilmesi genel bir ilke olarak uygulamaya egemen olması, *adli kontrol² uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuku ve fiili nedenlere yer verilmesi* (CMK m. 101-1) gerekirken, CMK m. 100/3'te yer alan katalog suçlarda, başkaca bir gerekçe aranmak- sızın, tutuklamaya başvurulması temel ilke olmuş; CMK ile tutuklamaya getirilmek istenen anlayış uygulamaya yansımamıştır.³ Tutuklu olan sanıklardan ne kadarının beraat/mahkum olduğunu bilgisine ulaşamadığı için Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü tutuklu veri bankasından (örneğin 2005 yılına bilgilerin) *Adli Sicil Bilgi Bankasından* taranması ve bu yöntemin sistematik bir uygulamaya dönüşürülmesi önerilebilir. Bilgi eksikliği CMK m. 101/5 uyarınca tutuklu- luğa itiraz üzerine verilen kararlar (kabul/ret) için de geçerlidir.

² CMK m. 109(1) adli kontrol uygulamasında ön görülen hapis cezası üst sınırının üç yıl olması sonucu bu tedbir sınırlayıcı niteliktedir.

³ Bkz. B. Öztürk / D. Tezcan / R. Erdem ve..., *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ders Kitabı) Seçkin, 2009, s. 5,7: "*Yasada değil,kafada devrim gerçekleştirilmedikçe halkımız layık olduğu bir sisteme kavuşamayacaktır. Mahkemelere düşen görev eski alışkanlıklara göre değil yeni CMK'ya uygun işlem yapmaktır. Burada alt yapı eksikliği bahane olarak gösterilmemelidir. Bu eksikliklerle alakası olmayan, örneğin tutuklama kararı gibi işlerde yasa- ya uyulmaması düşündürücüdür.*"; M. T. Yücel, "Tutuklama Siyasetinin Aritmetiği", *Güncel Hukuk*, (Ocak 2010/1-73), s. 16-19: *Bir kimsenin yaşamından günlerini, yıllarını almak için binlerce yol bulabilirsiniz. Yalnız bir dakikasını iade etmek için tek bir yol bile yoktur. Ne var ki, uygulamada tutuklama evresel çerçeveyi aşarak ceza haline dönüşmektedir. Ayrıca bkz. M. Feyzioğlu, "Tutuklamaya dair Uygulamada görülen Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Ali Naim Armağanı, 2009; TBB Tutuklama Raporu, Ankara 2010; E. Şen, "Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri ve Gündeme Gelen Sorunlar", *Güncel Hukuk*, Eylül 2010/9-81, s. 36-40. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Esas 2009/116 Karar 2010/111 kararı. www.ksg.harvard.edu/criminaljustice*

Ülkemizdeki tutukluluk hareketına bakıldığında yıllar itibariyle 1 Haziran tarihinde cezaevlerinde bulunan tutuklu sayısı, toplam cezaevi nüfusundaki yüzde oranı ve değişimi şöyledir:

Tablo 1.

Yıl	Tutuklu	%	Değişim
1986	18.770	35.9	100
1987	18.614	37.6	99
1988	18.291	36.6	97
1989	18.355	38.4	98
1990	15.712	34.9	84
1991	14.552	54.9	78
1992	16.752	58.0	89
1993	16.218	54.5	86
1994	22.842	56.3	122
1995	23.390	50.5	128
1996	24.466	46.0	130
1997	25.814	43.8	138
1998	24.900	39.1	133
1999	26.183	37.6	139
2000	27.029	37.2	144
2001	28.068	50.5	150
2002	25.203	43.0	134
2003	31.776	49.8	169
2004	33.020	48.0	176
2008	56.820	60.2	302
2009	60.606	51.8	322
2010	59.365	49.7	316

Tutuklu sayısının, hükümlü sayısına yaklaşması, burada işlerin iyi gitmediğine karine oluşturmaktadır. Bu durum soyut olanın, *de facto* yoğun bir mutasyona uğratıldığına işaret etmektedir. Diğer bir anlamıyla, önlem olarak sınırlı bir işlevi olan tutuklama, iddianın kışkırtması ve hâkimin otonom ve aşkın tutumuyla cezaya dönüşmektedir. Takdirin kontrol altına alınması, temellendirmeye mümkündür.

Güncel kararlar, tutukluluğun hangi öncüllere yaslanarak, kendisini geçerli kıldığı, geçerliliği besleyen güvence, temel ve desteklerin neler olduğunu hiçe sayarak, toplumsal meşruiyet, hukuk ve yasa arasındaki optimum uyumu, bir başka bahara bırakılmaktadır.

Bu çerçevede, 1 Ekim 1992 tarihi itibarıyla seçilmiş Avrupa Ülkeleri cezaevleri toplam nüfusundaki tutuklu oranı, İtalya dışında (% 57.1), Türkiye'deki oranın altında seyretmektedir. Şöyle ki, bu oran Fransa'da (% 43.6), Avusturya'da (% 40.2), Portekiz'de (%39.6), Yunanistan'da (%36.5), İsviçre'de (%29.4), Danimarka'da (%29.0) ve İsveç'te (%20.5)'dir.

1986-1994 yıllarındaki tutukluluk seyri incelendiğinde; 1991 yılı oranında %20'lik bir artışa, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda yapılan değişiklikler (12.04.1991) bağlamında, genişletilmiş şartlı salıverme (1/5) ve suç olmaktan çıkarılan fiiller sonucu yaklaşık 18.000 hükümlünün salıverilmesi nedeniyle oluştuğu ve 1995 yılına kadar devam ettiği görülmüştür.

2000/2001 yılında 4616 sayılı Şartlı Salıverme ve Erteleme Kanunu uyarınca on yıllık indirimden yararlanan hükümlü sayısı ayrık olmak üzere Haziran 2002 tarihi itibarıyla toplam 40.000 kişi salıverilmiş ve yaklaşık 400.000 sanık da ertelemeden yararlandığı için tutuklama oranında (*oransal*) artışa tanık olunmuş ise de, 2008-2009 yıllarında reel bir artışa tanık olunmaktadır.

Ülkemizde tutuklama nedenleri üzerine toplanmakta olan istatistikler bulunmadığından sistemdeki ajanları ve kamuoyunu bilinçlendirmek üzere bu türden verilere gereksinme vardır. Bu konuda Almanya örneğine ait verilere aşağıda yer verilmiştir. Almanya'da 2007 istatistiğine göre hükümlü oranı % 79 iken tutuklu oranı % 17 idi.

Tablo 2.
Tutuklama Nedenleri Sayısal Dağılımı
(2006)

Nedenler	Sayısı	%
Kaçma riski	22.666	93.1
Kanıtı etkileme	1.446	5.9
Suçun ciddiyeti	1.124	4.6
Mükerrirlik riski	2257	9.3
Toplam	24.352	112.9*

(*) Tutuklama olgusunda birden fazla neden olabildiğinden toplam % 100'u aşmaktadır.

CMK'da tutukluluk süresi için "makullük" kavramı(AİHS m. 5/3) yerine azami süreler vaz edilmiştir. Ağır ceza mahkemeleri görevine girmeyen işlerde süre en çok bir yıl artı altı ay (CMK m. 102/1); ağır cezalı işlerde ise süre en çok iki yıl artı üç yıldır (CMK m. 102/2). Yalnız CMK m. 250/1-c bendinde sayılan suçlar açısından bu süreler iki kat olabilir (CMK m. 252/2). Eski CMUK'a göre toplam tutukluluk azami süresinin bir/üç yıl iken fahiş bir artış kaydetmesi, ceza adaleti sisteminde iş yükü sorunuyla baş edemeyen yaklaşımın yeni bir sorun daha yaratma becerisinden başka neyle açıklanabilir. Bu düzenleme biçimi, dava yönetiminde *tutuklu işlere* özgü sürat sağlamak üzere yeni metotların geliştirilmesine ihtiyaç göstermektedir. İşte tutuklu işlerin yarattığı iş yükü stresi yanında gıyabı tutuklu dosyaları da mahkemeler için iş yükü artışı anlamına gelmektedir.

Bu düzenlemelere karşın her tutuklama olgusunda sürenin Anayasa m.19/8 ve AİHS m.5/3 bağlamında makullük testinden geçirilmesi gerekmektedir(12/12/1991 tarihli Clooth-Belçika davası ve 17/03/1997 tarihli Müler-Fransa davası). Tutukluluk süresinin makul olup olmadığı teorik olarak değil; her davanın özel niteliklerine göre değerlendirilmelidir. "Devam eden tutukluluk durumu ancak davada masumiyet karinesine rağmen, kişisel özgürlüğe saygı kuralından daha önemli olarak ortaya çıkan gerçek bir kamu yararı gereğinin belirli göstergelerinin

bulunması halinde haklı çıkarılabilir” (22.09.2005 tarihli Kalay-Türkiye davası).

Almanya’da (2006) tutukluk süresi dağılımına bakıldığında ise, bu sürelerin Türkiye’ye göre kısa, % 75.5’inin 6 aya kadar tutuklu olduğu; % 18.4. ünün 6 - 12 ay arasında ve % 6.2.’sinin ise bir yıldan fazla tutuklu kaldığı görülmektedir:

Tablo 3

Tutukluluk süresinin sayısal dağılımı

Süre	Sayısı	%
1 aya	6272	25.8
1-3 ay	5869	24.1
3-6 ay	6227	25.6
6-12 ay	4485	18.4
1 yıl yukarı	1499	6.2

Kaynak: J-M.Jehle. Criminal Justice in Germany, Federal Ministry of Justice 5. Bası 2009.

Almanya’da tutukluluk istatistikleri seyrine bakıldığında, yıllar itibariyle tutuklu sayısında azalma görülmesi (1998 yılında 40.860 iken, 2006 yılında 24.352 inmesi) ötesinde kısa süreli tutuklu kalan sayısında da artışa tanık olunmuştur. Ülkemiz açısından da süreler itibariyle tutukluluk süre dağılımın saptanarak kamu oyu ile paylaşılması gerekmektedir.

31 Aralık itibariyle Türkiye’de tutuklu sayısının yıllar itibariyle seyrine bakıldığında Almanya’nın aksine bir artış trendine girdiği görülmektedir.

Tablo 4.

Yıl	Tutuklu	%
2004	27.565	(47.5)
2005	26.425	(47.3)
2006	34.412	(49.0)
2007	38.028	(42.0)
2008	40.832	(43.2)
2009	60.606	(52.0)

Nisan 2010 tarihi itibariyle 12-17 çocuklarda tutuklu oranı ise %90'u bulmuştur(!).

Tablo 5.

100.000 Risk Grubundaki Tutuklama Oranı

Yıl	Tutuklama %	100.000'deki risk
1991	8	8415
1992	9	8674
1993	7	6554
1994	7	7308
1995	7	7182
1996	7	6763
1997	7	6657
1998	5	5111
1999	5	4660
2000	5	4568
2001	3.3	3303
2002	3.9	3928
2003	4.4	4419
2004	3.8	3823
2005	3.4	3428
2006	4.1	4054
2007	3.9	3879

Alman Ceza Usulündeki tutuklama koşulları, CMK'ya benzerlik içinde şöyledir:

- Zanlı/sanık hakkında kuvvetli suç şüphesinin olması ve
- Zanlı/sanığın kaçması veya kaçması riski bulunması veya
- Zanlı/sanığın şerikleri veya tanıkları etkileme riski taşıması ve
- Ek olarak, tutuklama, suça ve beklenen yaptırıma orantılı bulunmasıdır.

- Çok ciddi suçlar ve yeniden suç işleme riski halinde de tutuklamaya gidilebilir.

Tutuklama siyaset ve uygulaması açısından önemli olan bir öge de savcı ve hâkimin bu konudaki kararı neye dayandığıdır? Yalnızca kolluktan gelen bilgiye mi dayalı kalmaktadırlar? Kolluk yalnızca suçu değil, zanlının kişisel durumunu (SAR) soruşturmak için yeterli zaman ve personele sahip midir? Ülkemizde kolluktan gelen bilgiler karara egemen olmaktadır. İkinci soru açısından kolluk yeterli zaman ve personele sahip değildir. Bu eksiklik diğer ülkeler için de geçerli olduğundan denetimli serbestlik kurumu devreye sokulmaktadır. Örneğin Almanya'da bu hizmetin sorumluluk alanının en önemli kısmı, suçlu ve çevresi hakkında tutuklamaya ilişkin değerlendirmeyi rapor etmek üzere ayrıntılı bilgi edinmektir. "*Haftentscheidungshilfe*" olarak adlandırılan bu işlev hâkime tutuklama kararı üzerine tavsiye anlamına gelmektedir. Savcının denetimli serbesti ile temas mecburiyeti yoksa da, ilgili savcılıkta bu birimden rapor isteyebilmektedir. Bu rapor doğrultusunda daha zecri tedbirlerle tutuklama amacına hizmet edileceği görüldüğünde, tutuklama tedbirine başvurulmamakta veya sonlandırılmaktadır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bir kaç kararında vurguladığı üzere, suçlunun kişilik değerlendirilmesi aynı zamanda suçun koşullarını saptamak açısından da önemlidir. 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Kanunu'nda benzer hükümler (m. 11/a, 12/b, 13/b) yer almasına karşın uygulamada varlığına tanık olunmamıştır -*boşluk teorisi*.

Kuşkusuz, tutukluluk bakımından herhangi bir ülke sistemini ideal bir sistem olarak benimseyip, bunun diğer ülkelerde uygulanmasına girişmek mümkün değildir. Tutukluluk sistemi, gerçekten de, geniş kapsamlı sosyal ve ceza siyasetleri ile uygulamanın bir ögesidir ve tüm olarak toplumu yansıtmaktadır. Yalnız, bu yaklaşım biçimi, müspet yönler ve girişimlere ilişkin olarak yabancı ülkelerdeki örnek ve uygulamaların benimsenmeyeceği anlamına da alınmamalıdır. Önemli olan, bu karşılaştırmalarda, *sistemlerin "iyi" veya "kötü"* olarak sınıflandırılmasına yönelik değerlendirmelere yer verilmemesidir.⁴

⁴ Avusturya hukukunda tutuklamanın amacına daha hafif tedbirlerle ulaşılabilecekse, tutuklama kararı verilemez veya devam ettirilemez (m. 180/1) Bkz. N. Centel, "Karşılaştırmalı Hukukta Tutuklamanın İşlevini Gören Diğer Kurumlar ve Türk

Çıkarım olarak, birey, hükümle tanışmadan onun yarattığı etki ve sonuçla yaşamaya icbar edilmektedir. Uygulama tutukluluk veya onunla benzer hedefleri amaçlayan kurumların varlık sebebini (*ratio legis*) ziyadesiyle öğrenmek ve öğrendiklerini yaşama geçirmeye çalışmalıdır.

KAYNAKLAR

- Adalet Akademisi, *Avrupa'da ve Türkiye'de Kolluk ve Adalet İlişkileri* (Ed. B. Ertem) Ankara 2006.
- Centel, N., "Karşılaştırmalı Hukukta Tutuklamanın İşlevini Gören Diğer Kurumlar ve Türk Hukuku", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000'e* sunulan bildiri (12-16 Ocak 2000) Ankara
- Council of Europe, *Delays in the criminal justice system*, Strasbourg 1992.
- Hart, H. L. A., *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak* (Çev. E. Öz) Ankara, Dost Kitapevi, 2000.
- Jehle, J.-M., *Criminal Justice in Germany*, Federal Ministry of Justice 5. Bası 2009.
- İstanbul Barosu, *Dördüncü Yılında CMK ve Uygulamaları*, 2010.
- İstanbul Barosu, *CMK'da Tutuklama ve Makul Süre*, 2009.
- Öztürk, B. / Tezcan, D., / Erdem, R. ve... *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ders Kitabı) Seçkin, 2009
- Stephenson, G. M., *The Psychology of Criminal Justice* Blackwell Publishing, 1992.
- Şen, E. "Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri ve Gündeme Gelen Sorunlar" *Güncel Hukuk*, Eylül 2010/9-81, s. 36-40
- TBB, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Ank., 2008.
- TBB, *Tutuklama Raporu*, Ankara 2010.
- Yücel, M. T., *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, TBB Yayını, Ank., 2007.
- Yücel, M. T., *Kriminoloji-Suç ve Ceza*, Adalet Bakanlığı Güçlendirme Vakfı, Ank., 1986.
- Yücel, M. T., *Türkiye'de Yargının Etkinliği*, TBB Yayını, Ank., 2008.

Hukuku", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000'e* sunulan bildiri (12-16 Ocak 2000) Ankara.

SUÇTA VE CEZADA KANUNÎLİK İLKESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI KARŞISINDA YAPTIRIMSIZ KALAN BAZI SUÇLAR

THE PRINCIPLE OF LEGALITY AND SOME SCOT FREE CRIMES
IN RELATION TO THE JUDGEMENTS OF CONSTITUTIONAL COURT

Hüsamettin UĞUR*

Özet: Türk Ceza Kanunu'nun ilk 75 maddesinde, ceza hukukunun temel ilkeleri ışığında kanunun uygulama alanı, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, ceza sorumluluğunun esasları gibi ceza hukukunun genel hükümleri düzenlenmiş, 5. madde ile 765 sayılı TCK'nın 10. maddesinin aksine genel hükümler özel ceza yasaları yönünden de geçerli kılınmış, bu konudaki ayrıksı düzenlemeler örtülü şekilde kaldırılmıştır.

Yüzlerce özel yasadaki ceza kanununun genel hükümlerine aykırı düzenlemeler TCK'nın 5. maddesi yürürlüğe girmeden uyum amacıyla 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmişse de gerekli uyum değişiklikleri yapılamadığından kanunilik ilkesi gereği bazı özel yasalardaki suçlar yaptırımsız hale gelmiş, bazı yasalarda yer alan hükümler ise Anayasa'nın "hukuk devleti", "suç ve cezada kanunilik/belirlilik", "ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi kararlarıyla iptal edilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Ceza hukukunun genel hükümleri, suçta ve cezada kanunilik ve belirlilik ilkesi, hukuk devleti, ceza sorumluluğunun şahsiliği, idarenin düzenleyici işlemleri.

Summary: In the first 75 articles of Turkish Penal Code; general provisions of criminal law such as jurisdiction, the principle of no punishment without law and basis of criminal responsibility are regulated in the light of basic principles of criminal law. As per Article 5, contrary to Article 10 of old code, general provisions (of new Statute) are regarded as to be applied both to special criminal stat-

* Yargıtay 7. CD Tetkik Hakimi (Metin içinde kullanılan İngilizce çeviri için Orhan Arslan'a teşekkür ederim).

utes and other statutes which include criminal penalties, and therefore exceptional clauses regarding this issue have been implicitly abolished.

In hundred of special criminal statutes contrary provisions to general provisions of Penal Code were amended by Act No: 5728 before Article 5 of the Turkish Penal Code entered into effect. However since the necessary adjustment laws were not enacted, some of crimes in the special statutes remained unpenalized by force of principle of legality. On the other hand because of the principles of 'State of Law', 'No crime/punishment without law (nulla poena sine lege)' and 'individuality of criminal responsibility' some articles in other codes were annulled by the Turkish Constitutional Court.

Keywords: General provisions of criminal law, no crime and punishment without law, State of Law, individuality of criminal responsibility, regulatory acts of administrative bodies.

Giriş

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren temel ceza kanunlarının¹ başında gelen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, "Yeni Ceza Adalet Sistemi"nin en önemli parçasıdır.²

¹ Diğer temel ceza kanunları 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'dur. Böylece maddi ceza hukuku ve yargılama hukuku ile bunların uzantısı olan infaz ve adli sicil kanunlarında esaslı değişikliklerin ötesinde "Yeni Ceza Adalet Sistemi" diyebileceğimiz sistem değişikliğine gidilmiştir.

² Hemen belirtmeliyiz ki "Yeni Ceza Adalet Sistemi" derken sadece 1 Haziran 2005 ve sonrasında yürürlüğe giren kanun ve kanun değişiklikleri anlaşılmalıdır. Aslında Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde, adalet sistemimizin çok uzun süredir ihtiyaç duyduğu reform niteliğinde değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu kapsamda sadece Anayasa'da 1987'den 2007 yılına kadar on iki ayrı kanunla değişiklik yapılmış, 6.2.2002-14.7.2004 tarihleri arasında uyum paketleri denilen ve 8 paketten oluşan; başta 765 sayılı TCK ve 1412 sayılı CMUK gibi temel yasalar olmak üzere Terörle Mücadele Kanunu'nun 7 ve 8. maddeleri, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Basın Kanunu, Siyasi Partiler Kanunu, Dernekler Kanunu, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, Devlet Memurları Kanunu, Devlet Güvenlik Mahkemeleri Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu değiştirilmiş, siyasî partilerin daha özgür bir ortamda, daha rahat siyasî faaliyet göstermelerini sağlayacak düzenlemeler yapılmış, örgütlenme özgürlüğü güçlendirilmiş, insanlık dışı ve alçaltıcı muamele nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen kararlar sonucu ödenen tazminatların sorumlu personele rücu edilmesini sağla-

Bilindiği üzere 765 sayılı TCK'nın ilk 124 maddesinde olduğu gibi, 5237 sayılı TCK'nın ilk 75 maddesinde ceza hukukunun temel ilkeleri ışığında genel hükümlere yer verilmiştir. Böylece temel ilkeler, tanımlar, kanunun uygulama alanı, ceza sorumluluğunun esasları ve şahsiliği, kast ve taksir, sorumluluğu kaldıran veya azaltan nedenler, iştirak, içtima, yaptırımlar, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi, dava ve cezanın düşürülmesi gibi ceza hukukunun genel hükümleri düzenlenmiştir.

Bu çalışmanın konusu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinden olan "*Suçta ve cezada kanunilik ilkesi*" başlıklı 2. maddesi ile bu Kanun'un genel hükümlerinin, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki³ suçlar hakkında da uygulanacağına ilişkin 5. maddesi ışığında bazı özel ceza yasalarında düzenlenen suçlara etkisi olacaktır.

muş, Anayasada yapılan değişikliklerle paralel olarak birçok kanunda yapılan değişiklik ile ölüm cezası önce savaş, yakın savaş tehlikesi ve terörizm hariç olmak üzere sonra da bütünüyle kaldırılmıştır. (Geniş bilgi için Bkz. Altıntaş, Ömer Faruk, "Avrupa Birliği'ne Aday Ülke Olarak Türkiye'de AB Uyum Yasalarının İç Hukuka Etki ve Katkısı",

(<http://www.abgm.adalet.gov.tr/dokumanlar/AB%20uyum%20yasalarinin%20ic%20hukuka%20etkisi%20ve%20katkisi%2025%20Aralik%202008%20-%20OFA.pdf>. E.T.:1.3.2009)

- 3 "Öğretide "Öteki Ceza Hukuku", "Tamamlayıcı Ceza Hukuku", "Acayip Konu" adını da verdikleri bu hukuk, ceza kanunları dışında tanımlanan ve yaptırıma bağlanan fiilleri inceleyerek sistemleştirmeyi hedefler. Ne var ki bunu yapmaya çalışmanın olanaksızlığın batağına saplanmaktan farkı yoktur. Belki de bu yüzden, çok geniş ve aynı ölçüde tehlikelerle dolu sonu belli olmayan bu düzenleme alanına "Bilinmeyen Hukuk" demek daha isabetli olabilir. Bu karmaşık düzenleme alanına dogmatik yaklaşımın egemen olunamamasının tek nedeni bilinemezliği değil, aynı zamanda türdeş yani homojen olmayan bir içeriğe sahip olmasıdır. ... ceza hukukunun alanı, hem gereksiz yere genişlemekte hem de çoğu kez anlamdan yoksun, genel ilkelere aykırı, hukuk devletini zedeleyici zararlı unsurlarla kirlenip bozulmaktadır ... ve böylece bir "ceza hukuku enflasyonu" doğmaktadır." Alacakaptan, Uğur, "Ceza Hukukunda Tamamlayıcı Kurallar Ya Da Öteki Ceza Hukuku", (ve yazarın atıfta bulunduğu kaynaklar) 3. Yılında Ceza Adale Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2009, Ankara, s. 13, 14.

Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Pozitif hukuk anlamında ve kısaca suç, kanunun cezalandırdığı fiildir. Ceza ise suç için öngörülen müeyyide/yaptırımdır.⁴ Ancak hukuka aykırı olan, haksızlık teşkil eden insan davranışları kanunlarda suç olarak tanımlanabilir.⁵ Suç; icrai, ihmali, kasıtlı, kusurlu insan davranışları olması itibariyle sosyal bir olgudur. Hangi fiillerin suç sayılıp ne şekilde cezalandırılacağı kanun koyucunun suç siyaseti/politikası belirler.

Anayasa'nın 38. maddesinde suçta ve cezada kanunilik ilkesini de kapsayacak ancak bundan daha geniş bir şekilde "*Suç Ve Cezalara İlişkin Esaslar*" düzenlenerek güvence altına alınmıştır. 765 sayılı TCK'ya göre (m. 1) 5237 sayılı TCK'nın 2. maddesinde suç ve cezada kanunilik/belirlilik ilkesi daha ayrıntılı ve güçlü bir şekilde ifade edilmiş ve bunun istisnasız olarak özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağını belirtilmiştir (m. 5). Suçta ve cezada kanunilik (ve belirlilik) ilkesine ilişkin olarak şunlar söylenebilir:

Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Kanunsuz suç ve ceza olmaz (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*) prensibi, bir yandan kişisel hürriyet ve masuniyeti (dokunulmazlığı) temin eder, bir yandan da bu hürriyeti tahdit eder (sınırlar).⁶ Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılmaz. Ceza sorumluluğu şahsidir.

Bir fiili suç saymak kanunkoyucuya aittir. Hakimin rolü kanunu uygulamaktan ibarettir. Roma Hukuku'nda olduğu gibi cezada pretor hukuku (*droit pretorien*) meydana getirilemez. Medeni Kanun'da oldu-

⁴ Taner, M. Tahir, *Ceza Hukuku -Umumi Kısım*, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından: 434, Hukuk Fakültesi: 95, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949, s. 79.

⁵ Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara, 2006, s. 66.

⁶ "Nullum crimen, nulla poena sine lege" formülünün ilk defa maruf cezacı Feuerbach tarafından ifade edildiği, prensibin kaynağının 18. asırdan ve Fransız Devrimi'nden çok daha önceki zamanlar olduğu, bu prensibin mevzuatta ilk önce 1787 Avusturya kanununda, daha sonra Fransız Anayasası (1791 ve 1793) ve ceza kanununda (1810) yer aldığı, ülkemizde bu prensibin ilk defa açık olarak 1293 Kanunu Esası'de (m. 10) ifade edildiği belirtilmiştir. Taner, M. Tahir, s. 132-134.

ğu gibi hakim, bir hüküm bulunmayan meselede örf ve adete göre, örf ve adet de yoksa kendisi kanunkoyucu yerine geçerek karar veremez.⁷

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.

Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın "hukuk devleti", "suç ve cezada kanunilik/belirlilik", "ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle son zamanlarda birçok yasal düzenlemeyi iptal etmiştir. Örnek olarak birkaçına yer verilecek kararlar 2006 yılı ve sonrasına ait olup, iptal edilen düzenlemelerin hepsi özel ceza yasalarında yer alan hükümlerdir.

1. 3.1.2002 tarih ve 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası ... Hakkında Kanun'un 8/2. maddesindeki izinsiz satış yapanlara "ruhsat harcının on katı tutarında adli para cezası" verileceğine dair bölüm Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ve 38. maddesindeki cezanın yasallığı ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle,⁸

⁷ Taner, M. Tahir, s. 138

⁸ Kararın gerekçesinde: Anayasa'nın 38 ve 5237 sayılı TCK'nın 2. maddesine dikkat çekildikten sonra suça verilecek cezanın açıkça belirtilmesi gerektiği, kişinin yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi, temel hak ve özgürlüklerinin güvencesi olduğu, kanunsuz suç olmaz ilkesi ile birlikte gelişen kanunsuz ceza olmaz ilkesinin, modern ceza hukukunun temellerinden biri olup kişilerin yaşamları, özgürlükleri ya da malları üzerindeki en etkili kısıtlamaya yol açacak cezaların, kanunlarla belirlenmesi gerektiğini ifade eden cezada kanunilik ilkesinin, bireysel özgürlüklerin teminatı olduğu kadar toplumsal düzenin ve barışın sağlanmasında ve devamında da etkili olduğu, bu ilkenin, suçlara uygulanacak yaptırım tür ve ölçülerinin, hangi sınırlar içinde uygulanacağını da yasayla belirlenmesini zorunlu kıldığı, cezanın belirlenmesinde ölçü alınan ruhsat harcının Yönetmelik'e göre belirlenmesinin, cezanın yasallığı ilkesiyle bağdaşmadığı, hukuk devletinde kanunlar Anayasa'ya aykırı olamayacağından, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olarak cezanın belirlenmesinde yönetmelik hükümlerinin esas alınması sonucunu doğuran kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu belirtilmiştir. (Any. Mahk., 19.01.2006, 2005/99 E., 2006/8 K., 20.07.2006 gün ve 26234 sayılı Resmi Gazete)

2. 10.7.2003 gün ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu⁹ ile kaçakçılık suçlarının büyük bir çoğunluğu ön demelik suçlar kapsamına alınmıştı (m. 34). Maddenin son fıkrası ise “*Bu maddenin uygulanmasında para cezasına esas alınacak değer, gümrük idaresince belirlenen değerdir.*” hükmünü içeriyordu. Söz konusu düzenleme Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle,¹⁰

3. 12.4.1991 gün ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun; 6. maddesinin ilk üç fıkrası ile 7. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahiplerini de sorumlu tutarak cezalandıran (6. maddenin 4. fıkrası ile 7. maddenin ikinci fıkrasındaki) hükmü Anayasanın 38. maddesindeki “Ceza sorumluluğu şahsidir” ilkesine aykırı bulunduğu gerekçesiyle,¹¹

te, iptal kararının, *Resmî Gazete*’de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verildiğinden, karar 20.01.2007 tarihinde yürürlüğe girmiş, bu tarihe kadar gerekli düzenleme yapılmadığından eylem yaptırımsız kalmıştır. Daha sonra 23/01/2008 tarih ve 5728 S.K. ile idari ceza getirilmiştir.)

⁹ 4926 sayılı Kanun, 31.3.2007 gün ve 26479 sayılı *Resmî Gazete*’de yayımlanan 21.03.2007 tarih ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁰ Kararın gerekçesinde; uyuşmazlığın tarafı olan müdahil gümrük idaresinin belirlediği CIF değer, hem yakalama eylemine katılanlara ödenecek ikramiyenin, hem de şüpheliye yapılacak ön ödeme tebligatındaki miktarın belirlenmesinde esas alınması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilmiştir (iki üye muhalif) (Any.Mhk., 18.9.2008, 2006/47 E., 2008/144 K., 30.12.2008 gün ve 27096 sayılı *Resmî Gazete*)

¹¹ Kararın gerekçesine göre; Anayasa’nın “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” kenar başlıklı 38. maddesinin yedinci fıkrasında, “Ceza sorumluluğu şahsidir” hükmü yer almaktadır. Anayasa’nın bu hükmü gereğince bir kişi, sadece kendisine ait kusurlu fiilinden sorumlu tutulabilir. Bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmaması, diğer bir ifadeyle başkasının fiilinden sorumlu tutulmaması Anayasa’nın 38. maddesinin yedinci fıkrası gereğidir. Bu ilkeye göre, asli ve ferî failden başka kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmaları olanaklı değildir.

Basın yayın organlarının sahipleri genellikle yayın hayatına sermayesiyle katkı sağlayan kişilerdir. Konuları nedeniyle bu kişilerin yayın işleri yönetimini şekillendirmek, yazı ve yayınları denetlemek ve yayın üzerinde inceleme ve denetim görevi olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Yayınları inceleme ve denetim ödevi yayın sorumlusuna aittir. Yasak eylemlerin basın yayın yoluyla işlenmesi halinde basın yayın organlarının sahiplerinin salt bu nitelikleri nedeniyle cezalandırılması ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırılık oluşturur.” (Any. Mhk., 18.6.2009, 2006/121 E., 2009/90 K., 26.11.2009 gün ve 27418 sayılı *Resmî Gazete*)

4. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesinin birinci fıkrasındaki "... 500.000 liradan 25.000.000 liraya kadar para cezası verilir" hükmü Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*" ilkesine aykırı bulunduğu gerekçesiyle İPTAL edilmiştir.¹²

Anayasa Mahkemesi'nin anılan iptal kararları sonucu örneğin 4733 sayılı Kanun'un 8/2. maddesindeki suç, maddenin 5728 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenip yürürlüğe girdiği 08.02.2008 tarihine kadar müeyyidesiz kalıp, anılan yasa değişikliğiyle de eylem için idari ceza getirilerek kabahate dönüştürülmüş,¹³ 4926 sayılı Kanun'a ilişkin

¹² Kararın gerekçesinde; "Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. ...Alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür. Cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfilığe yol açabilecek niteliktedir. ... cezaların yasallığı ve hukuksal güvenlik ilkelerinin gereği olarak, farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için, imar hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütleri yasada göstermesi gerekir. ...Hukuk kuralları, yargının yorumuna ihtiyaç göstermeyecek ve uygulayıcılar tarafından anlaşılabilir şekilde açık ve belirgin olmak, uygulayıcılara güvene vermek zorundadır. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır" denilmiştir. (Any. Mhk., 17.4.2008, 2005/5 E., 2008/93 K., 5.11.2008 gün ve 27045 sy. *Resmî Gazete*'de yayınlanmış olup, yayınlanmasından başlayarak dört ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Buna göre *iptal* kararının yürürlük tarihi 5.3.2009'dur. Anılan yasa maddesi 9.12.2009 tarih ve 5940 S.K. ile bütünüyle yeniden düzenlenmiştir.)

¹³ "Suç tarihi itibarıyla sanıklara atılı suçun oluştuğu gözetilmeden beraatlarına karar verilmişse de, Hükümden sonra, Anayasa Mahkemesinin 20.07.2006 gün ve 26234 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan 19.01.2006 gün ve 2005/99-2006/8 sayılı kararı ile 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğünün Yeniden Yapılandırılması ile Tütün ve Tütün Mamullerinin Üretimine, İç ve Dış Alım ve Satımına, 4046 S.K. ve 233 S. KHK'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesinin 2. fıkrasının "...ruhsat harcının on katı tutarında ağır para cezası ile cezalandırılır." bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, ... iptal edilen bölümü nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan, kalan bölümünün de 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince iptaline, iptal edilen fıkranın doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, iptal hükmünün, kararın *Resmî Gazete*'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine" karar verildiği dolayısıyla anılan iptal kararının 20.01.2007

iptal kararı uygulamada genellikle sanıklar lehine sonuç doğurmuş,¹⁴ 3713 sayılı Kanun'a ilişkin karar ile de Kanun'un 6. maddesinin ilk üç fıkrası ile 7. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, suçun işlenişine iştirak etmemiş olan basın ve yayın organlarının sahipleri açısından eylem suç olmaktan çıkmıştır.¹⁵

İmar Kanunu'nun 42. maddesine ilişkin kararın yukarıda yer verilen diğer kararlardan önemli yanı, bir suç karşılığı düzenlenen cezaya değil kabahat karşılığı öngörülen idari yaptırıma ilişkin olmasıdır.

İmar Kanunu'nun 42. maddesinin 1. fıkrasındaki ruhsat almadan, ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak ya-

tarihinde yürürlüğe girdiği, böylece sanıklara atılı 4733 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 2. fıkrası kapsamında satış belgesi almadan tütün mamulü satmak ve belgesi olmayan kimseye satış yapmak şeklindeki eylemlerin maddenin 23/01/2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenip yürürlüğe girdiği 08.02.2008 tarihine kadar müeyyidesiz kaldığı cihetle katılan vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile sonucu itibarıyla doğru olan hükmün onanmasına," (7. CD 03.06.2008, 2005/11432 E., 2008/14660 K.)

¹⁴ "Cumhuriyet Savcılığınca 6.9.2005 tarihinde yapılan, dava konusu eşyanın cif değerinin 3 katının esas alındığı ön ödeme önerisinin sanık tarafından yerine getirilmediğinden bahisle kamu davası açıldığı ve mahkemece eşyanın gümrüklenmiş değerinin 3 katı tutarında cezaya hükmolunduğu anlaşılmakla, 4926 sayılı Kanun'un 34. maddesinin son fıkrasında öngörülen "bu maddenin uygulanmasında para cezasına esas alınacak değer, gümrük idaresince belirlenen değerdir." düzenlemesindeki "gümrük idaresince" ibaresinin hükümden sonra 30.12.2008 gün ve 27096 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesi'nin 18.9.2008 gün ve 2006/47 Esas, 2008/144 karar sayılı kararı ile Anayasa'ya aykırı görülerek iptal edildiği de dikkate alınmak suretiyle, ödeme önerisinin gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle açılan kamu davasının yargılaması sonucunda kurulacak hüküm bakımından maddi gerçeğin belirlenmesinde zorunluluk bulunduğu gözetilerek, dava konusu eşya, konusunda uzman bilirkişiye incelettirilip CİF değerinin belirlenmesi ve bu miktar üzerinden gümrük idaresine hesaplatılacak gümrüklenmiş değer sanığın daha lehine olması halinde yeniden ön ödeme önerisi yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması,..." (7. CD 20.10.2009, 2008/8973 E., 2009/11233 K.)

¹⁵ "Anayasa Mahkemesi'nin 26.11.2009 tarih ve 27418 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 18.06.2009 tarihi ve 2006/121 esas, 2009/90 sayılı kararı ile 3713 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 29.06.2006 gün ve 5532 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile değiştirilen 4. fıkrasındaki "sahipleri ve" ibaresinin, yine 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü tümcesinde yer alan "sahipleri ve" ibaresinin iptaline karar verildiği gözetilerek sanığın hukuki durumunun yeniden tayin ve takdirinde zorunluluk bulunması, (9. CD 25.02.2010, 2008/19260 E., 2010/2400 K.)

pılan yapı nedeniyle idari para cezası verileceğine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı, 5.11.2008 tarihli *Resmi Gazete*'de yayınlanarak, yayınlanmasından dört ay sonra 5.3.2009 tarihinde yürürlüğe girdikten sonra anılan yasa maddesi 9.12.2009 tarih ve 5940 sayılı Kanun¹⁶ ile bütünüyle yeniden düzenlenmiştir.

Özel Ceza Yasalarının TCK'nın Genel Hükümleriyle İlişkisi

765 sayılı TCK'nın 10. maddesinin karşılığı 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesidir. Maddede *"Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır"* hükmüyle 10. maddenin aksine bir düzenleme getirilmiştir.

Madde gerekçesinde belirtildiği gibi *"Özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlarda ... ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir."*

Böylece 5. maddenin yürürlüğe girmesiyle cezanın ertelenmesi ve paraya çevrilmesi, iştirak, teşebbüs, tekerrür, müsadere gibi ceza hukukunun genel hükümleri özel ceza kanunları yönünden de geçerli kılınmış ve bu konudaki ayırksız düzenlemeler zımnen (örtülü şekilde) kaldırılmıştır.

Unutulmamalıdır ki TCK'nın ilk 75 maddesinde düzenlenen genel hükümler 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlüğe giren özel ceza kanunları için bağlayıcıdır. Bu tarihten sonra çıkarılacak yasalarda da 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesine aykırı hükümlerin bulunmaması temenni edilmekle birlikte, bu tarihten sonra çıkan ve çıkarılacak özel yasalarda TCK'nın genel hükümlerine aykırı normlara yer verilmesi halinde özel yasanın uygulanacağı öğretilde kabul edilmektedir.¹⁷

¹⁶ 17.12.2009 gün ve 27435 sayılı *Resmi Gazete*.

¹⁷ "TCK'nın 5. maddesi bir temenni hükmüdür. Bağlayıcılığı yoktur. Hukukumuz-

TCK'nın özel hükümleri özel yasalar açısından bağlayıcı değildir.¹⁸ Yeni TCK'nın özel hükümleri arasında yer alan tanımlar da dahil olmak üzere (Örn. TCK'nın 252/3. maddesindeki rüşvet, 305/4. maddesindeki temel milli yarar tanımı gibi) tüm düzenlemeler, bunlara yollama yapılmadığı sürece yalnızca düzenlendiği alanı ilgilendiren hususlardır.¹⁹ Nitekim Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nce, TCK'nın 212. maddesindeki "*Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur*" kuralının, Bankacılık Kanunu'ndan doğan nitelikli zimmet suçunda uygulanamayacağına karar verilmiş,²⁰ karara yapılan itiraz Ceza Genel Kurulu'nca yerinde görülmeyerek daire kararı benimsenmiştir.²¹

da temel kanuna aykırılık "itirazı" (olağan kanunlar karşısında bağlayıcı üstünlüğü olan anayasal kanun) düzenlenmediğinden söz konusu temenni hükümlerinden bir yarar beklemeye kalkışmak, anlamsız tartışmaktan başka bir şey olmaz." Alacakaptan, s. 20, Benzer görüşler; Özgenç, İzzet, s. 94; Mahmutoglu, F. S., *Türk Ceza Kanunu Reformu-II*, TBB yayını, Raporlar, s. 361; Bakıcı, Sedat, 5237 S. K. Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Y., Ankara 2007, s. 36; Özbek, Veli Özer, *Yeni TCK'nın Anlamı (Gazi Şerhi)*, Cilt I, Seçkin Y., Ankara 2005, s. 176, Ancak yeni TCK'da somut biçimde yer verilen "Suçta ve cezada kanunilik ilkesi" uyarınca "İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı" (m. 2) ve Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi (m. 3.), dayanaklarını Anayasadan aldıklarından gerek yürürlükteki gerekse yürürlüğe konulacak özel kanunlar bakımından gözeltmesi gerektiği de savunulmaktadır. (Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer, *TCK Yorumu*, I. Cilt, Ankara 2007, s. 32.)

¹⁸ Aynı yönde görüş, Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi, Şubat 2010, s. 82.

¹⁹ Yaşar / Gökcan / Artuç, s. 82.

²⁰ "5237 sayılı TCK'nın genel kurallarının özel ceza hükmü taşıyan yasalar bakımında da uygulanması gerektiği 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesinin amir hükmü ise de, TCK'nın 212. maddesinde yazılı sahtecilik suçlarının aynı yasada yer alan diğer suçların işlenmesi sırasında uygulama olasılığı bulunan TCK'nın özel bir kural olduğu ve bu haliyle bankalar kanununda yer alan ihtilâsen zimmet suçu yanında sahtecilik suçundan da cezalandırmaya dayanak alınamayacağı ve TCK'nın genel hükümleri arasında yer alan 42. maddesi karşısında; nitelikli zimmet suçunun işlenmesi sırasında sahte belge düzenlenmesi bu suçun unsurunu oluşturduğundan ve somut olayda sanığın nitelikli zimmet suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi halinde dahi, sahtecilik suçundan ayrı bir ceza verilemeyeceği," (7. CD 08.10.2009, 2009/10754 E., 2009/10338 K.)

²¹ "Özel yasalarda düzenlenen suçların işlenmesi sırasında sahte evrak düzenlenmiş olması halinde failin ayrıca bu suçtan da cezalandırılabilmesi için o yasada özel bir düzenleme yapılmış olması zorunlu olup aksinin kabulü ceza kanunlarında kıyasın uygulanması anlamına gelecektir. Nitekim yasa koyucu 5607 sayılı Kaçakçılık

Daire kararının aksine görüşler olsa da bizce daire kararı isabetlidir. Çünkü her ikisi de Yeni TCK'dan sonra çıkarıldığı halde, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda kaçakçılık eylemlerinin "Nitelikli Haller"inin düzenlendiği 4/5. maddesinde kaçakçılık suç ve kabahatlerinin, belgede sahtecilik yapılarak işlenmesi halinde, ayrıca bu suçtan dolayı da cezaya hükmolunacağı belirtilmişken 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda buna benzer bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenlerle 5237 sayılı TCK'nın 212. maddesinin yalnızca TCK'da düzenlenen suçlar hakkında uygulanabilecek bir kuraldır. CGK'nın 11.07.2006 tarih ve 182-182 sayılı Kararında da 765 sayılı TCK'nın 78. maddesi hükmü nedeniyle zimmet suçunun unsurlarını oluşturan sahte belge düzenleme suçunun, 5237 sayılı Kanun'un 212. maddesindeki düzenleme uyarınca ayrıca cezalandırılabilen bir fiil haline dönüştüğü belirtilmiştir.

5237 Sayılı TCK'nın 5. Maddesinin Yürürlük Tarihi

5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un²² çıkarılmasının en önemli sebebi 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesidir.²³ Bu maddenin yürürlük tarihi (5252 sayılı Kanun'a 5349 sayılı Kanun'la eklenen geçici 1. maddesinde yapılan değişiklikle), ilgili kanunlarda gerekli değişikliklerin yapılamaması gerekçesiyle iki defa ertelenmiş "...ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmıyaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanacağı" öngörülmüştü. 5. maddenin yürürlük tarihi, doğrudan doğruya suçu, suçun unsurlarını, suç tarihini, suça uygulanacak yaptırım ve dava zamanaşımını etkilediği

la Mücadele Kanunu'nun 5. maddesinin 4. fıkrası ile bu yasa açısından bir kural koymakla kalmamış, bunun yanında böyle bir hüküm bulunmayan özel yasalar açısından TCK'nın 212. maddesinin uygulanamayacağına ilişkin iradesini de dolaylı olarak ortaya koymuştur.

⁵⁴¹¹ sayılı Bankacılık Kanunu'nda sahtecilik suçundan ayrıca cezaya hükmolunacağına ilişkin bir düzenleme olmaması ve nitelikli zimmet suçu için öngörülen ceza miktarının ağırlığı birlikte değerlendirildiğinde bunun yasa koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu ve bu suçu bileşik suç olarak düzenlediği sonucuna ulaşılmaktadır." (CGK 06.04.2010, 2010/7-38 E., 2010/79 K., Oyçokluğu ile.)

²² 8 Şubat 2008 tarih ve 26781 sayılı *Resmi Gazete'*de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

²³ Gbi Bkz., Uğur, Hüsamet, 5237 Sayılı TCK'nın 5. Maddesi ve 5728 sayılı Kanun'un Getirdikleri, *Terazi Dergisi*, Yıl: 3, Sayı: 19, Mart 2008, s. 91-109.

için önem kazanmaktadır. Maddenin yürürlük tarihi hakkında farklı düşünceler akla gelebilir.

İlk olarak, 5728 sayılı Kanun'la, *ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler* yapıldığına göre artık 31 Aralık 2008 tarihinin beklenmesine gerek yoktur, 5. madde yürürlüğe girmiştir denilebilir. Çünkü, kanunkoyucudan bütün özel yasaların temel ceza kanunlarıyla uyumlu hale getirilmesi istenip, beklenemez. Ayrıca önceden tek tek belirlenip sayılmadığına göre "ilgili kanunların" hangileri olduğu, "gerekli değişikliklerin" ne olduğu kanunkoyucunun iradesine kalmıştır. Yapılan veya yapılamayan değişikliklerin değerlendirilmesi ve uygulamaya yansıtılması yargı kararlarıyla netleşecektir. Dolayısıyla kanunkoyucu görevini yapmıştır, mevcut duruma göre uygulamaya yön vermek gerekir, ayrıca 5. maddenin yürürlüğe girmesi benzeri değişikliklerin yapılmasına engel değildir düşüncesi ileri sürülebilir.

İkinci olarak, tasarı yaklaşık 2 yılı bulan çalışmalar sonucu kanunlaşmışsa da değiştirilmesi gereken bütün yasaların değiştirildiği ve uyum çalışmalarının bitirildiği söylenemez. Uyum çalışması ancak bir defada yapılabilir gibi bir şart ileri sürülemeyeceğinden, yasama organı kendisine verilen bu süreyi yasaları tek tek veya birkaç pakette değişiklik yaparak kullanabilir.²⁴ Madem 5252 sayılı Kanun'un geçici maddesi, diğer kanunların aykırı hükümlerinin, "ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler" yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanacağını öngörmüştür, 5. madde "gerekli değişiklikler"²⁵ yapılan ya-

²⁴ Bundan önce de aynı amaçla bazı özel yasalarda örneğin 31.05.2005 tarih ve 5358 sayılı Kanun'la İİK'da değişiklikler yapılmış, 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı. Bankacılık K., 21.3.2007 tarih ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu çıkarıldığı gibi 5828 sayılı Kanun'dan sonra da 14.12.2009 tarih ve 5941 sayılı Çek Kanunu, çıkarılmıştır. Fakat aynı şekilde uyum amacıyla değiştirilmesi gereken onlarca özel yasanın bulunduğu da bir gerçektir. 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, 775 sayılı Gecekondu Kanunu, 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu gibi.

²⁵ Gerekli değişiklikten maksat, 5237 sayılı TCK'nun Birinci Kitabında yer alan genel hükümlere uyum amacıyla yapılan değişikliklerdir. Yoksa ceza hükmü de içeren herhangi bir yasadaki suç ve ceza ile ilgili bulunmayan, suça ve cezaya etkisi olmayan herhangi bir değişiklik o yasa yönünden TCK'nun genel hükümlerini 1.1.2009 tarihinden önce yürürlüğe koymaz. Ancak gerekli değişiklik yapılmadığı için bir eylem suç olmaktan çıkmış veya yaptırımsız kalmış olabilir. Bu halde kanunların

salar yönünden yürürlüğe girmiştir, 5237 sayılı TCK Birinci Kitap'ta yer alan düzenlemelere aykırı hükümler içerip değişiklik yapılmayan veya yapılamayan yasa maddeleri ise 31 Aralık 2008 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır.

Bu durumda 31.12.2008 tarihine kadar herhangi bir kanunla değişiklik yapılmayan bir çok özel yasada yer alan suçlar, TCK'nın genel hükümleri karşısında ya yaptırımsız kalmış veya mevcut düzenlemelerle, korunan hukuki yararlar hizmet etmekten uzaklaşmıştır. Bu konuya aşağıda daha ayrıntılı olarak değinilecektir.

Özel Ceza Yasalarında Türk Ceza Kanununa Uyum Amacıyla 5728 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler

Anılan Kanun ile özel ceza yasalarında mevcut olup, 5237 sayılı TCK'nın genel hükümlerine aykırı bulunan düzenlemeler değiştirilmiş veya yürürlükten kaldırılmıştır. Bu anlamda 5728 sayılı Kanun'la özel yasalarda uyum amacıyla yapılan değişiklikler hem usul hukukuna hem de maddi ceza hukukuna ilişkin (suç ve cezanın kanuniliği, tekrür, müsadere, tüzel kişilere ceza, tecil edilemez, para cezasına çevrilemez gibi...) değişikliklerdir.

5237 sayılı TCK'nın 2/2. maddesindeki "*İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz*" ilkesine aykırı düzenlemeler içeren hükümler ya madde metinlerinden çıkarılmış veya TCK'ya uyumlu hale getirilmiş ya da eylemler karşılığında idari yaptırımlar öngörülerek suç olmaktan çıkarılmış ve kabahate dönüştürülmüştür.²⁶

zaman bakımından uygulanması ilkesine göre lehe uygulama yapılması gerekiyorsa bu tarihten önce işlenen suçlara da uygulanmalıdır.

²⁶ Bilindiği üzere Kabahatler Kanunu'nun 4/1. maddesindeki "Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir" hükmüyle kabahat fiili açısından kanunilik ilkesi TCK'ndan farklı olarak esnek tutulup kapsam ve koşulları (çerçevesi) kanunla belirlenen hükümlere bağlı olarak idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle kabahat fiilinin tanımlanabileceği öngörülmüştür. (Uğur, Hüsamettin, "Kabahatler Kanunu ve 5252 Sayılı Kanuna Göre İdari Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 85, Kasım-Aralık 2009, s. 191)

Ancak “*Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla ... Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*”da, Kanun’un amacı ile bağdaşmayan, hatta bu amaçla çelişen, suçta kanunilik ilkesine aykırı hükümlere de ne yazık ki yer verilmiştir. Bunun en bariz örneği 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nun 65. maddesidir. Anılan Kanun’da uyum amaçlı birçok değişiklik yapılmışsa da sit alanlarında izinsiz inşaat ve fizikî müdahale suçunu düzenleyen 65. maddenin (b) bendindeki suçun unsurları, aynen tekrarlanarak korunmuş, böylece bir idari kurul olan Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurullarınca belirlenen SİT alanlarında, yine bu kurullarca öngörülen şartlara (ilke kararlarına) aykırı inşaat ve fizikî müdahaleler suç olarak düzenlenmiştir.²⁷

Uyum Amacıyla Müstakil Olarak Çıkarılan Özel Yasalar

Uyum amacıyla bir önceki benzer yasayı yürürlükten kaldırarak yeni bir kanun olarak çıkarılan en önemli üç yasa 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve 5941 sayılı Çek Kanunu’dur.

1. 1918 sayılı Kanun’u yürürlükten kaldıran 19.07.2003 tarih ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun üzerinden dört yıl geçmeden TCK’na uyumlu olması gerekçesiyle 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu²⁸ çıkarılmıştır.

5607 sayılı Kanun’un 1918 ve 4926 sayılı kanunlardan en önemli farkı, kaçakçılık fiillerinin “*Suçlar Ve Kabahatler*” (m. 3) şeklinde ayrılarak idarenin düzenleyici işlemlerine aykırı eylemlerin kabahat olarak düzenlemiş olması ve belli kabahatlerin konusunu oluşturan eşya

²⁷ 2863 sayılı Kanun’un 65/b maddesi: (14/07/2004-5226 sayılı Kanun 14. m.) Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptırımlar, ...cezalandırılırlar.

2863 sayılı Kanun’un 65/b. Maddesi: (23/01/2008-5728 S.K./408. m) Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptırımlar, ... cezalandırılır.

²⁸ 31/03/2007 tarih ve 26479 sayılı *Resmi Gazete*’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

için müsadere yerine mülkiyetinin kamuya geçirilmesinin (m. 14) öngörülmesidir.

Ayrıca önceden toplu ve teşekkül halinde kaçakçılık suçunun oluşabilmesi için eylemin iki kişi tarafından gerçekleştirilmesi yeterli iken, 5607 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, Kanun'da tanımlanan suçların ve kabahatlerin, "bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi" veya "üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi" "nitelikli haller" olarak düzenlenmiştir. Öncekilerin aksine yeni yasada (kabahatler hariç) özel teker-rür hükümlerine yer verilmemiştir. 5. maddede etkin pişmanlık hali düzenlenmiş, 13. maddede müsadereye ilişkin "Bu Kanun'da tanımlanan suçlarla ilgili olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümleri uygulanacağı" belirtildikten sonra kaçak eşya taşımada bilerek kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen her türlü taşıma aracının müsadere edilebilmesi için TCK'daki şartlardan farklı hükümler getirilmiştir.

5607 sayılı Kanun çıkarılmadan önce de Yargıtay Özel Dairesi, 5170 sayılı Kanun ile değişik Anayasa'nın 90. maddesi ve 5271 sayılı CMK'nın 2. maddesindeki toplu suç tanımından hareketle toplu ve teşekkül halinde kaçakçılık suçunun oluşması için en az üç kişinin olması gerektiğine karar vermiştir.²⁹ Daire bazı kararlarında ise 5237 sayı-

²⁹ "1918 sayılı yasanın 27/2 ve 4926 sayılı Kanun'un 5/son madde fıkralarında toplu kaçakçılık suçunun oluşabilmesi için eylemin iki veya daha fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesinin yeterli olduğunun öngörülmesine karşın 4.2.2003 gün ve 25014 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4800 sayılı Kanun ile Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanarak iç hukuk kuralı haline gelen sınır aşan örgütlü suçlara karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 2/a madde fıkrasında; "Örgütlü suç grubu" doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri var olan ve bu sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup anlamına gelir kuralı düzenlenmiş ve hüküm tarihinden sonra 22.5.2004 gün ve 25469 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5170 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümlede "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır" hükmü getirilmiştir.

Diğer taraftan, hükümden sonra 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının (k) bendinde de toplu suç "aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suç" ifade eder şeklinde tanımlama yapılmıştır.

lı TCK'nın 220/1. maddesindeki "örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir" hükmüne atıfta bulunmuştur.³⁰

5607 sayılı Kanun'un TCK'nın genel hükümlerine aykırı en önemli düzenlemesi, eskiden olduğu gibi "maddede tanımlanan fiillerin teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile, tamamlanmış gibi" cezalandırılacağına dair hükümdür (m. 3/18). Ancak bu da "kaçakçılıkla mücadele" için olmazsa olmaz bir düzenlemedir.

2. 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile ek ve değişikliklerini yürürlükten kaldıran 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda³¹ bir yandan ceza hükümleri 5237 sayılı TCK'ya uyumlu hale getirilirken, öte yandan "Düzeltilici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri almamak" başlıklı 152. maddesinde³² Kurul (Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu) BDDK) veya Kurumca (Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu) alınması istenen önlemleri almayan banka mensuplarına hapis ve adli para cezası öngörülerek, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulmuştur.

Belirtilen yasal düzenlemeler ve 5237 sayılı TCK'nın 7. maddesi de gözetilerek sanığın toplu kaçakçılık suçunu işlediği kabul edilemeyeceğinden, bu eylem münferit kaçakçılık olarak değerlendirilip, buna göre hukuki durumunun takdir ve değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması, Bozmayı gerektirmiş," (7. CD 04.06.2007, 2004/30980 E., 2007/4508 K.)

³⁰ "1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 220/1. maddesinde "Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir" hükmü öngörülmüştür, belirtilen yasal düzenleme karşısında iki kişi olan sanıkların eyleminin teşekkül halinde kaçakçılık suçunu oluşturmayıp bireysel ticari kaçakçılık suçunu oluşturabileceği gözetilerek ... temyiz inceleme gününde sanıklar yararına hükümler içeren 765 sayılı TCK'nın 102/4. maddesinde öngörülen zamanaşımı süresi tahakkuk etmiş olduğundan hükmün bozulmasına, anılan madde uyarınca sanıklar hakkındaki kamu davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına," (7. CD 3.11.2008, 2005-6458 E., 2008-19706 K.).

³¹ 1.11. 2005 tarih ve 25983 sayılı Mükerrer Resmi Gazete.

³² "Madde 152/1.- Bu Kanununun 68, 69 ve 70 inci maddelerine ve bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14 üncü maddesine göre, Kurul veya Kurumca alınması istenen önlemleri almayan bankaların bu önlemleri almakla yükümlü olan mensupları, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve bin günden beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılırlar."

3. 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da karşılıksız çek suçunun cezası seksen milyar liradan fazla olmamak üzere çek bedeli kadar adli para cezası iken, mükerrirlere, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verileceği; suçun, organ veya temsilcisi tarafından tüzelkişi yararına işlenmesi halinde özel hukuk tüzelkişisi hakkında da birinci fıkra uyarınca para cezasına hükmolunacağı ve mahkemece, ayrıca işlenen suçun niteliğine göre bir yıl ile beş yıl arasında bir süre için hesap sahiplerinin ve yetkili temsilcilerinin çek hesabı açtırmalarının yasaklanmasına karar verileceği, yükümlülükleri yerine getirmeyen bankalar hakkında adli para cezası öngörülmekteydi (4814 sayılı Kanun ile değişik m. 15-16).

Bu hususlar 5237 sayılı TCK'nın genel hükümleri açısından, 3167 sayılı Kanun'un müeyyidelerinden tekerrür ve tüzelkişilere para cezası yönünden geçersiz, çek bedeli kadar (dolayısıyla nisbi) adli parasının gün para cezasına aykırı olması³³ ve çek hesabı açtırmaktan yasaklanma fer'i cezasının da TCK'nın 53. maddesindeki güvenlik tedbirleri karşısında tartışmalı hale gelse de Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nce, 1.1.2009 tarihinden sonra da çek bedeli kadar (dolayısıyla nisbi) adli para cezası ve çek hesabı açtırmaktan yasaklama gibi fer'i ceza (güvenlik tedbiri) kanuna aykırı bulunmayıp bu yöndeki yerel mahkeme kararları onanmış,³⁴ aksine uygulama içeren kararlar ise bozulmuştur.³⁵

³³ "31.12.2008 tarihine kadar 3167 sayılı Kanun'un, 5237 sayılı Kanun'un birinci kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümlerine ilişkin yeni bir yasal düzenleme yapılmadığı dikkate alınarak, TCK'nın 5, ve 20/2. ve 60 maddeleri ile 5560 sayılı Kanun'la değişik 5252 sayılı Kanun'un geçici 1.maddesi uyarınca, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanmasına olanak bulunmaması, Bozmayı gerektirmiştir," (10. CD. 23.02.2009, 2007/11212 E., 2009/2458 K.)

³⁴ "Karşı Oy Gerekçesi: 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesinin birinci fıkrasında "Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" ve 5252 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinde "Diğer kanunların 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır" denmesine, sözü edilen kanunların kabul edildiği tarihten sonra 3167 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmamasına göre; 3167 sayılı Kanun'un karşılıksız çek keşide etme suçuna ilişkin 16. maddesindeki yaptırımlarla ilgili hükümlerinin, 5237 sayılı TCK'nın 20, 43, 52, 53, 60 ve 61. maddelerinde yer alan genel hükümlerinin uygulanmasında ve buna bağlı olarak sanığın hukuksal durumunun yeniden değerlendirilip belirlenmesinde zorunluluk bulunduğu, bu nedenle hükmün bozulması gerektiği kanısını taşıdığımdan,

19.3.1985 tarih ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun ile bu Kanunda değişiklik yapan 4814 sayılı Kanun'un geçici 1 ilâ 5. maddelerini yürürlükten kaldıran 14.12.2009 tarih ve 5941 sayılı Çek Kanunu,³⁶ her şeyden önce objektif sorumluluk yerine genel gerekçede belirtildiği gibi takserli de olsa kusurluluğa dayalı suçu esas almıştır. Temel ceza olarak hapis ve/veya adli para cezası (karşılıksız çek suçu yönünden çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olmamak üzere), gerçek ve tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri veya koruma tedbiri olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı öngörülmüş, karşılıksız kalan çek bedelini faizi ile birlikte tamamen ödeyenlere soruşturma, kovuşturma ve hükmün kesinleşmesinden sonra da geçerli olacak şekilde *etkin pişmanlık* getirilmiştir. Böylece yeni yasada tekerrür nedeniyle fazla ceza verilmesine ve bir suç karşılığı olarak tüzelkişilere para ceza-

çoğunluğun onama yönündeki görüşüne katılmıyorum. (10. CD'nin 19.01.2009, 2007/7947, 2009/54 sayılı Kararına yazılan muhalefet şerhi)

³⁵ "5237 sayılı TCK'nın genel hükümlerinde, 20/2. maddesindeki "tüzel kişilere ceza yaptırımı uygulanamayacağı" kuralına benzer şekilde, suç karşılığında nispi para cezasının uygulanamayacağına ilişkin açık ve emredici bir hüküm yer olmadığı gibi, 5237 sayılı TCK'nın 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesinden çok kısa bir süre sonra 08.07.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5377 sayılı Kanun ile nitelikli dolandırıcılık suçuna ilişkin 5237 sayılı TCK'nın 158. maddesinde yapılan değişiklik ile "adli para cezasının miktarının elde edilen menfaatin iki katından az olamayacağı" hükmü öngörülerek, nispi para cezasının Yeni TCK'nın yaptırım sistemine aykırı olmadığı açık bir biçimde ortaya konulmuştur. Ayrıca, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra çıkarılan çeşitli kanunlarda yer alan suç tanımlarında, nispi para cezasının öngörüldüğü görülmektedir. Örneğin; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde nispi adli para cezası öngörülmüştür.

Bu durumda; kanun koyucunun nispi nitelikteki para cezalarının uygulanmasına tamamen son vermeye dönük bir amacının bulunmadığı anlaşılmakta olup; diğer kanunlarda yer alan nispi nitelikteki adli para cezalarının, 5237 sayılı TCK'nın 52. maddesinde öngörülen "gün para cezası sistemine" "aykırılık" değil, "farklılık" oluşturduğunu, bu nedenle 31.12.2008 tarihinden sonra da geçerliliklerini, dolayısıyla yürürlüklerini sürdüreceklerini, uygulanmalarının ve infazının zorunlu olduğunu kabul etmek gerekmektedir."

Özel Daire'nin diğer kanunlarda yer alan nispi nitelikteki adli para cezalarının, 5237 sayılı TCK'da öngörülen "gün para cezası sistemine" "aykırılık" değil, "farklılık" oluşturduğuna dair görüşü tartışılabilirse de buna dayanak olarak gösterilen örneklerin 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğünden sonra yapılan yasal düzenlemeler olduğu, daha sonraki özel hükümlerin önceki genel hükümleri zımnen yürürlükten kaldıracağı öğretisi ve uygulamada kabul edilen bir husustur.

³⁶ 20.12.2009 tarih ve 27438 sayılı *Resmi Gazete*.

sına yer verilmemiştir. Çek hesabı açılması ile ilgili olarak bu Kanunla kendilerine verilen görev ve yükümlülükleri yerine getirmeyen bankalara Cumhuriyet savcısı tarafından idarî para cezası verileceği hükme bağlanmıştır.

4. 5.5.2009 tarih ve 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kurulu ve Görevleri Hakkında Kanun'un³⁷ 13/1. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki tüm futbol müsabakalarının televizyon, radyo, internet ve her türlü teknik cihaz ve benzeri araçlarla yayınlanmasına, iletilmesine, yayınların düzenlenmesine ve programlanmasına münhasıran Yönetim Kurulu'nun yetkili olduğu belirtildikten sonra aynı maddenin 4. fıkrasına göre;

“Futbol müsabakası yayınlarının, TFF tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında haksız ve yetkisiz olarak radyo, televizyon, internet veya herhangi bir yayın veya iletişim aracıyla canlı veya banttan yayınlanması, çoğaltılması, dağıtılması, satılması, izlenmesi veya izletilmesi halinde, TFF'nin veya yayıncı kuruluşun şikayeti üzerine 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71 inci maddesindeki cezai hükümler uygulanır.”

Görüldüğü gibi 5894 sayılı Kanun'un 13/4. maddesi suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır. Çünkü suçun konusu ve unsurlarını, bir idari kurul olan Türkiye Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu belirlemektedir. Buna göre TFF Yönetim Kurulu tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında Futbol müsabakası yayınlarının herhangi bir yayın veya iletişim aracıyla yayınlanması, çoğaltılması, dağıtılması, satılması, izlenmesi veya izletilmesi suç olarak düzenlenmiştir.³⁸

³⁷ 16.05.2009 tarih ve 27230 sayılı Resmi Gazete.

³⁸ 5894 sayılı Kanun'un 13/4.maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla iptali için İzmir 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur (2010/19 Esas). Başvuru gerekçesine göre; “...Eylemin yaptırım için 5846 sayılı Kanun'un 71. maddesine atıf yapılmış ama hangi fıkra uyarınca ceza verileceği belirtilmemiştir. 5846 sayılı Kanun'un 71. maddesinde birçok suç düzenlenmiştir. 5846 sayılı Kanun'un 71. maddesindeki eylemlerin çoğu bu suçla ilgili değildir. Yaptırım açıkça gösterilmemiştir. Yorum yoluyla Hakim yaptırım belirleyemez. Yaptırımın belirsiz olması TCK'nın 2. maddesinde belirtilen kanunilik ilkesine, Anayasa'nın 2. ve 38. maddesine aykırıdır.

... 5846 sayılı Kanun'un 80. maddesinde televizyon yayıncılarının hakları da korunmuş ve televizyon yayın haklarının ihlal edilmesi halinde ceza yaptırım öngörülmüştür. Ancak 5728 sayılı Kanun'la değişik 5846 sayılı Kanun'un 71/1. maddesinde televizyon yayın haklarının ihlal edilmesi suç olmaktan çıkarılmıştır. Di-

Bugüne Kadar Gerekli Değişiklik Yapılmayan Bazı Özel Yasalar ve Sonuçları

5252 sayılı Kanun'un geçici maddesi uyarınca 31.12.2008 tarihine kadar gerekli değişiklikler yapılamadığı için bazı özel yasalarındaki cezalar tamamen yaptırımsız kalmış, bazı yasalardaki özel düzenlemeler uygulanma yeteneğini kaybetmiştir.

1. 551, 554, 555, 556 sayılı; Patent Haklarının..., Endüstriyel Tasarımların..., Coğrafi İşaretlerin..., Markaların korunması Hakkında KHK'lar

Anılan KHK'ların hepsinde suçun unsurları KHK'larla düzenlenmiş, ceza hükmü içeren maddeleri (73/A, 48/A, 24/A ve 61/A) 3.11.1995 tarih ve 4128 sayılı Kanun'la eklenmiştir.

KHK'ların hukuksal niteliği doktrinde tartışmalı olsa da, Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarına göre KHK'lar organik açıdan yürütme işlemi, fonksiyonel bakımdan yasama işlemidir.³⁹ Anayasa

ğer televizyon yayıncı kuruluşlarının ve hatta aynı yayıncı kuruluşun şifreli maç yayınları dışındaki yayınlarından dolayı hak ihlallerinde ceza yaptırımı öngörülmezken, yalnızca şifreli maç yayınlarından dolayı hak ihlallerinde ceza yaptırımı öngörülmesi Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırıdır.

Suçun maddi unsuru Türkiye Futbol Federasyonu'nun belirlediği usul ve esaslar dışında, şifreli maç yayın haklarının, maddede belirtilen şekilde ihlal edilmesidir. Suçun unsurları idarenin takdirine bırakılmıştır. İdarenin belirleyeceği yayın usul ve esaslarının neler olacağını önceden bilmek mümkün değildir. İdarenin bu usul ve esasları sürekli ve her zaman değiştirmesi de mümkündür. İdarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratılamaz. Bu durum TCK'nın 2/2. maddesine, Anayasa'nın 2. ve 38. maddesine aykırıdır.

³⁹ "Anayasa'da öngörüldüğü biçimi ile KHK'lar yapısal (organik-uzvî) bakımdan yürütme organı işlemi, işlevsel (fonksiyonel) yönden ise yasama işlemi niteliğindedirler. Ancak, Türkiye Büyük Millet Meclisi verdiği yetkiyi bir yasa ile her zaman geri alabileceği gibi kendisine sunulan KHK'ları aynen kabul etmek ya da reddetmek zorunda olmayıp dilediğinde değiştirerek de kabul edebilir. Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisinin verilmesi, yasayla düzenlemesi gereken konuların yasama alanından çıkarılıp yürütme organının düzenleme alanına sokulması sonucunu doğurmaz. Bu nedenle, Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisinin verilmiş olması Anayasa'nın 7. maddesinde öngörülen "Yasama yetkisinin devredilmezliği" ilkesini ortadan kaldırmaz."

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1992/K1992-33.htm>

Mahkemesi'nce 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın 61. maddesinin (d) bendi⁴⁰ ile 9. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının (b) bentleriyle 61. maddesinin anılan bentler yönünden incelenen (a) bendiyle (c) bendi⁴¹ iptal edilmiştir.⁴² Mahkeme'nin 556 sayılı KHK'ya ilişkin son iki iptal kararı da göz önüne alındığında KHK'larla suç ve cezaya ilişkin düzenlemeler yapılamaz.

Böylece yasama organınca 31.12.2008 tarihine kadar gerekli uyum çalışmaları yapılamadığı için 01.01.2009 itibariyle suç ve cezaların kanuniliği ve bunun uzantısı olarak da idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı ilkeleri ve TCK'nın 5. maddesi hükmü karşısında anılan KHK'lardaki suçların yaptırımsız kaldığından Yargıtay 7. Ceza Dairesinin istikrar kazanan uygulamasıyla yerel mahkemelerce verilen beraat kararları bu gerekçeyle sonucu itibariyle doğru bulunup onanmakta, mahkumiyet kararları bozularak beraatla sonuçlandırılmaktadır.^{43, 44}

⁴⁰ Any. Mhk. 2.3.2004, 2002/92 E., 2004/25 K., (14.5.2004 tarih ve 25462 sayılı *Resmi Gazete*).

⁴¹ Any. Mhk. 3.1.2008, 2005/15 E., 2008/12 K., (5.7.2008 tarih ve 26927 sayılı *Resmi Gazete*).

⁴² Bkz. Uğur, Hüsamettin, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararları ve 5833 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Sonrasında 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK Kapsamındaki Suçlar", *Terazi Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 31, Mart 2009.

⁴³ "5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesi ve buna bağlı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinin 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmesi sonucu ve aynı Kanun'un 2. maddesi hükmü karşısında dava konusu eylemin atılı suç oluşturup oluşturmayacağı hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda sanığa atılı tescilli marka hakkına tecavüz eylemleri ve bu fiilleri işleyenlere uygulanacak yaptırımları düzenleyen mevzuat tarihsel olarak incelendiğinde;

11 Mayıs 1888 tarihli Alamenti Farika Nizamnamesi ile bu konuda hükümler getirildiği, 03.03.1965 tarihli 551 Sayılı Markalar Kanunu ile yeni bir düzenleme yapıldığı ve Kanun'un 54. maddesiyle Alamenti Farika Nizamnamesi ile ek ve değişikliklerinin yürürlükten kaldırıldığı, 24.06.1995 tarihinde yürürlüğe giren ve tescilli markalarla ilgili cezai koruma hükümleri getiren 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 4128 sayılı Kanun'la değişen 82. maddesiyle 551 sayılı Markalar Kanunu yürürlükten kaldırıldığı görülmektedir.

Tescilli markaların cezai korunması konusunda ülke mevzuatımızla ilgili olarak yapılan hukuki değişikliklere işaret edildikten sonra somut olay değerlendirildiğinde;

Sanık hakkında 556 sayılı KHK'nın 61/A-c maddesi uyarınca cezalandırılma-

sı için kamu dava açılmıştır. Bu maddenin atfı yaptığı 61. madde de ise kararnama hükmüyle suç tanımları düzenlenmiştir. 5252 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinde "Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır." 5237 sayılı TCK'nın 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5/1. maddesinde "Bu Kanun'un genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" ve aynı Kanun'un genel hükümleri arasında bulunan 2. maddesinin birinci fıkrasında ise "Kanun'un açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanmaz..." hükümleri yer almaktadır.

Olayımızda sanığa atılı eylem, ceza içeren özel bir hukuk düzenlemesi olup 5. madde de sözü edilen özel ceza kanunları ya da ceza içeren kanunlar kapsamında bulunmamaktadır. O halde atılı eylem, TCK'nın 2. maddesi hükmü kapsamında değerlendirilmelidir. Bu duruma göre, KHK hükmüyle getirilen bu düzenleme TCK'nın 2. maddesinde öngörülen kanunilik ilkesine uygun bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 03.01.2008 gün ve 2005/15 E, 2008/2 K sayılı iptal kararı gerekçesinde kanunsuz suç ve ceza konulamayacağını, Kanun Hükmünde Kararname hükmüyle suç ve ceza getirilemeyeceğini açıkça vurgulamıştır. Bu durum karşısında, 5252 sayılı Kanun'un geçici birinci maddesi ile TCK'nın 2. maddesi ve 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5'inci maddesi birlikte değerlendirildiğinde; 556 sayılı KHK'nın suç tanımlayan hükümlerinin tümüyle zımnı olarak ilga edildiğinin (örtülü olarak yürürlükten kaldırıldığı) kabulü gerekmektedir. Bu hukuki değerlendirmeye göre atılı eylem 556 sayılı KHK hükümleri kapsamında suç oluşturmayacaktır.

Öte yandan 556 sayılı KHK'ya göre suç oluşturmayan eylemin Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen haksız rekabet suçunu oluşturup oluşturmayacağı hususunun da bu noktada ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre, 1474. maddesi gereğince 01/01/1957 tarihinde yürürlüğe giren 6762 sayılı TTK'nın 57. maddesinin 5. fıkrasında; başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, işaret gibi tanıtma vasıtaları haklarına tecavüzün yanında, tescilli ve tescilsiz ayırımı yapmadan marka hakkına tecavüz de haksız rekabet suçu olarak tanımlanmış ve cezası 64. madde de belirtilmiştir. Bu Kanun'un yürürlük tarihinden sonra 3 Mart 1965 tarihinde yürürlüğe giren 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 47. maddesinde de tescil edilmiş marka hakkına tecavüz halleri ayrı ayrı tanımlanmış ve yaptırımı da 51 ve 52. maddelerde belirtilmiştir. Her iki düzenlemede de tescilli marka kullanma haklarına tecavüz halleri belirlenmekte ve yaptırımı bağlanmaktadır. Bu nedenle gerek Türk Ticaret Kanunu ve gerekse 551 sayılı Markalar Kanunu'ndaki düzenlemeyle korunan ortak değer, marka kullanma hakkından doğan haklardır. Marka hakkına tecavüz fiillerinin unsurları her iki düzenlemede de aynıdır ve iki yasa birlikte uygulanamayacağından tam olarak oluşan yasa çatışması kuralları uyarınca sonradan yürürlüğe giren, tescilli markalara hukuki ve cezayı koruma getiren 551 sayılı Kanun'daki düzenleme TTK'nın 57/5 fıkra hükmünü tescilli markalarla sınırlı olmak üzere örtülü olarak yürürlükten kaldırmıştır. Bu kanun da (551 sayılı Kanun) 556 sayılı KHK'nun değişik 82. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış bulunduğu ve yürürlükten kalkan eski düzenlemeler canlanamayacağından sanığa atılı eylem haksız rekabet suçunu da oluşturmamaktadır.

El konulan dava konusu eşyanın müsaderesi ya da iadesi konusunun değerlendirilmesi

Dava konusu taklit ürün ve eşya ise niteliği itibariyle kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli ise veya o eş-

dirilmesine gelince; Yukarıda açıklandığı şekilde atılı eylem 01.01.2009 tarihinden itibaren suç olmaktan, aynı tarih itibariyle bu tür eylemler nedeniyle el konulan eşyalar da suç olmaktan çıkmıştır. İnceleme tarihi itibariyle söz konusu eşyaların bulundurulmasını bizatihi suç sayan herhangi bir yasa hükmü de bulunmamaktadır.

Açıklanan bu gerekçelerle, beraat hükmü sonucu itibariyle yerinde ise de müsaderesine karar verilen dava konusu eşyanın iadesine karar verilmesinin gerekmesi,

Bozmayı icabettirmiş olup, bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden 5320 sayılı Kanun'un 8. maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nın 322. maddesi uyarınca olup suç oluşturmayan fiilden dolayı el konulan dava konusu eşyanın iadesine karar verilmesi suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına, 17.03.2009 günü oyçokluğuyla karar verildi." (7. CD 2006/8385 E., 2009/3080 K.)

Muhalefet Şerhi: ...Bir Güvenlik tedbiri olan müsadere ile eşyanın kişinin elinde bulunmasının yaratacağı tehlikeliliği bertaraf etmek, onda yaratacağı suç işleme potansiyelini yok etmek, yeni hukuka aykırılıkların önüne geçmek olduğu kabul edilmiştir.

Ceza hukuku araçlarından olan cezanın uygulanabilmesi için mutlak surette kanun ile tanımlanan bir suçun işlenmesi gerektiği halde, güvenlik tedbiri için bir hukuka aykırılığın yeterli olduğu,

TCK'nın 54. maddesinde "suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan, eşya kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir" hükmüyle açıklığa kavuşturulduğu,

Uzun çalışma, araştırma ve emek ile meydana getirilen markanın, hiçbir hak ve yetkisi bulunmayan kişilerce kullanılmasının haksız maddi, manevi menfaat elde etmeye yönelik olduğu, marka sahibinin ise bu eylemler sebebiyle müşteri, itibar, maddi kazanç gibi zarara uğradığı veya bu tehlikelerle karşı karşıya olduğu, tam bir hukuka aykırılığın olduğu,

Taklit ürünlerin sınıfına göre toplumun mutlak tehlike ile karşı karşıya bırakıldığı, örneğin taklit ilaç nedeniyle kamu sağlığının, yedek parçalar sebebiyle trafik güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğü, bireylerin aldatıldığı, kalitesiz malların yüksek fiyatla satılmasıyla maddi kayba uğratıldığı,

Fail yönünden ise; taklit malın kendisine iadesiyle güvenlik tedbirinin esas amacı olan ileride suç işlenmesini önlemek gayesinin göz ardı edilerek adeta yeniden suç işlemeye teşvik edileceği, keza 28.2.2009 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 5833 sayılı Yasa ile iadeye konu eşyanın üretimi, satışı, satış arzının suç olarak kabul edildiği, dolayısıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak açısından tehlike yaratan bu tür eşyanın müsaderesinin gerektiği,

Tüm bu açıklamalar ile hükmün onanmasına dair karara katılmakla beraber, el konulan ve tescilli markanın taklidi olduğu sabit olan eşyanın müsadereyi yerine iadesi yönündeki sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum. (Muhalef Üye)

⁴⁴ 551 ve 554 sayılı; Patent Hakları ve Endüstriyel Tasarımlara ilişkin olarak da 7. CD'nin 17.12.2009, 2008/11582 E., 2009/15301 K., 09.12.2009, 2009/14546 E., 2009/14719 K.

yaya dair ilgili yasada özel bir düzenleme varsa müsaderesine ya da imha edilmek üzere mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilmekte, aksi halde giyecek, mobilya, kurtasiye malzemesi gibi ürünler sahibine iade edilmektedir.⁴⁵

556 sayılı KHK'da 5833 sayılı Kanun'la nihayet değişiklik yapılmış ve değişikliğin yayınlanıp yürürlüğe girdiği 28 Ocak 2009 tarihinden itibaren bu kanun kapsamına giren suçlar yeniden yaptırıma bağlanmış ancak 551, 554 ve 555 sayılı; Patent Haklarının..., Endüstriyel Tasarımların..., Coğrafi İşaretlerin... Korunması Hakkında KHK'lerde suçun unsurları KHK'larla düzenlendiğinden ve bugüne kadar da kanun değişikliği yapılmadığından anılan KHK'deki suçlar halen yaptırımsızdır.

2. 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu

Askeri yasak bölgeler ve güvenlik bölgelerinin kurulması, kaldırılması ve gerektiğinde genişletilmesine ilişkin esas ve yöntemlerin düzenlendiği 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nda, askeri yasak bölgeler ve güvenlik bölgelerine yönelik suçlar da düzenlenmiştir.

Askeri yasak bölgeler 1 ve 2. derece askeri yasak bölge olmak üzere ikiye ayrılır (m. 2). Güvenlik bölgeleri ise askeri güvenlik bölgeleri ile kamu ve özel kuruluşların çevresindeki özel güvenlik bölgeleri olmak üzere iki türdür (m. 3).

Askeri Yasak Bölgeler, Genelkurmay Başkanlığının göstereceği lüzum üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile kurulabilir veya kaldırır-

⁴⁵ "...el konulan ve taklit olduğu anlaşılan ilaçların 6197 sayılı Kanun'un 41 ve devamı maddeleri gereğince imha edilmek üzere mülkiyetin kamuya geçirilmesine," (7. CD 27.05.2010, 2008/5555 E., 2010/7333 K.), "...el konulan taklit sigaraların bulundurulması 5752 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değişik 4733 sayılı Kanun'un 8. maddesi gereğince suç oluşturduğundan TCK'nın 54/4. maddesi uyarınca müsaderesine," (7. CD 17.2.2010, 2009/18754 E., 2010/2086 K.), "...el konulan ... sahte rakının kamu sağlığı açısından tehlikeli olması nedeniyle TCK 54/1. uyarınca MÜSADERESİNE," (7. CD 12.05.2010, 2010/5336 E., 2010/6707 K.)

labilir. 3. maddeye göre de, Askeri Güvenlik Bölgeleri Genelkurmay Başkanlığı'nca; kamu ve özel kuruluşların çevresindeki özel güvenlik bölgeleri ise, Genelkurmay Başkanlığı'nın lüzum göstermesi veya Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin veya İçişleri Bakanlığı'nın göstereceği lüzum üzerine Genelkurmay Başkanlığı'nın uygun görmesi kaydıyla Bakanlar Kurulu'nca, kurulabilir veya kaldırılabilir. Dolayısıyla suçun unsurları (suçla korunan hukuki değer olan askeri yasak bölge ve güvenlik bölgeleri) idarenin düzenleyici işlemi ile belirlenmektedir.

2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nda bu güne kadar uyum amaçlı bir değişiklik yapılmamıştır. Yapılan bazı değişikliklerin yasadaki suç ve cezalara bakan bir yönünün olmadığı söylenebilirse de⁴⁶ bazı değişiklikler tartışmaya açık bulunmaktadır. Buradan hareketle 2565 sayılı Kanundaki suçların da (m. 24, 25, 26.) 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesi hükmü karşısında yaptırımsız kaldığı söylenebilir. Ancak konunun birkaç noktadan tartışılması gerekmektedir.

2.1. 2565 sayılı Kanun'un ceza hükümleri 24, 25 ve 26. maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre suç olarak düzenlenen eylemler ve cezalar aşağıdaki gibidir:

- 24. maddede, birinci ve ikinci derece askeri yasak bölgeler ile güvenlik bölgeleri içindeki veya sınırlarındaki işaretleri, tel örgüleri, duvarları veya hendekleri ve benzeri tesisleri yıkanlar veya yok edenler veya bozanlar veya yerlerini değiştirmek, (cezası: birinci derece askeri yasak bölgeler için iki yıldan yedi yıla kadar hapis ve ... adli para cezası, ikinci derece askeri yasak bölgeler ile güvenlik bölgeleri için bir

⁴⁶ Birinci Derece Kara Askeri Yasak Bölgeleri düzenleyen 5. maddeye 20.10.2005 tarih ve 5412 sayılı Kanun'la şu ek fıkra eklenmiştir:

“(Ek fıkra: 20/10/2005-5412 sayılı Kanun m. 1) Kara hudutları boyunca tesis edilen askeri yasak bölgelerin sınırları ise, kamu yararı bulunması kaydıyla milli eğitim, kültür, turizm ve spor amaçlı faaliyetler için Genelkurmay Başkanlığı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca daraltılabilir veya bazı bölgelerde tamamen kaldırılabilir.” Görüldüğü gibi bu değişikliğin yasadaki suç ve cezalara bakan bir yönü yoktur. 5.2.2009 tarih ve 5837 sayılı Kanun ile 2565 sayılı Kanun'un 23. maddesi değiştirilmişse de maddeye sadece “ya da Sahil Güvenlik Komutanlığı'nın” ibaresi eklenmiş olup bu değişikliğin de suç ve cezayı etkileyen bir yönü yoktur.

yıldan yedi yıla kadar hapis ve ... adli para cezasıdır.)

• 25. maddede, birinci derece kara ve deniz askeri yasak bölgelerinde, bu Kanunun 7. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yazılı yasaklara aykırı hareket etmek (cezası: altı aydan beş yıla kadar hapis ve ... adli para cezasıdır.) *ve yetkili komutanlıkça geçiş için tespit edilen yolların dışına çıkmak*, (cezası: üç aydan altı aya kadar haptir.)

• 26. maddede, bu Kanun'un 9, 13, 17, 18 ve 21. maddeleri ile 11. maddenin (b) bendinde belirtilen yasaklara ve tahditlere uymamak, anılan maddelerde yer alan gerekli bildirim yapmamak, (cezası: üç aydan altı aya kadar hapis cezası ve ... adli para cezasıdır) bu maddeler gereğince verilmiş izinleri savunma güvenliğine zarar verecek şekilde kullanmak, (cezası: bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve ... adli para cezasıdır.)

Her üç madde "*Fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde*" ifadesiyle başladığından, suçun unsurlarının varlığı şartıyla eylem daha ağır ceza gerektiren bir suç oluşturuyorsa –görev hususu da göz ardı edilmeden– bu suçtan hüküm kurulacaktır. 765 sayılı TCK'nın 135/1. maddesinin karşılığı olan 5237 sayılı TCK'nın "*Askerî yasak bölgelere girme*" başlıklı 332. maddesinde⁴⁷ anılan yerlere "*gizlice veya hile ile girmek*" (iki yıldan beş yıla kadar; fiil, savaş zamanında işlenirse üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile) cezalandırılmaktadır. Madde gerekçesinde belirtildiği gibi taksirle, yanlışlıkla girmek suç olmayacağı⁴⁸ gibi

⁴⁷ "Askerî yasak bölgelere girme

Madde 332. - (1) Devletin askerî yararı gereği girilmesi yasaklanmış olan yerlere, gizlice veya hile ile girenlere iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

⁽²⁾ Fiil, savaş zamanında işlenirse faile üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir."

⁴⁸ 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 57 ve Ek-6/1. maddeleri:

"Milli Müdafaa Aleyhine Sair Hareketler:

Madde 57 - (Değişik madde: 21/08/1940 - 3914/1 md.) (1) Her kim, bir müstahkem mevki, bir harb limanında veyahut diğer bir askeri müessesede ve askeri sahada, deniz ordusuna ait bir gemide, yahut Devlet karasuları içinde Devletin bir makamına, bir memura veya bir askere karşı ismi ve şahsı halleri, sıfatı, mesleki, ikamet mahalli veya tabiiyeti hakkında kasten yanlış malumat verir veya malumat vermekten çekinirse üç aydan üç seneye kadar hapis ile cezalandırılır.

Resmen tahdit ve ilan edilmiş olan emniyet muntakaları ve ordunun ihtiyaçlarına taallük eden mevat ve eşyayı imal ve tamire ve muhafazaya tahsis edilmiş olan sınai müesseseler, depolar dahi askeri müessese gibi telakki olunur.

(2) Türk Ceza Kanununun 135 inci maddesinde yazılı fiilleri işleyenler bu maddede gösterilen cezalarla cezalandırılır.

suç genel kast ile de işlenemez, ancak “gizlice veya hile ile girme” özel kastıyla işlenebilir.

Görüldüğü üzere maddede düzenlenen suçun unsurları ile 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun 57 ve Ek-6/1. maddelerindeki⁴⁹ suçun unsurları varsa bu madde hükümleri uygulanabilir.⁵⁰ Yukarıda belirtildiği gibi her ne kadar askerî yasak bölgeler Genelkurmay Başkanlığı’nın göstereceği lüzum üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile kurulup, kaldırılabilen dolayısıyla idarenin düzenleyici işlemi ile belirlenmekte ise de bu suç 5237 sayılı TCK’nın genel hükümleri kapsamında 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren özel bir düzenleme olarak geçerlilik kazanmaktadır. Aynen 5237 sayılı TCK’nın 297/2. maddesindeki “*yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokmak, bulundurmak ya da kullanma*” da olduğu gibi.

Buradan hareketle, madem 5237 sayılı TCK “*askerî yasak bölgelere*” girmeyi suç olarak düzenlemiştir, o halde 2565 sayılı Kanundaki hiç

Ek Madde 6 (1. fıkra) - Birinci askerî yasak bölgeler içinde veya nöbet yerlerinde, karakollarda, kışlalarda, karargahlarda, askerî kurumlarda, yerleşme veya konaklama amacıyla kullanılan bina veya mahaller içinde; askerlere fiilen taarruzda bulunanlar, sövenler veya hakaret edenler veyahut askerlik görevlerine ilişkin işleri yapmaya veya yapmamaya zorlamak için şiddet veya tehdide başvuranlar Türk Ceza Kanununun bu fiillere ilişkin 188, 190, 191, 254, 255, 256, 257, 258, 260, 266, 267, 268, 269, 271, 272 ve 273 üncü maddeleri uyarınca cezalandırılırlar.” (5252 sayılı Kanunun 3/1. maddesine göre “yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılırlar.”)

⁴⁹ “Birinci derece kara askerî yasak bölgede avlanan sanıkların eyleminin Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 23.06.2003 tarih ve 2003/24-24 sayılı kararında da belirtildiği gibi, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun 57 ve Türk Ceza Kanunu’nun 135. maddesinde düzenlenen suçun oluşturabilmesi için, sanıkların gizlilik içinde veya hile kullanarak sınırların güvenlik ve gizliliğini ihlal etme özel kastı ile hareket etmiş olması gerektiği, somut olayda sanıkların askerî tesislerin güvenlik ve gizliliğini ihlal etme özel kastının ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’nun asker olmayan kişilerin askerî mahkemelerde yargılanma koşullarını belirleyen 13. maddesi ile 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun Ek-6. maddesinde yazılı koşulların da bulunmadığı, bu haliyle eylemlerinin 2565 sayılı Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu’nun 25. maddesinde düzenlenen suçun oluşturduğu ve yargılama görevinin adli yargı yerine ait bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi,” (7. CD 29.03.2007, 2005/2944 E., 2007/2125 K.)

⁵⁰ 6.3.2008 tarih ve 26808 sayılı *Resmî Gazete*.

olmazsa “*askerî yasak bölgelere*” karşı düzenlenen suçlar da geçerliliğini korumaktadır denilebilecek midir? Kanaatimizce bu soruya olumlu cevap vermek zordur. Çünkü TCK’daki suç ancak “*gizlice veya hile ile girme*” özel kastıyla işlenebilirken, özel yasadaki suç için genel kast yeterlidir. 2565 sayılı Kanun’daki “*askerî yasak bölgelere*” yönelik eylemde devletin askerî yararı gereği girilmesi yasaklanmış olan yerlere “*gizlice veya hile ile girmek*” unsurunun varlığı halinde –özel yasadaki suç müeyyidesiz kaldığı için daha fazla ceza gerektirmese de– TCK’nın 332. maddesi uygulanabilecektir. Madde gerekçesinde belirtildiği gibi devletin askerî yararı gereği değil de örneğin bir askerî tesis inşaatında kişilerin güvenliğini sağlamak amacıyla konulmuş giriş yasağının ihlâli bu suçun oluşturmayacaktır.

Kanunkoyucu isteseydi, TCK’daki düzenlemenin içine askerî yasak bölgelerin yanında askeri ve özel güvenlik bölgelerini de alır ve genel kastı da yeterli görerek özel yasadaki suçların büyük ölçüde yaptırımsız kalmasının önüne geçebilirdi. Yine isteseydi 170’den fazla ve birbiriyle ilgisiz farklı kanunda değişiklik yapan 5728 sayılı Kanun’la veya en geç 31.12.2008 tarihine kadar 2565 sayılı Kanun’da da uyum değişikliği yapabilirdi. Bütün bunlar yapılmadığına göre artık TCK’nın genel hükümlerinin, dolayısıyla 5. maddesinin etkisinin kabul edilmediği gerekmektedir.

Uygulamaya yansıdığı kadarıyla 2565 sayılı Kanun’a muhalefet suçları genellikle “*gizlice veya hile ile girme*” kastı olmadan balıkçılık veya çobanlık yapan vatandaşların askerî yasak bölgeye, askeri ve özel güvenlik bölgesine girmesi veya BOTAŞ, TÜPRAŞ gibi stratejik kuruluşlar nedeniyle özel güvenlik bölgesi ilan edilen yerlerde –ki şahısların tapulu yeri olabileceği gibi bu amaçla kamulaştırılan veya geçit hakkı tesis edilen yerler de olabilir– ekip biçme veya benzeri faaliyetlerde bulunma şeklinde tezahür etmektedir.

2.2. 26.2.2008 tarih ve 5740 sayılı Kanun⁵¹ ile 2565 sayılı Kanun’un

⁵¹ “5271 sayılı CMK’nın 5560 sayılı yasa ile değişik 231. maddesinin 5 ve 14. fıkralarında değişiklik yapan 5728 sayılı Kanun’un 562. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulaması olanaklı hale geldiğinden, 5237 sayılı TCK’nın 7. maddesi gözetilerek, yasal koşullarının oluşup oluşmadığının saptanması ve sonucuna göre uygulama yapma görevinin de yerel mahkemeye ait bulunması zorunluluğu, Bozmayı gerektirmiş,” (7. CD 1.3.2010, 2008/9968 E., 2010/3376 K) Suç, 2565 sayılı Kanun’a muhalefettir.

“Güvenlik Bölgelerinde Uygulanacak Esaslar”ı düzenleyen 21. maddesine ek (e) bendi eklenmiştir;

“e) (Ek bent: 26/02/2008-5740 S.K./1.mad) Askeri güvenlik bölgesi olarak tespit edilen, Türk Silâhlı Kuvvetlerine ait kışla, kıta, karargah, kurum, ordugah gibi tesislerin, fotoğraf ve filminin çekilmesi, harita, resim ve krokinin yapılması, not alınması veya harita uygulaması gibi faaliyetlerde bulunulması, bölgenin savunma ve güvenlik tedbirlerini aksatacak, bozacak ve açıklayacak cihazlar kullanılması, bu amaçla görevlendirilmiş olanlar ile ilgili birlik komutanlığı tarafından izin verilmiş olanlar dışındakilere yasaktır.”

Bu değişikliğin TCK’ya uyum amacıyla yapıldığını söylemek güçtür. Öyle olsaydı yasanın onlarca maddesinin değiştirilmesi gerekirdi. Yapılan değişiklik daha önce 27.01.2004 tarih ve 5082 sayılı Kanun’la 2565 sayılı Kanunun 7-e ve 9-h maddelerinde yapılan değişikliğe paralel bir düzenlemedir. Ancak değişikliğin amacına bakılmaksızın bunun 2565 sayılı Kanun’daki suç ve cezaya etkisi değerlendirilecek olursa şu söylenebilir:

2565 sayılı Kanun açısından TCK’nın 5. maddesinin hükmü henüz yürürlüğe girmeden 26.2.2008 tarih ve 5740 sayılı Kanun’la *askeri güvenlik bölgesi olarak tespit edilen*, Türk Silâhlı Kuvvetleri’ne ait kışla, kıta, karargah, kurum, ordugah gibi tesislere yönelik maddede belirtilen eylemler kanunla yasaklandığına göre artık TCK’nın 2. maddesine aykırı bir durum yoktur. Önceden olduğu gibi halen de “*askeri güvenlik bölgesi olarak tespit edilen*” 21. maddenin (e) bendinde sayılan yerlere –ki “*gibi tesisler*” ifadesiyle sayılanlarla sınırlı değil, benzeri tesislerin de bu kapsamda olduğu ifade edilmiştir– yönelik yasaklanan eylemler suçtur (21. maddenin (e) bendi yollamasıyla 26. madde kapsamında).

2565 sayılı Kanun kapsamındaki suçların tamamı veya bir kısmının TCK’nın 2 ve 5. maddelerinin hükmü karşısındaki durumuna ilişkin, daha doğrusu 551, 554, 555, 556 sayılı; Patent Haklarının..., Endüstriyel Tasarımların..., Coğrafi İşaretlerin..., Markaların korunması Hak-

“İddianame ile, sanıkların 9.11.2004 ve 4.5.2005 tarihlerinde askeri yasak bölgeye girdikleri belirtilerek ikişer kez cezalandırılmaları istemiyle kamu davası açılmış olup, sanıkların hangi eylemleri için hüküm kurulduğu denetime olanak verecek şekilde gösterilip tartışılmadan, tek bir suç yönüyle yazılı şekilde karar verilmesi suretiyle hükmün karıştırılması, ... yasaya aykırı...”, (7. CD 01.12.2009, 2008/11041 E., 2009/14903 K.)

kında KHK'lardaki suçlara dair kararlarda belirtildiği gibi müeyyidesiz kaldığına ilişkin bir Yargıtay kararı bulunmamaktadır. Ancak uygulamanın düşüncemizin aksi yönünde olduğu görülmektedir.⁵²

3. Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun

5728 sayılı Kanun'la 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'da uyum amaçlı geniş kapsamlı değişiklikler yapılmasına rağmen⁵³ anılan Kanunun 134/2. maddesinde değişiklik sonrasında da bu Kanunda yazılı kurullar veyahut kurul başkanları tarafından *“alınan karar ve tedbirlerin uygulanmasını zorlaştırmak veyahut karar ve tedbirlerin neticesiz kalmasına sebebiyet vermek”* suçuna yer verilmiş, böylece Yüksek Seçim Kurulu, İl Seçim Kurulu, İlçe Seçim Kurulu, Sandık Kurulu gibi idari kurulların aldığı karar ve tedbirlere aykırı davranmak hapis cezası gerektiren suç olarak korunmuştur. Öğretide 134/2. maddedeki suçun unsurlarının yeterince açık olmaması nedeniyle hem belirlilik ilkesine aykırı, hem de gereksiz bir düzenleme olarak görülmektedir.⁵⁴

Diğer yandan aynı Kanunun 135. maddesindeki *“Bu kanunda yazılı kurulların çoğunlukla vermiş oldukları her çeşit kararlara riayet etmiyen kurul üyeleri, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”* hükmünde 1 Haziran 2005 tarihinden bugüne kadar bir değişiklik yapılmaması nedeniyle, 5237 sayılı TCK'nın 2/2. maddesindeki *“İdarenin düzen-*

⁵² Örneğin anılan Kanun'un 134/1. maddesindeki *“Seçim işlerinin cereyanı sırasında, seçimin düzenli yürütülmesini sağlamak maksadı ile, bu Kanunda yazılı kurullar veyahut kurul başkanları tarafından alınan karar ve tedbirlere, ihtara rağmen riayet etmeyenler”*e ... idari para cezası öngörülmüştür.

⁵³ “Bu madde, kurulların aldığı karar ve tedbirlerin uygulanmasını, “herhangi bir şekilde” zorlaştırmayı suç sayıyor. Ceza Kanunu'nun görevin kötüye kullanılmasını cezalandıran hükmü varken, bu tür hükümler gereksizdir. Öte yandan yasanın 138. maddesi “görevi savsama ve kötüye kullanma” başlığı altında Kanunun tabiki ile görevli veya bu Kanuna göre görevlendirilen kimseler görevlerini herhangi bir şekilde kötüye kullandıkları takdirde, Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırılacakları zaten hükme bağlanmıştır.” Alacakaptan, s. 31

⁵⁴ Maddede geçen kurullardan maksat Kanun'un 10. maddesinde geçen Yüksek Seçim Kurulu, İl Seçim Kurulu, İlçe Seçim Kurulu, Sandık Kurulu, Merkez İlçe Seçim Kurulu, Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulu gibi idari kurullardır.

leyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz" ilkesi karşısında yaptırımsız kalmıştır.⁵⁵ Maddede idari kurulların çoğunlukla (oyçokluğuyla) aldığı kararlara uymayan kurul üyeleri için hapis cezası öngörülmektedir.⁵⁶ Kanunkoyucunun maddede yasaklanan eylemi dolaylı olarak suç olmaktan çıkarmak istediği düşünülebilir. Çünkü 5728 sayılı Kanun'un 578. maddesinde ihtiyaç duyulmayan bir nizamname ve 57 kanunun çeşitli maddeleri –ki bunların içinde 298 sayılı Kanun'un 139 ve 178. maddeleri de bulunmaktadır– açıkça yürürlükten kaldırılmıştır.

4. 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanunu

2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 25. maddesinin a-1 ve 2 ile b-1 ve 2. fıkra ve bentlerine göre olağanüstü hal ilan edilen yerlerde;

- Bölge valisi veya il valisi tarafından, bu Kanun veya diğer ka-

⁵⁵ "Fiilin neden cezalandırıldığı ve unsurlarının anlaşılabilirliği bir yana, kurulun oy birliği ile aldığı kararlara riayetsizliğin suç sayılmayışının nedeni de belli değildir." Alacakaptan, s. 3

⁵⁶ "Madde 25-a) Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım sebebiyle olağanüstü hal ilan edilen yerlerde;

1. Bölge valisi veya il valisi tarafından, bu Kanun veya diğer kanunlarla verilen yetkilere dayanılarak alınan tedbirlere aykırı hareket edenler, emirleri dinlemeyenler veya istekleri yerine getirmeyenler veya kimliklerine dair kasten gerçeğe aykırı bilgi verenler veya bilgi vermekten çekinenler, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca üç aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılırlar.

2. Özel maksatla kamunun telaş ve heyecanını doğuracak şekilde asılsız, mübalağalı havadis ve haber yayan veya nakledenler, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca üç aydan bir yıla kadar hapis ve beşbin liradan az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılırlar. Eğer fiil, fail tarafından bir yabancı ile anlaşma sonucu işlenmiş ise hapis cezası bir yıldan ve adli para cezası otuzbin liradan aşağı olamaz. Bu suçlar basın ve yayın organları vasıtasıyla işlenirse fail ve mesulleri hakkında verilecek cezalar bir misli artırılarak hükmolunur.

b) Olağanüstü hal bu Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince ilan edilmesi hallerinde bu yerlerde;

1. Bölge valisi veya il valisi tarafından, bu Kanun veya diğer kanunlarla verilen yetkilere dayanılarak alınan tedbirlere aykırı hareket edenler, emirleri dinlemeyenler veya istekleri yerine getirmeyenler veya kimliklerine dair kasten veya gerçeğe aykırı bilgi verenler veya bilgi vermekten çekinenler, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca bir aydan altı aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılırlar.

2. Bu maddenin (a) fıkrasının (2) nci bendine aykırı hareket edenler hakkında verilecek cezalar bir misli artırılarak hükmolunur."

nunlarla verilen yetkilere dayanılarak alınan tedbirlere aykırı hareket edenler, emirleri dinlemeyenler veya istekleri yerine getirmeyenler veya kimliklerine dair kasten gerçeğe aykırı bilgi verenler veya bilgi vermekten çekinenler ile

- Özel maksatla kamunun telaş ve heyecanını doğuracak şekilde asılsız, mübalağalı havadis ve haber yayan veya nakledenler cezalandırılmaktadır.⁵⁷

Görüldüğü gibi 2935 sayılı Kanun'un 25. maddesinin a-1 ve b-1 fıkra ve bentlerinde düzenlenen *"kimliklerine dair kasten gerçeğe aykırı bilgi vermek veya bilgi vermekten çekinmek"* ve aynı maddenin a-2 ve b-2 fıkra ve bentlerindeki *"Özel maksatla kamunun telaş ve heyecanını doğuracak şekilde asılsız, mübalağalı havadis ve haber yaymak veya nakletmek"* eylemleri suç olarak düzenlenirken suçun unsurları kanunda gösterildiğinden suçta kanunilik ilkesi açısından bir sorun bulunmasa da maddenin a-2 ve b-2 fıkra ve bentlerinde sayılan unsurların *"suçta belirlilik- açıklık"* unsuru açısından sorunlu olduğu söylenebilir.

Aynı maddede yer verilen *"Bölge valisi veya il valisi tarafından, bu Kanun veya diğer kanunlarla verilen yetkilere dayanılarak alınan tedbirlerle aykırı hareket etmek, verilen emirleri dinlememek veya istekleri yerine getirmemek"* şeklindeki eylemlerin suç olarak düzenlenmesi suçta kanunilik (ve belirlilik) ilkesine aykırıdır. Çünkü normal bir zamanda suç, hatta kabahat teşkil etmeyen; temel hak ve özgürlüğün kullanılmasından ibaret olan bir eylem olağanüstü hal bölgesinde suç olabilmektedir. Olağanüstü hal ilan edilen il veya bölgede bölge veya il valisi tarafından her an seyahat ve yerleşim özgürlüğünü kısıtlayıcı, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını yasaklayıcı,⁵⁸ basın yayın faali-

⁵⁷ "Olağanüstü Hal Bölge Valiliğinin F tipi cezaevlerine yönelik protesto eylemleri hakkında verdiği yasaklama kararı getirilmeden ve bu kararın ilan edilip edilmediği araştırılmadan eksik araştırmaya dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi," (7. CD 14.07.2004, 2003/8875 E., 2004/9388 K., Tosun, Kerim / Artuç, Mustafa, *Özel Ceza Yasalarında Sulh Ceza Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 572).

⁵⁸ "2935 sayılı Kanun'a göre bölge valisi veya il valisi tarafından bu kanun veya diğer kanunlarla verilen yetkilere dayanılarak alınan tedbirlere aykırı hareket edenlerin, emirleri dinlemeyenlerin aynı Kanun'un 25/B-1. maddesi uyarınca cezalandırılacağı hükme bağlanmış ise de, çakı bıçağının bulundurulması, taşınması bizatihi suç teşkil etmediği, 2935 sayılı Kanun'da da müsadereye dair bir hükümde bulunmadığı tedbir niteliğindeki taşıma bulundurma yasağı ile TCK'nın 36. maddesindeki (bulundurulması) tabirini aynı nitelikte saymanın mümkün ol-

yetlerini engelleyici tedbirlerin alınması, taşıma ruhsatlı silahların hatta silahtan sayılmayan çakı bıçaklarının taşınmaması⁵⁹ yönünde emirlerin verilmesi ya da vatandaşlar için para, mal ve çalışma yükümlükleri içeren isteklerde (2935 SK. m. 2) bulunulması mümkündür.⁶⁰ Bu tedbir, emir veya isteklerin bölgede duyurulması da suçta kanunilik niteliği kazandırmaz.

Dolayısıyla mevcut düzenleme 5237 sayılı TCK'nın 2 ve 5. maddeleri hükmü karşısında 1.1.2009 tarihinden itibaren geçersiz hale gelmiştir.

Aynı şekilde, 15.12.1990 tarih ve 430 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin⁶¹ 6 ve 7. maddelerindeki ceza hükümlerinin uygulanabilirliği kalmamıştır. Yukarıda 551, 554, 555, 556 sayılı KHK'larla ilgili olarak yapılan açıklama ve Yargıtay Kararları burada da geçerlidir.

SONUÇ

Kanunkoyucu "*Suçta ve cezada kanunilik ilkesi*"ni yeni TCK'da daha önemli bir şekilde vurguladığından uygulamanın da tavizsiz bir şekilde olması gerekmektedir. Ancak 5 yıllık uygulamanın sonunda görü-

mayacağı bu maddeye göre müsadereye tabi tutulan eşyanın kendisi bizatihi cürüm veya kabahat nev'inde bir suçun konusu olması gerekeceği cihetle, bıçağın TCK'nın 36.maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmesi yasaya aykırıdır." (7. CD 11.10.1990, 6799 E., 10558 K.)

⁵⁹ Bkz. 10.7.1987 tarih ve 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 4, 430 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği Ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında KHK'nin 1, 2, 3. maddeleri.

⁶⁰ 16.12.1990 tarih ve 20727 sayılı *Resmi Gazete*.

⁶¹ Aynı KHK'nın 8. maddesinde yer alan "Bu Kanun Hükmünde Kararname ile İçişleri Bakanına, Olağanüstü Hal Bölge Valisine ve olağanüstü hal bölgesi dahilindeki il valilerine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili her türlü karar ve tasarruflarından dolayı bunlar hakkında cezai, mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz. Kişilerin sebepsiz uğradıkları zararlardan dolayı Devlettten tazminat talep etme hakları saklıdır" hükmü, özel soruşturma usulüne ilişkin usul kuralı olduğundan ve CMK'da TCK'nın 5. maddesine benzer bir düzenleme bulunmadığından geçerliliğini sürdürmektedir.

nen odur ki kanunkoyucu şimdiden bu ilkeyi önemli ölçüde göz ardı etmiş veya çeşitli gerekçelerle bile bile kanunilik ilkesine aykırı hükümlere yer vermiştir. Böyle giderse durum eskisinden farklı olmayacak, her özel yasanın kendine mahsus hükümleri olacaktır. Ancak yukarıda birkaçına yer verilen Anayasa Mahkemesi Kararları gözetildiğinde bunun kolaylıkla olmayacağı anlaşılmaktadır.

Çağdaş ceza hukuku belirsiz, muğlak, keyfiliğe yol açacak gevşek suç modellerine, ... objektif sorumluluğun her şekline ... sırtını dönmek durumundadır. Unutulmamalıdır ki, yasa koyucunun tipe ve yasaya uygun olduğu için her eylemin suç sayılıp cezalandırılabilceği yolunda bir yetkisi olmamalıdır.⁶²

Ayrıca temel ceza kanunlarının değiştirilmesinde gösterilen duyarlılığın özel yasalara gösterilmediği, *değiştirilmesi gereken onlarca özel yasanın bulunduğu* ve bu nedenle uygulamada birçok sorunla karşılaştığı gerçeğinden hareketle bir an önce özel yasalarda uyum amaçlı değişikliklerin tamamlanması gerekmektedir.⁶³

KAYNAKLAR

Alacakaptan, Uğur, "Ceza Hukukunda Tamamlayıcı Kurallar Ya Da Öteki Ceza Hukuku", 3. Yılında Ceza Adalet Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2009, Ankara.

Altıntaş, Ömer Faruk, "Avrupa Birliği'ne Aday Ülke Olarak Türkiye'de AB Uyum Yasalarının İç Hukuka Etki ve Katkısı". (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/dokumanlar/AB%20uyum%20yasalarinin%20iç%20hukuka%20etkisi%20ve%20katkisi%2025%20Aralık%202008%20-%20OFA.pdf>). E.T.:1.3.2009)

Bakıcı, Sedat, 5237 S.K. *Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

⁶² Alacakaptan, s. 18

⁶³ 2820 sayılı Siyasi Partiler K., 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri K., 2918 sayılı Karayolları Trafik K., 2935 sayılı Olağanüstü Hal K., 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele K., ...gibi.

- Mahmutoğlu, Fatih Selami, *Türk Ceza Kanunu Reformu-II*, TBB yayını, Raporlar, Ankara
- Özbek, Veli Özer, *Yeni TCK'nın Anlamı (Gazi Şerhi)*, Cilt I, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara, 2006
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer; *TCK Yorumu*, I. Cilt, Ankara 2007.
- Taner, M. Tahir, *Ceza Hukuku -Umumi Kısım*, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından: 434, Hukuk Fakültesi: 95, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1949.
- Uğur, Hüsamettin, "5237 Sayılı TCK'nın 5. Maddesi ve 5728 sayılı Kanununun Getirdikleri", *Terazi Dergisi*, Yıl: 3, Sayı: 19, Mart 2008.
- Uğur, Hüsamettin, "Kabahatler Kanunu ve 5252 Sayılı Kanuna Göre İdari Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 85, Kasım-Aralık 2009.
- Uğur, Hüsamettin, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararları ve 5833 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Sonrasında 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK Kapsamındaki Suçlar", *Terazi Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 31, Mart 2009.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi, Şubat 2010.

HAK VE MENFAATLER ÜZERİNE BİR İNCELEME

THE STUDY UPON RIGHTS AND INTERESTS

Yonca F. YÜCEL*

Özet: Bu çalışmada hak ve menfaat kavramları üzerine temel olarak hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi ile ekonomik açıdan bir sorgulama yapılmış, hak ve menfaat ihlalleri ortaya konarak, hak ve menfaat arasındaki geçiş irdelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Hak, menfaat, hukuk felsefesi-hukuk sosyolojisi açılımı, ekonomik boyut.

Abstract: The inquiry into the concepts of rights and interests studies fundamental questions of jurisprudence, legal sociology and economics and by taking note of violations of rights and interest, the study discusses the transition between interests and rights.

Keywords: Right, Interest, Aspects for Jurisprudence and Legal Sociology, Economic Perspective.

1. Hak Kavramı

1.1. Etimolojik Anlamı

Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nün son baskısında hak, "adalet" ya da "hukukun gerektirdiği veya birine ayırdığı şey kazanç", yahut "dava veya iddiada gerçeğe uygunluk, doğruluk" veya "verilmiş emekten doğan manevi yetki" olarak tanımlanmaktadır.

"Hukuk" deyimini, hak sözcüğünün Arapça çoğulu olarak ifade edilirken; terminolojik olarak hakkın hukuki bir müessese anlamına geldiğinin de altı çizilmektedir.

* Av., Ankara Barosu, Bankacılık Düzenleme Denetleme Kurumu, başuzman.

1.2. Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Açısından Hak Kavramı

Hak kavramına ilişkin bir tanım verilmesi gerektiğinde; Kantorowich'e göre; tanım, bir kelimenin alışılmış kullanma biçimleri hakkında bilgi vermekte; aynı zamanda bu kelimenin anlattığı nesne hakkında bir şeyler öğretmektedir. Birçok tanım türü bulunmaktadır. Bunların en önemlilerinden bazıları,

1. Sözcük ya da verbal tanım, **a)** Bir sözcüğün anlamını dildeki anlamına geri giderek belirtme (örneğin, demokrasi: halk egemenliği gibi) **b)** Bir sözcüğün anlamını bilinen bir başka sözcükle belirtme (örneğin, müselles: üçgen gibi),

2. Ad ya da nominal takım: Yanlış anlaşılmalara yol açmamak için tanımlanacak olanı belli bir sözcüğe ya da sözcüklere bağlanarak saptama (uzlaşımaldır, yasalar yazılırken ve felsefede gereklidir),

3. Kavram tanımı (Aristoteles'te): Bir kavramın daha yüksek yakın cinsi (*genus proximum*) ile onu bu cinsten ayırt eden tür ayrımını (*differentia specifica*) belirtme,

4. Nesne ya da real tanım: Aristoteles'in kavram tanımı ile örtüşür. Bir nesneyi yalnız başkalarından ayırmakla kalmayıp, anlamın iç ve özlü ayrımlarını ortaya çıkarma üzerine yoğunlaşmak,

5. Bağlamsal tanım: Modern mantıkta önermenin tam olmayan bir dil simgesi olarak anlatılan kurucu parçalarının tanımlanması. Kendi başına bir anlamı olmayan tam terimse ancak kuşatıcı bir bağlam içerisinde bir anlamı olan tam olmayan bir dil simgesi olarak anlaşılan bütün önermenin kurucu parçaları olan anlatılan deyimlerin tanımlanması. (Örneğin, doğruluk çizelgeleri aracılığıyla yapılan mantıksal bağlantı göstergelerinin (ve, veya v.b. gibi) anlambilimsel tanımlarıdır. Burada bir kavram olarak hukukun belirlenmesi, sınırlandırılması, içeriğini kuran belirtilerinin gösterilmesi ve sözcük anlamının belirlenmesi yönünde bir tanım arayışına gidilmiştir.)¹

Haklara bakıldığında;

1. "Ahlaki haklar"

¹ Kantorowicz, Hermann, *The Definition of Law*, London 1958, s.5 vd.

2. “Hukuki haklar”

olarak iki geniş kategoriye tanık olunduğu görülmektedir. Ahlaki haklar, sosyal tanıma ve infazdan bağımsız olarak varlık göstermektedir. Bu haklar, doğal ve insan hakları diye isimlendirilen hakları da içermektedir. Doğal veya insan hakları (yaşama, seçme ve malik olma) insan olmaktan neşet etmekte; özel durumlardan bağımsız bir nitelik göstermekte ve hiçbir özel koşula dayalı bulunmamaktadır. Ahlaki haklar sınıfı, özel durumlara veya özel koşullara örneğin verilen sözlerle (vaatlere) dayalı hakları da içerdiğinden daha kapsamlıdır. Bu haklar, hukuk ve diğer sosyal kurumların değerlendirilmesi için temeller sağlamaktadır. Ahlaki haklar sosyal düzenlemelerle ihlal edildiğinde, eleştirisi bu haklar uyarınca yapılmaktadır.

J. Stuart Mill’e (1806-1873) göre, üç ayrı seviyedeki kavram ve yargılar birbirinden ayırt edilebilir. En tabanda (oldukça somut) olanlar, özel eylemlerin doğru ve yanlışlığı, adalet ve adaletsizliği, ahlaki veya gayri ahlaki oluşuna ilişkin iken, ara seviyede ikinciler, ahlaki ilkelerden oluşmakta, genel nitelikli ahlaki haklar ve yükümlülüklerle yönelik bulunmaktadır. Alt seviyedeki doğru ve yanlış davranışa ait yargılar ise, ahlaki haklar ve yükümlülüklerin işlevleridir. Özel bir eylem, yalnızca bir yükümlülüğü ihlal etmediğinde ve bir yükümlülük diğer bir yükümlülük tarafından giderilmediğinde doğrudur. Ahlak ilkelere apaçık belgeli olmayıp, şu veya bu şekilde hizmet ettikleri değerlere ilişkindir. En üst seviyedeki normatif yargılar ve kavramlar ise, ahlak ilkeleri saptamak üzere harekete geçirilebilecek değerlere yöneliktir. Bu seviyede işlev gören değer ise insan mutluluğu ve refahıdır. Böylece genel haklar ve yükümlülükler hakkındaki ilkelerin yarar ilkesiyle doğrudan ilişki içinde olduğu varsayılır. Yalnız özel eylemlerin doğru ve yanlışlığının bu türden bir ilişkisi yoktur.

Eylemlerin doğru ve yanlışlığı hakkında (asla doğmadan yarar gerekçesine dayalı olarak değil) ahlaki haklara ve yükümlülüklerle saygınlık içinde olup olmadıklarına göre karar verilir. Müşterek iyilik, adalet ve güvenlik, hukuk üzerinde tam bir uyum içinde değil, fakat yaşayan bir antinomi içinde, bir tür *condominium* oluştururlar. Bu değerlerden herhangi birinin diğerlerine üstünlüğü, temel bir normla belirlenemez. Siyaset tarihinde bu üstünlüğün yalnızca egemen rejim hükmü ile belirlendiğine tanık olunmuştur: “*Polis devleti*” müşte-

rek iyiliğe, “doğal hukuk” adalete, “pozitivizm” de güvenliğe üstünlük tanımıştır. Günümüzde bu parametrik değerler arasında dengeli bir uyum sağlanması için uğraş verilmektedir.²

Hukuk devletinin üç bileşeni vardır: Birincisi, bireyin medeni ve siyasi özgürlüklerinin korunması, güvenceye alınması, ikincisi, anayasaya göre konmuş hukuk normlarının devlet gücünü bağlamaları ve üçüncüsü yönetim ve yasama bağlamındaki amaç/araç ilişkisinde oranlılık ilkesine uyulmasıdır.

Hukuki haklar ise, mevcut hukuk kurallarınca tanınması ve infazıyla varlık kazanmaktadır. Yalnız bu infaz, hukuki haklar için esaslı bir nitelik değildir. İnfaza ilişkin özel hükümler olmamasına karşın haklar hukukça tanınabilmektedir. Vatandaşların Anayasa’daki eşitlik ilkesine dayalı hakları örnek olarak gösterilebilir. İşte çoğu haklar infazına ilişkin özel hükümler olmaksızın varlık göstermiştir. Bu haklara özgü düzenlemelerle sağlanan infaz olanağı hakları vurgulamakta ve yeni ikincil haklar tesis etmekte ise de temel anayasal haklarının kendilerini yaratmamaktadır.³

Hukuk, adalete yönelmiş toplumsal yaşama düzenidir. Bu çerçevede herkesin birbirinin haklarına saygılı olmasını sağlamaya yönelik mekanizmanın bulunmasının zorunluluğu ve her dileyenin istediğini yaptığı yerde hiç kimsenin hiçbir şey yapamayacağı ilkeleri çerçevesinde etik, sosyal olgu ve norma ilişkin üç fonksiyon hukuki açıdan kavramsal bir yaklaşım yaratmıştır.⁴

Bu doğrultuda; öz güvencesi⁵ kavramını açıklamakta fayda görülmektedir. Öz güvencesi⁶, temel hak olmaktan kaynaklanan doğal bir

² Çobanoğlu, R., *Hukukta Gaye Problemi*, İÜHF Yayın No.225, 1964, s.115-116.

³ Yücel, Mustafa Tören, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2005, s. 71,118-119.

⁴ Işıқтаç, Yasemin / Metin Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, Mart 2003, s. 43.

⁵ 1982 Anayasası’nın ilk halinde öz güvencesine yer verilmemesine rağmen, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunma yasağının geçerli olduğu savunulmuştur. (Gözler, Kemal, *Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri*, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 59, s. 2001/4, s.66

⁶ Öz güvencesi; her temel hakta bir öz, cevher bulunduğu anlayışına dayanır. (Vuraldoğan, Kemal, 2001 *Anayasa Değişikliklerinin Işığında 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, Şubat 2007)

nitelik olarak kabul edilmiş, bir hak ve özgürlüğün anayasada yer almakla, o hak ve özgürlüğü kullananlara asgari de olsa dokunulmaz bir alan sağlaması anayasanın üstünlüğü ilkesinin de gereği olarak kabul edilmiştir. Haklı olarak, yasa koyucunun bir temel hak ve özgürlüğün özüne dokunabilmesinin, temel hak ve özgürlüğün amacına uygun şekilde kullanılmasını son derecede güçleştirebilmesi ya da engelleyebilmesinin anayasal güvenceyi anlamsız hale getireceği de bir görüş olarak ifade edilmiştir.⁷

Hak ile adalet arasında özsel bir bağ vardır. Hak, adaletin önkoşulu olmazsa olmazdır. Adalet, bir bakıma yalnız başına gerçekleşebilecek bir proje olmayıp, hakların gerçekleşmesi sonucunda beliren bir değerdir. Yeter ki sonuçta beliren durum kişilerde adaletsizlik duygusu yaratmasın. İşte bu noktada adalet idesi hakkında anatomik bir görüntü vermek üzere A. Kaufmann tarafından geliştirilen tasarıma aşağıda yer verilmiştir.

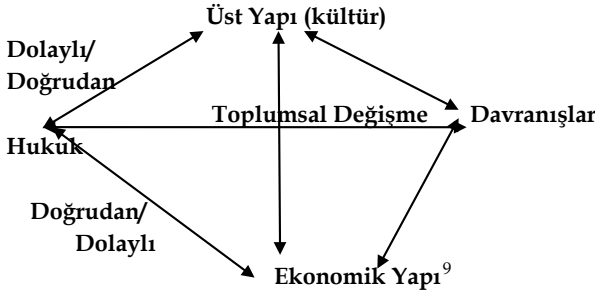
Hukuk İdesi⁸(Geniş Anlamda Adalet)



⁷ Uygun, Oktay, 1982 *Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992, s. 197, Sağlam, Fazıl, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Özünü ve Anayasa Taslağı", *Cumhuriyet*, 23.08.1982; Sabuncu, Yavuz, *Anayasaya Giriş*, Ankara 2001, s. 49.

⁸ Ökçesiz, Hayrettin, *Artur Kaufmann'ın Geliştirdiği Hukuk İdesi Tasarımı*, *Hukuk Devleti*, HFSA: 4 Alfa Yayıncılık, İst., 1998, s. 32.

1.3. Ekonomi Açısından Hak Kavramı



Yukarıdaki tablo, hukukun ekonomik koşullarının bir yansıması olarak “*diyalektik maddecilik*” öğretisinin tümelci bir kısmı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu öğretiyeye göre belli bir zamandaki siyasal, sosyal, dini ve kültürel düzen, mevcut üretim sistemi ile belirlenmekte ve bu ekonomik temel üstünde bir üst yapı oluşturmaktadır. Bu üst yapının ögesi olan hukukun biçimleri, içeriği ve kavramsal mekanizmalar, ekonomik gelişmelere yanıt oluşturmaktadır. Bu görüş, bağımsız bir varlıktan yoksun olarak hukukun ekonominin işlevinden öte bir şey olmadığı şeklinde özetlenebilir. Ne var ki, ekonomik menfaatlere ek olarak kişisel güvenlik, şeref ve haysiyet gibi özel menfaatlerin de hukukun oluşumunda etkili olduğu yadsınamaz. Nitekim Kelsen, altyapı-üstyapı ilişkisinde, hukuku altyapıya yerleştirmektedir. Hukuk, ekonomik gerçekliğin bir sonucu ve kendisi de gerçeklik üzerinde etkili (nedensellik ilişkisine tabi) olduğuna göre, gerçekliğin içindedir ve bundan dolayı ideolojik üst yapının temelini, yani altyapıya aittir. Ekonomik hak kavramı irdelenirken bu yapının göz önünde bulundurulmasının yararlı olacağına inanılmaktadır.⁹

Ekonomik hak dendiğinde sözleşme ilişkisinin hak ile bağlantısının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Sübjektif hak, hukukun kişilere tanıdığı bir durumdur. Bir şeyin sahibinin o şey üzerinde diğer kişilere oranla tek başına egemen olması ve bu durumun korunmasını da içermektedir. Coing, hakkın temel

⁹ Weyl, M. R., *Gerçekte ve Eylemde Hukukun Payı*, (Çev. Ş. Yalçın), Konuk Yayınları, 1975, s. 328-329.

¹⁰ Yücel, Mustafa Tören, *Hukuk Sosyolojisi*, Ankara 2004, s. 81-82.

kavram olarak alınmasının yarattığı sorunları aşmada hak yerine hukuksal ilişkiyi önermektedir. Hukuk alanındaki en yaygın ilişki türü olan sözleşmenin böylece merkeze çekilmesi söz konusu olmaktadır.

Hukuksal ilişkinin sadece subjektif bağlantı kuran hakka oranla ilişkinin kökeninden kaynaklanan daha doğrusu karşılıklılık nedeniyle ödev ve yükümlülüklerle olanak sağladığı için daha kullanışlı olacağını belirtilebilir. Sözleşme ilişkisinin kurulmasında tarihsel süreç için yaratılmış pek çok hukuksal kurumun hem taraflar açısından bir denge kurulmasında hem de adil sonucun ortaya çıkmasında sağladığı katkının da dikkate alınması gerekir. Coing hukuk düzeninin görevi olarak, bireysel hak durumlarının korunması yanında ortak amaçlar için bir hukuksal topluluğun üyelerinin örgütlenmesinin de bulunduğunu belirtirken buna işaret eder. Ancak bu noktada hak kavramının merkezi öneminin bütünüyle ötelenmesinden çok hukuksal kurumlarla birlikte bir çerçeve oluşturması kanımızca daha yararlı olacaktır. Örneğin temel hak olarak tanımlanıp güvenceye alınmış bir kurum olarak mülkiyet, sadece belirli kişilerin mülkiyetinin korunması olarak anlaşılmamalıdır.¹¹

1982 Anayasası'nın 35. maddesine göre; *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."* Mülkiyet hakkı, 1961 Anayasası'nda *"Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler"* bölümünde düzenlendiği halde, 1982 Anayasası'nda *"Kişinin Hakları ve Ödevleri"* bölümüne alınmıştır. İkinci kuşaktan birinci kuşağa geçirilmekle, mülkiyet hakkını işlevsel yönden bir başka bağlama yerleştirme dışında, temel hakları düzenleme-sınırlama yetki ve teknikleri açısından da ayrılık yaratılmıştır. Bakanlar Kurulu KHK ile *"sosyal ve iktisadi hakları"* düzenleme yetkisine sahip olduğu halde, *"kişinin hakları"* yönünden böyle bir yetkiye sahip bulunmamaktadır.¹² Mülkiyet kavramı literatürde;

¹¹ Işıқтаç, Yasemin, *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme*, Ankara 2007, s. 140 vd.

¹² Kaboğlu, Ö. İbrahim, *Özgürlükler Hukuku*, Ankara Kasım 2002.

İşgal teorisi

İlk sahiplik esasından yola çıkan bu görüş açısından, tabiatta var olanı örneğin meyveyi toplayan, toprağı ilk işleyen, suyu kaba dolduran sahiplik hakkını kazanır. Gerekçe, sahipsiz olan şeyleri ilk ele geçirenin bu fiilinden dolayı onun meşru sahibi olmasıdır. Mantıksal açıdan işgal teorisi mülkiyetin iktisabının yalnızca bir sebebinin açıklanamamaktadır. başka sebeplerden mülkiyetin elde edilmesini açıklayamaz.

Emek teorisi,

Nesne ile kişi arasındaki ilişkiyi emek çerçevesinde kurar. Bu teoriye göre emek aracılığıyla kişi ile emek verilen nesne arasında sıkı ve manevi bir ilişki kurulmaktadır. Locke'un mülkiyet yaklaşımı geniş anlamda mülkiyete ilişkin saf ahlaki teorilerin hareket noktası olmuştur. Locke'un emek teorisi yaşam hakkı-mülkiyet hakkı birlikteliğini temellendirdiği kadar devlet, kilise vb. gibi ayrıcalıklı kurumlar için mülkiyet hakkının olmadığına ilişkin en kuvvetli bireysel karşı çıkışların temel kriterlerini de sunmuştur.

Analitik mülkiyet teorisi,

Geleneksel mülkiyet teorileri ile günümüzün mülkiyet anlayışı arasında pek çok ara teori bulunmaktadır. Alf Ross tarafından temellendirilmiş olan analitik mülkiyet teorisi konuyu iki açıdan irdeler. İlki, malik olmak için gerekli koşulların ortaya konulması ikincisi ise; malik olmanın ortaya çıkardığı hukuki sonuçlardır. Örneğin herhangi birisi bir malı satın aldığı zaman miras yoluyla edindiğinde ya da bir bağış olarak kendisine bırakıldığında o malın sahibi olur. Bu sahiplik ona malı kullanabilme, satma veya mübadele edebilme hukuki yetkisini de kazandırmış olur. Analitik teori mülkiyetin geleneksel anlamda tümüyle ve ani devri yerine süreç olarak devrini önermektedir. Gerek malik olabilme koşullarının gerçekleşme anını gerekse mülkiyetin geçişi ile doğacak sonuçları zaman içinde parçalara ayırarak değişimi göstermek amacındadır.¹³

¹³ Işıқтаç, Yasemin, *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme*, Aralık 2007, s. 172-174.

Mülkiyet kavramını finansal sistem içinde değerlendirdiğimizde tasarruf sahiplerinin finansal sistem içindeki yerini ve haklarını araştırmak gereklidir.

Bu çerçevede ise; konuyla ilgili olarak tasarruf sahiplerinin ellerindeki fonlar, Sermaye Piyasası Kanunu'ndan kaynaklanan araçlar karşılığında bazen doğrudan, çoğu zamansa araçlar vasıtasıyla fon talep edenlere ulaşmaktadır. Finansal aracılar, temelde aynı işlevi yerine getirmelerine karşın, fon temin etme ve kullandırma usullerine göre birbirinden ayrılmaktadırlar. Bankalar, faktoring, leasing ve forfaiting şirketleri, sigorta şirketleri, sermaye piyasası kurumları, menkul kıymet borsaları ve bankerler finansal piyasalarda faaliyet gösteren önemli finansal araçlardır. Görüldüğü üzere, finansal piyasaların temel işlevi, fon arz edenler ile fon talebinde bulunanlar arasında aracılık yapmaktır. Finansal piyasalarda güvenin tesisi, finansal sistemi koruyacak güvenceler verilmesini, kamunun aydınlatılmasına yönelik düzenlemeler yapılmasını, piyasalarda yeterli, anlaşılabilir, doğru ve zamanında bilgi verilmesini, uluslararası standartlara uygun muhasebe ve raporlama uygulamalarının geliştirilmesini gerektirmektedir.

Finansal piyasada istikrar, fiyatlamada kaynak aktarmada ve krizlerde finansal araçların etkin bir şekilde çalışmasının sağlanması ve bunun kendi kendini iyileştiren sistemler yoluyla sürdürülmesi olarak görülmektedir. Finansal istikrarı sağlamak için, finansal piyasaların aktörlerinin davranışlarına yönelik düzenlemeler yapılması ve bu çerçevede piyasaların etkin işleyişini sağlayacak denetimler icra edilmesi zorunludur.

Kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasının sağlanması ile tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasının sağlanması amaçları birbirine bağlıdır. Zira bankalar genel olarak halktan kaynak temin eden ve temin ettikleri bu kaynakları kendileri veya kaynak sahipleri adına kullanan kuruluşlardır. İşlevsel bu özellikleri nedeniyle bankalara ilişkin düzenlemeler, hem bankalara tevdi edilen tasarrufların korunmasına, hem de toplanan kaynakların etkin bir şekilde ekonominin ihtiyaçlarına uygun olarak kullanılmasının sağlanmasına yönelik olmaktadır. Diğer taraftan, teknolojideki gelişme sonucunda mali sektör ile reel sektör arasındaki etkileşim hızının artması nedeniyle, mali sektörde yaşanan gelişmelerin reel sektörü etkile-

me süreci kısalmıştır. Bu durum kanun koyucunun, tasarrufların korunmasını ve kredi sistemi yoluyla yatırımlara aktarılmasını sağlamak amacıyla, birer güven ve itibar müessesesi olan bankaların likidite emniyet ve verimlilik ilkeleri çerçevesinde faaliyet göstermeleri ve etkin bir şekilde denetlenmelerini sağlayacak yasalar yapılmasının önemini artırmaktadır.¹⁴

1.4. Hakların Türleri

Sosyo-legal gelişim sürecinde beliren haklar şöyledir :

Birinci Kuşak Haklar: Medeni ve siyasi haklar (Avrupa İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 3-21. Maddeleri arasında başlıca şöyle sıralanmıştır:)

- Yaşama ve özgürlük hakkı,
- Kölelik yasağı,
- İşkence yasağı,
- Kişi olarak tanınma hakkı,
- Etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı,
- Keyfi tutma yasağı,
- Adil yargılanma hakkı,
- Mahremiyet hakkı,
- Seyahat özgürlüğü,
- Sığınma hakkı,
- Vatandaşlık hakkı,
- Evlenme ve ailenin korunması hakkı,
- Mülkiyet hakkı,
- Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü,
- İfade özgürlüğü,
- Toplanma ve örgütlenme hakkı ve
- Katılma hakkı.

İkinci Kuşak Haklar: Ekonomik ve sosyal haklar -isteme hakları- devlete müdahale ödevi ve yüklü harcama vb. olarak ifade edilir-

¹⁴ Alıcı Yaşar, *Bankacılık Kanunu Şerhi*, Haziran 2007, İstanbul, s. 32-34.

ken; detaylı olarak incelendiğinde;

- Sosyal güvenlik hakkı,
- Çalışma, adil gelir ve sendika kurma hakkı,
- Dinlenme hakkı,
- Eğitim hakkı,
- Kültürel yaşama katılma hakkı,
- Sağlık, beslenme ve konut hakkı ve
- Grev ve toplu sözleşme hakkı.

Üçüncü Kuşak Haklar: Dayanışma hakları;

- Barış hakkı,
- Çevre hakkı,
- Halkların kendi kaderini tayin hakkı,
- Gelişme hakkı ve
- Herkesin insanlığın ortak mal varlığından yararlanma hakkı.

olarak sayılmaktadır.¹⁵

5.5 Hakkın Kötüye Kullanılması

MK'nın 2. maddesine göre; *"Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz."*

Anılan Kanun maddesine göre; herkes haklarını kullanırken objektif iyi niyet kurallarına riayet etmek zorundadır. Toplumdaki ahlak dokusunu zayıflatmamak için hukuki hakların güçle varlık kazanmalarının haklılık nitelemesi için gerekli olduğuna işaret edilmektedir. Hukukun en temel öncüllerini ahlak teorisinden aldığı ve almakta devam edeceği sosyolojik bir veri olarak yer aldığı göz ardı edilmemeli, ahlak kavramlarımızın bir anlamı olacaksa, irade özgürlüğünün de belli ölçüler içinde bir gerçekliği olması gerektiği, hukuk ve düzen ahlakının hukuk tarihinde ileri bir evre olduğu da bilinmelidir. Nitekim hukuk ilkeleri/standartlarının ahlaki seviyesinden oldukça bir yükselişine tanık olunmaktadır. Sonuçta devlet ahlaksal yasanın kaynağı ol-

¹⁵ Kaboğlu, İbrahim Ö, *Özgürlükler Hukuku*, Kasım 2002; Eren, Abdurrahman, İnsan Olarak Hangi Haklara Sahibiz? www.sivas.gov.tr/insanhaklari/aylar/aralik3.doc; Şeker, Aziz, İnsan Hakları Açısından Sorunlara Toplumsal Bir Bakış, www.korlerfederasyonu.org.tr/insanhaklari.htm

masa da ahlaki gelişimi ki onsuz hiçbir gerçek özgürlük olmayacaktır. kolaylaştıran koşulları düzeltmekle yükümlü olmalıdır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan ve BK'nın 19/1. maddesi hükmü ile kanunen benimsenmiş olan sözleşme özgürlüğü ilkesine getirilen sınırların temelinde objektif iyi niyet kuralları yatmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19.02.1997 tarihli ve E.1996/11-762, K.1997/77 sayılı kararına göre; "*Ahde vefa ilkesine göre; sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalı ve hükümlerine riayet olunmalıdır. Sözleşmeye bağlılık ilkesi hukuki güvenlik, doğruluk ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak sözleşme hukukunun temel ilkelerinden biridir. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde, edimler arasında mevcut olan denge şartlarının olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanamayacak derecede bozulabilir*". Buna göre akit yapıldığı sırada mevcut bulunan şartlar değişmişse; artık taraflar sözleşme ile bağlı olmamalıdır. Bu görüş doktrinde "*Emprevizyon Teorisi*" adıyla anılır. İşte edimler arasındaki dengeyi aşırı derece bozan olağanüstü haller harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki olağanüstü yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi hallerde sözleşmeye bağlılık ile sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hasıl olur ve artık sözleşmeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet (MK m. 2/2) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Bu adaletsiz sonuçları bertaraf etmek için bugün İsviçre/ Türk hukukunda çoğunlukla dayanılan esas, dürüstlük kuralı uyarınca çözüm bulunmasıdır. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin olağanüstü değişmeler yüzünden altüst olması, borcun ifasını güçleştirmesi ve belki de imkansız hale gelmesi durumunda işlem temelinin çökmesi gündeme gelir. Bu gibi hallerde "*Emprevizyon*" veya "*Clasula Rebus Sic Stantibus*" kuramı çerçevesinde kurulmuş olan bir sözleşmede değişikliklerin yapılması için hakim sözleşmeye müdahalesi istenebilecektir. Hakim bu gibi hallerde ya sözleşmeyi ortadan kaldıracak ya da sözleşme koşullarının olağanüstü olgulara uyarlanmasına hükmedecek ve böylece sözleşmede bozulmuş olan dengeyi yeniden sağlayabilecektir. Öğreti ve uygulamada tarafların yaptığı akide önceden açık veya kapalı olarak koşulların olağanüstü ölçüde değişmesi, işlem temelinin kısmen veya tamamen çökmesi halinde adalet, doğruluk ve dürüstlük kurallarına dayanarak

“Akdi Uyarlama” benimsenmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bu içtihadıyla hakkın kötüye kullanılmasına dair literatürde genel kabul görmüş bir görüş ortaya konarak konu genel hatlarıyla detaylandırılmıştır.

Keza, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 13.02.1995 tarihli E.94/7563, K.95/1127 sayılı kararında; *“Bankanın şube müdür yardımcısı, yaklaşık 150 kişiden bankanın uyguladığı cari faiz oranının üzerinde bir faiz taahhüt ederek mevduat toplamış, hesap sahiplerine, bu faiz oranının da yazılı olduğu ve kendi imzasını taşıyan banka hesap cüzdanı vermiş ancak bizzat teslim aldığı paraları vezneye aktarmadığı gibi hesapla ilgili bilgileri banka kayıtlarına da geçirmemiş, bu görevinin yurt dışına kaçması üzerine durum anlaşıl-mış ve banka dava edilmiştir.”*

Anılan kararda; bankanın bir güven kurumu olması itibariyle çalıştırdığı yetkili kişilerin işlemlerinden kural olarak sorumlu ise de bu sorumluluk üçüncü kişilere karşı yetkilisinin haiz olduğu yasal yetki kuralları ile sınırlıdır. Bankanın bütün şubeleri için uygulamakta olduğu oranlara ilişkin yetki bir şube tarafından aşılarak yüksek oranda faiz ödeneceğinin kararlaştırılması halinde sözleşme geçerli kalmalı, ancak bankanın sorumluluğu genel olarak aynı tür hesaplara uyguladığı cari faiz oranı üzerinden belirlenmelidir. Mevduat sahibinin yetkisini aşan banka şube yetkilisi ile yaptığı sözleşmeye dayanarak, banka tarafından uygulana gelen faiz haddinin üzerinde bir faizi bankadan talep etmesinin haklı bir sebebi yoktur. Zira sınırların aşılması halinde bunun haklı görülebilir bilgisizliğe dayalı iyi niyetten değil, menfaat dengesinin bozulmasına işaret eden kötü niyetten kaynaklanması ihtimali daha kuvvetlidir.

Ortada bir kötü niyet olmasa dahi banka, kendisi tarafından belirlenip ilan edilmiş olan mevduat faizi oranlarından daha fazlası için müşteriler üzerinde bir güven duygusu yaratmamış olduğunu savunmakta haklı görülecektir. Ancak bu noktada, bankanın belirlediği sınırın yeri ve esnekliği iyi hesaba katılmalıdır. Zira bu sınır aynı zamanda müşterinin haklı güveninin de sınırını oluşturmaktadır. Özellikle birçok bankanın sık sık değiştirmek suretiyle birbirlerinden farklı faiz oranları belirlemesi nedeniyle müşterilerin hangi bankanın ne oranda faiz verdiğini net olarak belirlemesi zor olabilir. Bu hususta ise, faiz oranlarının şubenin görülebilecek bir yerine bir çırpıda değiştirileme-

yecek şekilde yazılarak asılmak suretiyle ilan edilmesinin gerekliliği ortaya konmuştur.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 80. maddesi uyarınca Türkiye Bankalar Birliği tarafından çıkarılan ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun 15.06.2006 tarih ve 1905 sayılı kararıyla uygun görüş verilen "Türkiye Bankalar Birliği Üyesi Bankaların İlan ve Reklam Yaparken Uymakla Yükümlü Oldukları İlkeler ve Koşullar"ın 3. maddesinin 8. fıkrası gereğince anılan husus netlik kazanarak MK'nın 2. maddesinin doğru olarak uygulandığı gözlenmiştir.

2. Menfaat Kavramı

1.1. Etimolojik Anlamı

Menfaat kelimesi, *Türk Dil Kurumu Sözlüğü*'ne göre; çıkar anlamına gelmektedir.

Felsefe sözlüğüne göre de menfaat; çıkar olarak nitelendirilmiş olup, toplumsal yaşamda bütün olup bitenlerin belli çıkarların görünüşleri olduğu ifade edilmiştir. Bu çerçevede, çıkarlar bu anlamda hem bireylerin ve toplumsal sınıfların, hem de tüm toplumun eylemlerinin yönünü belirlemektedir. Bu çıkarlar, pek açık olarak özdeksel ve ekonomik çıkarlardır. Söz konusu ekonomik çıkarlar, her türlü siyasal, hukuksal, törebilimsel, dinsel ve estetik çıkarları belirleyecektir.¹⁶

1.2. Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Bağlamında Menfaat Kavramı

Menfaat kavramının hukuksal açıdan irdelenmesinde ikili bir ayırım yapılmasının gereğine de değinildiğinde; Jhering'in hukuken korunmaya değer menfaatleri genel olarak sübjektif haklarla aynı kabul edilmesine karşın, sübjektif haklar dışında da toplumsal yaşam ilişkisinin gündelik pratiğinden çıkan menfaatler vardır. Bu ikili ayırım, "pür normatif koruma" ile "normun yansımaları ile koruma" olarak ayrıştırılabilir. Caddelerin düzenlenmesi, trafikte hız sınırlaması, trafiğin belli yönde akması, belediye hizmetleri vb. birçok hukuksal düzenlemenin

¹⁶ Hançerlioğlu, Orhan, *Felsefe Ansiklopedisi*, Cilt 1(A-D), İstanbul 1976, s. 255-256.

yapılmasından da kişiler için bir yarara ulaşılabilir. Ancak bu doğrudan bir sübjektif hak ve buna bağlı bir yarar olmayıp kamu yararı gerekçesiyle yapılmış düzenlemelerdir.¹⁷

Normun yansımaları aracılığıyla koruma, hukuktaki formalizmin kaçınılmaz bir görünümüdür. Özü açısından değil davranışın dış görünüşü ve biçimi bakımından düzenlemeler bu türdendir. Hukukun toplumsal gerçekliğe bağlılığı ve koşulları yansıtması olarak da bu durum anlaşılabilir. Bireyin varlığını koruması ve güvenliği kendi gücü ile başaramayacağı su, elektrik, haber alma, eğitim ve benzeri kamu hizmetlerinin temini de örnek gösterilebilir.¹⁸ Gerek düzen, gerekse pratik yarar fonksiyonları açısından hukukun formel alandaki görünüşleri normun yansımaları ile koruma açısından ele alınabilir. Ancak bu tespit hukukun adalet değeri açısından irdelenmesinin önemini geriye itmek anlamına gelmez. Nihai hedef daima adil olanın sağlanması olmalıdır.

Farklı menfaatler nasıl bir uzlaştırmaya tabi tutulabilir? Menfaatin birey ya da toplum açısından irdelenmesinde bu açıdan bir farklılık yoktur. Hukukta amaç ve değer sorununu reddeden saf biçimci teoriler de sırf var olduğu için pozitif hukuka verdikleri önem dolayısıyla toplumsal düzen, hukukun kesinliği gibi değerlere üstünlük tanımaktadırlar. Aslında bunun da bir amaç takibi, daha doğrusu ideolojik olacağı açıktır.¹⁹

Jhering'in faydacı felsefesinin hukuk alanına taşınması olarak değerlendirilebilecek olan taraf çıkarlarının bir arada değerlendirilmesine ilişkin yöntemi, menfaat/çıkar teriminin en geniş anlamda kullanılması yani sadece maddi anlamda değil, düşünsel ve manevi anlamda da göz önünde tutulmasını öngörmektedir. Almanya kökenli bu ekol özellikle etkisini Alman Medeni Yasasının yürürlüğe girmesi ile göstermiştir. Bu yöntemin medeni yasanın, yaşam şartlarına uygun sosyal gelişmeye ayak uydurabilecek bir biçimde değerlendirilmesi amacıyla ortaya çıktığını söylenmektedir.

¹⁷ Enneccerus/Nipperday, *Allegemeiner Teil des Bürgerliches Rechts*, Erster Halbband, 15. Verlag, Tübingen, 1959, I, 1, s. 72.

¹⁸ Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, s. 35.

¹⁹ Işıқтаç, Yasemin, *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme*, İstanbul 2007, s. 7.

Taraf çıkarlarının korunması, hakimın yaşamın gereklerine doyurucu bir yanıt verilebilmesinin, salt mantıksal bir yorumla mümkün olmayacağı görüşü üzerine temellendirilmiştir. Ortaya çıkacak hukuksal sorunların çokluğu karşısında yasa koyucu bunların tamamını öngöremeyeceği için sadece mantık kullanımı ile yetinemez. Mekanik mantık açılıp, somut olay için en uygun çözüm bulunmalıdır. Bu değerlendirme bize kavram hukukçuluğunun mantığa olan yakınlığına karşı, taraf çıkarlarının bir arada değerlendirilmesi yaklaşımının klasik mantıktan ne kadar uzakta olduğunu göstermektedir.

Katı pozitivist yaklaşımların bir eleştirisi olarak ortaya çıkan bu yaklaşım hukukun sosyolojik değerlendirmeleri içinde bir yöntem olarak irdelenmektedir. Burada konu, zıt bir yaklaşım, mantık ve hukuk ilişkisinin farklılığı açısından ele alınmıştır. Ancak atıf yapılan hususta, taraf menfaatlerinin uygun bir değerlendirmesi için mantığın kullanılması kadar, bu belirlenen ölçülerle hukuk arasındaki mantıksal bağlantılar da; en azından asgari bir mantık gereksinimine işaret etmektedir.²⁰ Taraf menfaatlerinin birlikte değerlendirilmesinde, kavram hukukçuluğu yaklaşımını da reddeden bu görüş sadece mantıksal değerlendirmelerle hukuk normunun işlevselliğinin sağlanamayacağını, hukuk uygulayıcısının taraf menfaatlerinin dengeli bir biçimde göz önünde bulundurulmasıyla hukukun yararlı bir uygulamasının gerçekleşebileceğini ileri sürmektedir.

Ekolün kurucularından olan Jhering hukuk kuralının açıklanmasında irade kuramının yeterli olabileceğini, ancak sırf iradeden yola çıkarak hak kavramının açıklanmayacağını ifade etmektedir. Bu nedenle iradeyi harekete geçiren dışsal nedenin araştırılmasında bunun menfaat/çıkar olabileceği söylenmektedir. İnsan iradesini belli bir amaca ulaşmak için kullanmaktadır. Hukuk bilimi işte bu aşamada sosyal yaşam ve hukuk uygulamalarını inceleyerek hakime yardımcı olabilir. Özellikle medeni hukuk alanındaki çözüm önerileri ile dikkat çeken bu yöntem daha sonra kamu hukuku alanında da etkili olabilmıştır. Mantıksal, tarihi ve gelenekten gelen materyali bütünü ile göz ardı etmeyen bu yaklaşım, temel olarak taraf menfaatlerini somut olayı çözmekte araç olarak kullanmaktadır. Hiç olmazsa teorik anlamda menfaatlerin tarafsız olarak değerlendirilmesi esnasından hareket etmekte-

²⁰ Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932, s. 4.

dirler. Bunu sağlamak için de rasyonel verilerden ve bu verilere dayalı olarak daha çok korunmaya değer görülen menfaate üstünlük tanımaktadırlar.

Uygulamaya tanınan yetkilerle hukuk sisteminin soyut ilkelerinden somut hukuksal sonuca ulaşmak esasından hareket eden bu görüş taraf çıkarlarının belirlenmesi ve bunlar arasında bir dengeleme kurulması işlevini hukuk düzeninin gösterdiği temel ilkeler çerçevesinde yapacaktır. Sonuç olarak bu ekolün toplumun hukuk tarafından korunması istenen ideallerinin gerçekleştirilmesine çalıştığı söylenebilir. Bunu da soyut hukuk metinlerinin değerlendirilmesinde hakim in gereksinim duyacağı yorum araçlarını sağlayarak yapar.

1.3. Menfaat Kavramının Ekonomik Boyutu

Menfaatin ekonomik boyutu irdelenirken; ekonomik hayattaki gelişmeler nedeniyle bir çok ekonomik faaliyetin küçük sermaye ile yapılmasının imkansızlaşması nedeniyle ortaya çıkan sermaye toplanması sorunu, sermaye miktarının yükselmesi nedeniyle sermayeye iştirak edenlerin sorumluluk oranının da birlikte yükselmesi karşısında sorumluluğun sınırlandırılması sorunu ve büyük işletmelerin devamlılıklarının sağlanabilmesi sorunu nedenleri ile kurulan şirketler için menfaat kavramı üzerinde durulmaktadır. Bu hususta ise menfaat gruplarının ayrımı yapılmaktadır. Bilhassa anonim şirketler için şu menfaatler söz konusudur.

1. Pay Sahiplerinin Menfaati

Pay sahibi için önemli olan sermayesinin emniyette olması ve her türlü şirket içi ve şirket dışı tehlikelerden uzak bulunmasıdır. Anonim şirketlerde pay sahiplerinin esas gayeleri kazanç (kar) elde etmektir.

2. Toplumun Menfaati

Anonim şirketler, ulusal ve uluslararası faaliyette bulunan ve koşullara göre ulusal ekonomiyi etkileyen teşebbüslerdir. Herhangi bir anonim şirketin idaresindeki bozukluk, ulusal ekonomi üzerinde tela-

fisi imkansız tesirler yapabilir. Bu nedenle anonim şirketlerin yeteneklerinin belirtilmesi ve bir noktada sınırlandırılması ulusal ekonomi açısından yararlıdır.

3. Şirketin Menfaati

Belirli bir ekonomik alanda faaliyet gören anonim şirketin, kendine has bir menfaati olduğunu kabul etmek gereklidir. Bu menfaat, şirketin kendisini meydana getiren kuruluş amacının gerçekleşmesidir. Anonim şirketin ana düşüncesi, kazanç sağlamak ve pay sahiplerine kar temin etmek olduğundan toplum menfaati ikinci planda kalmaktadır. Anonim şirketin menfaati, kendisini meydana getiren pay sahiplerinin menfaati ile aynı olabileceği gibi, ayrı da olabilir. Keza, çoğunluk ve azınlığın menfaati ile şirket menfaati çatışabilir. Bazı hallerde şirket menfaatinin pay sahiplerinin menfaatine üstün tutulması da mümkündür.

4. Şirket Alacaklılarının Menfaati

Şirket alacaklılarının menfaati, anonim şirketin iyi bir şekilde işlemesi ile gerçekleşir. Şirketin devamı ve tasfiyesi sırasında şirket alacaklılarının menfaatlerinin korunması gereklidir. Alacaklıların menfaati, her zaman toplumsal nitelikte değildir. Bu menfaatler, genellikle grup çıkarı niteliğindedir.

5. Çalışanların Menfaati

Anonim şirkete ait kuruluşlarda çalışanların da bir menfaati söz konusu olup, bu menfaat, yüksek maaş, iyi bir işyeri ve çalışma saati, can güvenliği ve sosyal haklar gibi çalışanların çeşitli beklentilerine tekabül etmekte; beklentiler karşılandığı takdirde bu menfaat gerçekleşmiş sayılmaktadır. Çalışanların menfaatlerini her somut olayda ayrıntılı olarak nazara almak gerekirse de genellikle bunlar toplumsal menfaat niteliğindedir.

6. Diğer Menfaatler

A. Yöneticilerin Menfaati: Anonim şirketin gelişmesi ve büyümesine paralel olarak ortaya çıkan yönetici sınıfın da şirket üzerinde bir menfaati olduğu muhakkaktır. Hatta bazı ülkelerde şirket yöneticilerine kanunen veya fiilen bir üstünlük bile tanınmaktadır.

B. Tüketicilerin Menfaati: Bir yönleri ile tüketicilerin ihtiyaçlarını karşılamak amacına yönelik olan anonim şirketlerden tüketicilerin bazı beklentileri üretilen mal ve hizmetin kaliteli, ucuz ve çeşitli olması, ödeme ve teslim kolaylığı gibi hususlardır. Bu beklentiler karşılandığı takdirde tüketicilerin menfaati gerçekleşmiş sayılmaktadır.

C. Rakip Kuruluşların Menfaati: Birbirlerine rakip olan çeşitli kuruluşların faaliyetleri, birbirlerinin menfaatlerini yakından etkilemektedir. Bu nedenle serbest rekabetin söz konusu olduğu ekonomilerde rakip firmalar arasındaki ilişkilerin birbirlerini ve başta tüketiciler olmak üzere diğer menfaat gruplarını zarara sokacak bir nitelik almasını önleyecek tedbirlerin alınması gereklidir.²¹

2.4. Menfaat İhlali

Menfaatler ihtilafı hususunda, anonim şirkette tek bir özel kategori olarak pay sahipleri arasında menfaat uyuşmazlıkları olması ihtimaline karşı, farklı özel pay kategorileri arasında menfaat uyuşmazlıklarının bulunmasına daha çok rastlanmaktadır. Anonim şirketin normal faaliyetinden ve esas sözleşme değişikliklerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar olabilmektedir. Şirketin normal faaliyeti, kazanç sağlanması ve bu kazancın pay sahiplerine dağıtılmasıdır. Kazanç sağlama konusunda menfaatler müşterektir ve herhangi bir ihtilaf çıkmaz. Eğer mali nitelikteki haklar üzerinde farklı ve ek haklar düzenlemesi yoksa, kazancın dağıtımını konusunda da uyuşmazlık olmaz.

Fakat mali nitelikteki haklara dayanan farklı kategoriler varsa bunlar arasında şiddetli uyuşmazlıklar kendini gösterir. Esas sözleşme değişikliklerinden doğan menfaat ihtilafları, farklı kategori pay te-

²¹ Ünsal, Gürsel, *Anonim Şirketlerde Menfaat Grupları, Pay Sahiplerine Tanınan Haklar ve Özellikle Azınlık Hakları*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1990, s. 3-8.

sisi sırasında ya da mevcut özel kategori paylar arasındaki dengenin bozulması halinde doğabilir. Anonim şirketlerde esas sözleşmeyi değiştirebilmek mümkün olduğuna göre, gerekli toplantı ve karar nisapları ile esas sözleşmenin değiştirilmesi prosedürü içinde özel kategori payların çıkarılmasıyla bütün pay sahipleri eşit şekilde mahrumiyetlere katlanırlar. O halde özel kategori pay oluşturulmasına ilişkin karar geçerlidir ve azınlık için buna boyun eğmekten başka çare yoktur. Ancak pay sahiplerine aynı mahiyette haklar veren hisse senetlerine farklı haklar tanımak suretiyle yeni bir kategori pay yaratmak mümkün değildir. Meğer ki bütün pay sahiplerinin oybirliği olsun.

Keza İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi; iptal davalarının idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı *menfaati ihlal edilenler tarafından açılacağını* belirlemektedir. Maddede öngörülen menfaat ihlali koşulu, bu tür davaların kabulü ve dinlenebilmesi için aranılan koşullardan biridir. Gerek doktrin, gerekse yargısal içtihatlarda bu şart subjektif ehliyet şartı olarak kabul edilmekte, ancak ne tür bir menfaat ihlalinin gerçek ve tüzel kişilere iptal davası açma yeteneği sağladığını gösterecek kesin bir ölçü ortaya konulamamakta, bu ilişki kural olarak iptal davasına konu olan kararın niteliğine göre saptanmaktadır.²²

5.5. Hak ve Menfaat Arasındaki Geçiş Hak/Menfaat-Ödev-Yükümlülük/Amaç²³

Bilindiği üzere hak, hukuken korunmuş olan menfaatlerdir. Bu nedenle kanun koyucunun yaptıkları düzenleme, anonim şirketlerdeki menfaat gruplarına bazı haklar tanımak şeklinde olmuştur. Bu düzenleme ile kanun koyucular anonim şirkette söz konusu olan menfaatleri korunmaları gereken sınıra kadar korumayı ve çatışan bu menfaatler arasında bir denge kurmayı amaçlamışlardır. Kanundaki hükümler ise, ya menfaat çatışmalarının doğumunu önlemekte ya da ilgililere menfaatlerin korunması ile alakalı olarak çeşitli imkanlar tanımaktadır.²⁴

²² Bereket, Zuhale, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Ankara 1996, s. 77.

²³ Yücel, Mustafa Tören, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2005.

²⁴ Ünsal, Gürsel, *Anonim Şirketlerde Menfaat Grupları, Pay Sahiplerine Tanınan Haklar ve*

Hak ve menfaat arasındaki geçişe ilişkin olarak Jhering'e baktığımızda; Jhering hukuk kuralının açıklanmasında irade kuramının yeterli olabileceğini, ancak sırf iradeden yola çıkarak hak kavramının açıklanamayacağını ifade etmektedir. Bu nedenle iradeyi harekete geçiren dışsal nedenin araştırılmasında bunun menfaat diğer bir deyişle çıkar olabileceğini söylemektedir. İnsan, iradesini belli bir amaca ulaşmak için kullanmaktadır. Hukukta bu amaç hak sahibi değildir. Çünkü hak "*hukuk düzenince korunan çıkar*" olarak tanımlanır. Hangi hakların hukuk düzeni tarafından korunmaya alınacağı konusu pozitif hukuk metinlerince düzenlenmiştir.

Yasa koyucunun düzenlemesi hiç kuşkusuz mantıksal olacaktır ancak uygulamacı, mantıksal analiz yoluyla her olay için uygun çözümlü üretmeyebilir. Bu nedenle kavram hukukçuluğunun temel yaklaşımı olan mantıksal analizden ve kavramsallaştırmadan kaçınılarak yasa koyucunun yasayı koymaktaki amacı açısından metnin değerlendirilmesine gitme yolu da denenebilir. Yasa koyucu çıkarları korumak ister, kişilerin birbirleriyle çatışan çıkarlarını dengelemeyi amaçlar. Ancak ortaya çıkabilecek olası anlaşmazlıkların çokluğu karşısında yasa koyucu, bunların tümünü öngöremeyeceğini ve her özel duruma uygun düşecek bir davranış biçiminin mantıksal bir belirlemeyle saptanamayacağını da bilmelidir. Bireylerin gereksinimlerinin karşılanabilmesi ve yasa koyucunun bu yoldaki iradesinin gerçekleşebilmesi ancak yargıcın basit bir dağıtıcı alet olmaktan çıkmasıyla olanaklıdır.²⁵

Diğer bir argüman ise, haklar her ne olursa olsun sonuçta bir insan grubu veya sınıfının yani önerilen yeni hak sahiplerinin menfaati ile yeni belirlenen yükümlülük sahiplerinin menfaatini karşılaştırmaya kadar indirgenebilir. Bu karşılaştırmaların sonuçları, doğrudan ortaya konulamaz ve mantıksal olarak çözümlenemez. Ancak başka ahlaki yükümlülüklerle karşılaştırılabilirler. Eğer ikna edilme söz konusu değilse bir otorite figürünün kararı ortaya çıkarması gerekir. Burada zorlama aracılığıyla yaratılan yükümlülük ile kendiliğinden doğan yükümlülük arasındaki farka da dikkat etmek gerekir.

Özellikle *Azınlık Hakları*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1990, s. 1.

²⁵ Işıқтаç, Yasemin / Metin Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul 2003, s. 71.

Otoritenin zorlayıcılığından doğan yükümlülük ile karşılıklılık ve beklentiye dayalı rızanın yaratacağı yükümlülük birbirinden çok farklıdır. Yükümlülükler gibi bu anlamda haklar da karşılaştırılmaz. Konunun sözleşme açısından değerlendirilmesinde de kendiliğinden kurulan ilişki ve kabullere oranla özellikle çatışma hallerinde tanımlanmış ve belirlenmiş hak ve yükümlülük ilişkisi olarak hukuki çerçeve devamlılığı daha güçlü bir biçimde sağlanmaktadır. İşlevsel açıdan işbölümü ve dayanışmanın bu tür açılımlarının da merkez kavramı olarak kullanılan yarar doğrultusunda konunun liberal ekonomik modelle örtüşmesi sonucunu doğurmaktadır.²⁶

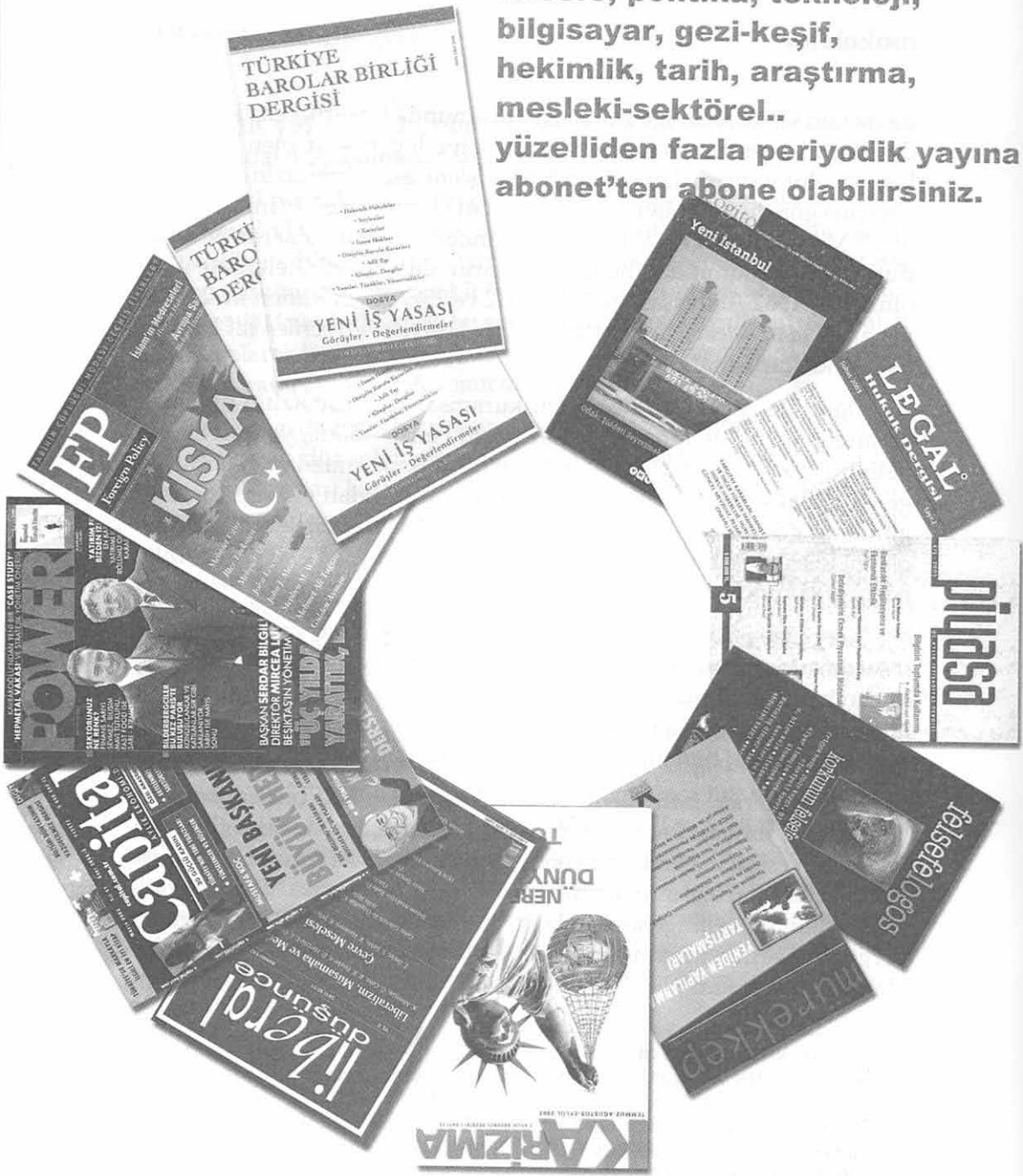
KAYNAKLAR

- Alıcı, Yaşar, *Bankacılık Kanunu Şerhi*, Haziran 2007, İstanbul, s. 32-34.
- Aral, Vecdi, *Hukuk ve Bilim Üzerine*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, s. 35.
- Bereket, Zuhal, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Ankara 1996, s. 77
- Çobanoğlu, R., *Hukukta Gaye Problemi*, İÜHF Yayın No:225, 1964, s. 115-116.
- Enneccerus/Nipperday, *Allegemeiner Teil des Bürgerliches Rechts*, Erster Halbband, 15.Verlag, Tübingen, 1959,I, 1. s. 72.
- Eren, Abdurrahman, İnsan Olarak Hangi Haklara Sahibiz? www.sivas.gov.tr/insanhaklari/aylar/aralik3.doc
- Gözler, Kemal, Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 59, 2001/4, s. 66.
- Hançerlioğlu, Orhan, *Felsefe Ansiklopedisi*, Cilt 1 (A-D), İstanbul 1976, s. 255-256.
- Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932, s. 4.
- Işıқтаç, Yasemin, *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme*, İstanbul 2007.
- Işıқтаç, Yasemin / Metin Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul 2003, s. 71.
- Kaboğlu, İbrahim Ö, *Özgürlükler Hukuku*, Kasım 2002.
- Kantorowicz, Hermann, *The Definiton of Law*, London 1958, s. 5 vd.
- Ökçesiz, Hayrettin, *Artur Kaufmann'ın Geliştirdiği Hukuk İdesi Tasarımı*, Hukuk Devleti, HFSA: 4, Alfa Yayıncılık, İst. 1998, s. 32.

²⁶ Işıқтаç, Yasemin, *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme*, İstanbul 2007, s. 45.

- Sabuncu Yavuz, *Anayasaya Giriş*, Ankara 2001, s. 49.
- Sağlam Fazıl, Temel Hak ve Özgürlüklerin Özü ve Anayasa Taslağı, *Cumhuriyet*, 23.08.1982.
- Şeker, Aziz, İnsan Hakları Açısından Sorunlara Toplumsal Bir Bakış, www.korlerfederasyonu.org.tr/insanhaklari.htm
- Uygun, Oktay, *1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992, s. 197.
- Ünsal, Gürsel, Anonim Şirketlerde Menfaat Grupları, Pay Sahiplerine Tanınan Haklar ve Özellikle Azınlık Hakları, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1990.
- Vuraldoğan, Kemal, *2001 Anayasa Değişikliklerinin Işığında 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, Şubat 2007.
- Yücel, Mustafa Tören, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2005.
- Yücel, Mustafa Tören, *Hukuk Sosyolojisi*, Ankara 2004, s. 81-82.
- Weyl, M. R., *Gerçekte ve Eylemde Hukukun Payı*, (Çev. Ş. Yalçın), Konuk Yayınları, 1975, s. 328-329.

felsefe, politika, teknoloji,
bilgisayar, gezi-keşif,
hekimlik, tarih, araştırma,
mesleki-sektörel..
yüzelliden fazla periyodik yayına
abonet'ten abone olabilirsiniz.



abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

abonet@abonet.net ❖ www.abonet.net

YARGITAY KARARLARI

DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 13.02.2008
E. 2008/19-68
K. 2008/133

- * Cezai şart ve karşılıksız yardım bedelinin tahsili davası
- * Bozma kararından esinlenerek yapılan inceleme ve değerlendirme sonucunda yerel mahkemece verilen kararın direnme niteliğinde olmayıp, yeni hüküm oluşturması

Taraflar arasındaki “*cezai şart ve karşılıksız yardım bedelinin tahsili*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 5. Asliye Ticaret Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 26.5.2005 gün ve 735-315 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin 29.5.2006 gün ve 9919-5681 sayılı ilamı ile (... Davacı vekili, müvekkili şirket ile davalı arasında 21.1.2003 tarihinden itibaren geçerli 2 yıl süreli satış noktası bayilik sözleşmesi imzalandığını, davalının akde aykırı davranarak başka firmalara ait ürünleri pazarladığının tespit olunduğunu İddia ederek, sözleşmenin 14. maddesinde kararlaştırılan cezai şartın ve karşılıksız yardım bedelinin tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı savunmasında, sözleşmenin kısıtlayıcı ve hükümlerinin kanna aykırı olduğunu, ayrıca başka firmaya ait ürün değil kendi imal ettikleri ürünleri davacıya ait ürün ile birlikte sattıklarını beyan ederek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davalının sözleşmeye aykırı olarak davacıya ait ürünlerin yanında başka firmalara ait ürün sattığının anlaşıldığı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Yargılama aşamasında dosyaya ibraz edilen Rekabet Kurulu'nun 2004-3-154 Esas, 2005-27/317-80 sayılı 22.4.2005 tarihli karar ile E. P. ve D. Tic. AŞ ile B. B. ve M. P. AŞ'nin kendilerinin veya distribütörlerinin, bayilerinin hem açık satış yapan nihai satış noktaları ile akdettikleri tek elden satın alma anlaşmalarında yer alan rekabet etmemek yükümlülüklerinin ve bu etkiyi doğuran diğer sınırlamaların tek marka satma şartına bağlanmasının etkin rekabetin oluşmasını engellediğine, bu tür düzenlemelerin yasaklara rekabet etmeme yükümlülüğü tanımı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğine, soğutucu dolaplara rakip ürün konulmasının engellenmesinin piyasada rekabetin oluşmasının önünde önemli bir engel olduğuna, karar tarihinden önce akdedilmiş sözleşmelerde yer alan rekabet etmeme yükümlülüklerinin ve bu etkiyi doğuran nitelikteki diğer yükümlülüklerin anılan sözleşme metinlerinin tamamından çıkartılmasına karar verilmiştir. Diğer yandan davacı E. P. ve D. Tic. AŞ "*Bayi Satış Noktalarına Bildirim*" başlıklı yazı ile Rekabet Kurulu kararı doğrultusunda satış noktası sözleşmelerinin maddelerinde tek yanlı değişiklik yapıldığına ilişkin yazı örneği de temyiz aşamasında dosyaya ibraz edilmiştir.

Bu durumda mahkemece Rekabet Kurulu Kararının kesinleşip kesinleşmediği ve davaya etkisi, davacı tarafından bayilere yazılan yazı ile birlikte değerlendirilerek bir karar verilmesi için hükmün bozulması gerekmiştir) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Yerel mahkemece, bozma kararında belirtilen Rekabet Kurulu kararı ile "*Bayi Satış noktalarına Bildirim*" başlıklı yazılar değerlendirilerek, önceki kararda direnildiği belirtilmektedir.

Bozma kararı sonrasında, bozma kararından esinlenerek yapılan inceleme ve değerlendirme sonucunda yerel mahkemece verilen karar direnme niteliğinde olmayıp, yeni hüküm oluşturduğundan, bu hükme ilişkin temyiz itirazlarının özel dairesince incelenmesi gerekir.

Belirtilen nedenlerle, yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya özel dairesine gönderilmelidir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 13.02.2008
E. 2008/6-122
K. 2008/134

*** İhtiyaç nedeniyle tahliye davası**
*** Bozma öncesinde mevcut olmayan bilgi ve belgelere dayalı olarak verilen kararın "direnme" niteliğinde bulunmayıp, yeni hüküm oluşturması**

Taraflar arasındaki "*ihtiyaç nedeniyle tahliye*" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Adana 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 28.11.2006 gün ve 2005/1801-2006/1704 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 16.07.2007 gün ve 2007/6791-9045 sayılı ilamı ile; ("... Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı tahliye davasına dair karar Dairemizin 12.04.2007 gün ve 2647-4321 sayılı ilamı ile onanmasına karar verilmesi üzerine bu defa davalı tarafından yasal süresinde karar düzeltme isteminde bulunulmuş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı vekili dava dilekçesinde, müvekkilinin eşinin eczacı olup dava konusu yerde eczane açacağını, kiralanana ihtiyacı olduğundan bahisle tahliyesini istemiştir. Davalı ise davayı kabul etmediklerini, davacıya ait aynı binada boş işyerlerinin bulunduğunu, davacının kötü niyetli olduğunu, aynı konuda Adana 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2002/790 esasında açılan tahliye davasından feragat edip daha sonra bu davayı açtığını, ihtiyacın samimi olmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davada dayanılan ve hükme esas alınan 15.11.2000 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşme konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davacı dava dilekçesinde eşinin eczacı olduğunu dava konusu yerde mesleğini icra edeceğini belirterek kiralananın tahliyesini istemiştir. Bu konuda dinlenen davacı tanıkları davacının eşinin eczacı olduğunu ve halen bir iş yapmadığını beyan etmişlerdir. İhtiyaçlının eczacılar odasına kayıtlı üye olduğu, eczacılık işini 21.10.1996 tarihinde terk ettiği ve vergi mükellefi olduğu tartışmasız ise de taşınmaz mahallinde yapılan keşif sonucu bilirkişilerce düzenlenen 28.04.2006 tarihli raporda dava konusu işyerinin bitişiğinde ve dava konusu taşınmazla aynı apartman girişinin yanında boş olarak bulunan işyerinin davacı Fahri Sümer adına kayıtlı olduğu, çevresinde özel poliklinikler, özel hastaneler ve çok sayıda özel doktor muayenehanelerinin bulunduğu, bu işyerinin büyüklüğü ve konumunun uygun olması nedeniyle 6177 sayılı Eczacılık ve Eczane Açma Kanunu ile ilgili yönetmeliklere göre eczane açmaya uygun olduğu bildirilmiştir. Davacı 23.05.2006 tarihli dilekçesinde bilirkişi raporunda belirtilen boş işyerinin dava konusu yerden büyük olduğunu bu yerin mağaza açmak için daha uygun bulunduğunu, sokak içinde kaldığını dava konusu işyerinden daha büyük olduğundan tercih edilmediğini belirterek boş işyeri olduğunu kabul etmiştir. Boş işyerinin dava konusu yerden büyük olması bu yerde eczane açmaya engel değildir. Öte yandan davalı boş olan işyeri ile tahliyesi istenilen işyerini değiştirmeyi teklif etmiş ancak bu teklif davacı tarafından boş olan işyerinin kiralık olmadığından bahisle kabul edilmemiştir. Bu nedenle dava konusu işyeri ile aynı binada davacıya ait boş işyerinin bulunduğu, boş işyerinin ihtiyaçlının ihtiyacına uygun olduğunun tespit edildiği, boş işyerinin dava konusu yerden büyük olmasının işyeri açmasına engel teşkil etmeyeceğini, davalının değiştirme teklifinin davacı tarafından kabul edilmemesi ve halen boş olan yeri ihtiyaca tahsis etmeyip dava konusu yerin tahliyesini istenmesi ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında davacının ihtiyacının samimi, gerçek ve zorunlu olmadığı anlaşılacakla davanın reddine karar verilmesi gerektiği halde davalı şirket ortaklarına ait taşınmazların bulunduğundan bahisle davanın kabulüne karar verilmesinin doğru olmadığı bu defaki incelemeden anlaşılacakla davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile kararın bozulması gerekmiştir...”)

rilmekle, 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:

Yerel mahkemece, Özel Daire'nin yukarıda yazılı bozma kararı üzerine direnme kararı verildiği belirtilmektedir.

Direnme kararının, bozma kararı sonrasında dosyaya sunulan ve boş olduğu belirtilen işyerinin satıldığı gösterir tapu senedi dikkate alınarak verildiği anlaşılmaktadır.

Bozma karar sonrasında meydana gelen gelişmeler dikkate alınarak ya da bozma öncesinde mevcut olmayan bilgi ve belgelere dayalı olarak verilen karar "direnme" niteliğinde bulunmayıp, yeni hüküm oluşturduğundan, bu hükme yönelik temyiz itirazlarının Özel Daire'ce incelenmesi gerekir.

Belirtilen nedenlerle, yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya ... Özel Dairesi'ne gönderilmelidir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 30.01.2008

E. 2008/13-58

K. 2008/39

- * Abonelik tesisi ve muarazanın menî
- * Kaçak şekilde su tüketmiş kişi hakkında düzenlenen kaçak su tutanakları çerçevesinde tahakkuk ettirilen borçtan, konutu sonradan devralanın sorumlu tutulması
- * Kişisel bir borcu bulunmadığı çekişmesiz olan davacı abonelik tesisinin başkasına ait borcun ödenmesi koşuluna bağlanması
(3194 sayılı İmar K. m. 31)

Taraflar arasındaki "muarazanın menî (abonelik tesisi)" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 4. Tüketici Mahkemesi'nce

davanın kabulüne dair verilen 15.12.2006 gün ve 2006/360-1479 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 25.06.2007 gün ve 2007/4514-8969 sayılı ilamı ile; ("...Davacı, dava konusu dairenin hak sahipliğini devraldığını, önceki kiracının abonelik tesis edilmeden su kullandığını, kendisinin önceki kaçak su ücreti ve cezai işlemlerden sorumlu tutularak, talebine rağmen davalıca abonelik tesisinin yapılmadığını ileri sürerek abonelik işleminin tesisini istemiştir.

Davalı, iskan ruhsatının bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir. 1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- 3194 sayılı İmar Kanununun 31. maddesi iskan ruhsatı bulunmayan yapılara abonelik tesis edilemeyeceğini hükme bağladığı gibi Türk Ceza Kanunu'nda da bu tür abonelik tesis edilmesi cezai yaptırıma bağlanmıştır. Anılan bu hususlar kamu düzenine ilişkindir. Bu itibarla iskan ruhsatı bulunmayan yapılara abonelik verilmesi olanaklı değildir. Davalı davaya cevap verirken iskan ruhsatının olmadığını bildirmesine rağmen mahkemece bu hususta herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmamıştır. Mahkeme'ce değinilen bu yön gözetilerek davacıya ait konuta abonelik verilmemesinin nedeni araştırılarak nasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesis edilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir...") 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, davacı adına su aboneliği tesisi ve (davalının buna ilişkin istemi reddetmek suretiyle çıkardığı) muarazanın meni istemine ilişkindir...

Yerel Mahkeme; abonelik tesisi istenilen konutta davacının sa-

tın almasından önceki dönemde oturan kişinin kaçak su kullanmış ve hakkında bu yüzden tutanaklar düzenlenmiş olmasının, davalıya herhangi bir borcu bulunmayan davacının abonelik tesisine ilişkin isteminin kabul edilmemesi için haklı neden oluşturmayacağı, davalının kaçak su kullanımından kaynaklanan alacağını, kaçak olarak su kullanmış olan kişiden istemesi gerektiği, davacı ile abonelik sözleşmesi yapmak zorunda bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne, davacının konutuna abonelik ücreti davacı tarafından karşılanmak koşulu ile su aboneliğinin yapılmasına, taraflar arasındaki çekişmenin bu şekilde giderilmesine karar vermiş; Özel Daire bu kararı metni yukarıda bulunan ilamla bozmuş; yerel mahkeme, gerekçesini tekrarlayarak ve bozma ilamında belirtilenin tersine, davacının konutunun bulunduğu bina için davadan önce yapı kullanma izin belgesi alınmış olduğunu da vurgulayarak önceki kararında direnmiştir. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, Mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle; davacının su aboneliği tesisini istediği konutu kendisinin devralmasından önceki dönemde kullanan ve davalının savunmasına göre de kaçak şekilde su tüketmiş olan kişi hakkında, o eyleminden dolayı davalı tarafından düzenlenen kaçak su tutanakları çerçevesinde tahakkuk ettirilen borçtan, eylemle herhangi bir ilgisi olmayan, konutu sonradan devralan davacının sorumlu tutulmasına hukuken olanak bulunmamasına; davacının abonelik tesisine ilişkin isteminin davalı tarafından bu gerekçeyle kabul edilmemesinin herhangi bir haklı gerekçeye dayanmamasına; görmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmeti çerçevesinde, görev alanı içerisindeki tüketicilere su temin etmesi gereken davalı kurumun, yasal koşulları taşıyan herkesle iltihaki sözleşme niteliğindeki abonelik sözleşmesini yapmak zorunda olmasına; davalı kurumun, kişisel bir borcu bulunmadığı çekişmesiz olan davacı için abonelik tesisini başkasına ait borcun ödenmesi koşuluna bağlamasının hukuka açıkça aykırı bulunmasına göre, usul ve yasaya uygun olan direnme kararının onanması gerekir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 09.04.2008

E. 2008/5-300

K. 2008/308

- * Şuyulandırma bedelinin artırılması
- * İdarenin imar uygulaması işlemi nedeniyle belirlediği bedele yönelik olarak açılacak davalarda zamanaşımının başlayacağı tarih
- * Tebligat yapılmadığı veya ferağ verilmediği takdirde, süreye tabi olmaksızın, şuyulandırma bedelinin artırılması istemiyle dava açma hakkının bulunması (3194 sayılı İmar K. m. 17/son, 18; 2942 sayılı Kamulaştırma K. m. 25; 3290/2981 sayılı K. m. 10/C; Borçlar K. m. 125, 128; Anayasa m. 125; 7201 sayılı Tebligat K.'ya ilişkin Tebligat Tüzüğü m. 51)

Taraflar arasındaki “şuyulandırma bedelinin artırılması” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ümraniye Asliye 3. Hukuk Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 01.02.2007 gün ve 338-38 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 17.05.2007 gün ve 4549-6365 sayılı ilamıyla; (... Dava, imar uygulaması nedeniyle bedele dönüştürülen davacı payına takdir edilen karşılığın artırılması istemine ilişkindir.

Mahkemece, 10 yıllık zaman aşımı süresi dolduğundan bahisle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

3194 sayılı İmar Kanunu’nun 17/son maddesinde “bedellere itiraz şekilleri 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre yapılır” hükmü yer almaktadır.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 25. maddesi gereğince hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi bakımından kamulaştırma işlemi taşınmaz sahibi için noter marifetiyle yapılan tebligatla başlar. Olayımızda bedele dönüştürme işlemi davalı idarece, davacıya tebliğ edilmemiştir.

Bu nedenle, davacının herhangi bir süreye tabi olmaksızın dava açma hakkı bulunduğu gözetilmeden 10 yıllık zamanaşımı süresi geçtiğinden bahisle 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 kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, imar uygulaması sırasında bedele dönüştürülen davacı payına takdir edilen karşılığın artırılması istemine ilişkindir.

Davacı vekili 19.6.2006 tarihli dava dilekçesinde; müvekkilinin paydaşı bulunduğu 104 parsel sayılı taşınmazda davalı Belediyece 2981/3290/3366 sayılı yasalar doğrultusunda yapılan ıslah imar planı uygulaması sonucu, müvekkilinin payının bir bölümünün imar düzenleme ortaklık payı olarak kesildiği, bir kısım payına karşılık imar parsellerinden yer verildiğini ve dava konusu olan 487.9 m² payın ise bedele dönüştürüldüğünü; ancak, bedele dönüştürülen pay karşılığı takdir edilen meblağın taşınmazın niteliklerine göre düşük olduğunu ileri sürerek, davacının payına takdir edilen karşılığın 6.200,00 YTL arttırılarak, bu bedelin değerlendirme tarihinden itibaren kamu alacaklarına uygulanan en yüksek faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Ü. Belediye Başkanlığı vekili cevap dilekçesinde; müvekkili idarece 2981/3366/3290 sayılı yasalar kapsamında yapılan ıslah imar planı uygulama çalışmasının askıya çıkarılıp tapuda tescil edildiğini ve davacı yararına takdir edilen ipotek bedellerinin de ödendiğini, bu itibarla şuyulandırma işleminden başından beri haberdar olan davacıya ait alacağın zamanaşımına uğradığını, ayrıca şuyulandırma işleminde aracılık görevi yapan müvekkili idareye husumet yöneltilmeyeceğini savunarak, davanın zamanaşımı, husumet ve esasa ilişkin nedenlerle reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir. Mahkemenin; *"imar uygulaması sonucu bedele dönüştürülen davacı payına idarece takdir edilen çekişmesiz bedelin davacıya ödendiği 06.01.1994-15.02.1994 tarihleri itibarıyla davacının imar uygulaması işlemini öğrendiği ve bu tarih-*

ten, 19.06.2006 dava tarihine kadar on yıllık genel zamanaşımı süresinin geçtiği" gerekçesiyle "davanın zamanaşımı nedeniyle reddine" dair verdiği karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkemece "çekişmesiz ipotek bedelini alan davacının, bu bedeli aldığı tarihte dava açmaya yarayacak doğru ve sağlıklı bilgileri edinmiş sayılacağı, bu nedenle zamanaşımının başlangıcına çekişmesiz bedelin ödendiği tarihin esas alınması gerektiği" gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Davacının paydaşı bulunduğu A. D., 1 pafta, 104 numaralı parselin, davalı idarece ifraz ve ıslah imar planı uygulaması sonucu bir kısım payının imar düzenleme ortaklık payı olarak ayrıldığı; oluşan imar parsellerinden, davacının kalan bir kısım payına karşılık yer verildiği ve karşılığında imar parseli verilemeyen 487.50 m² davacı payının ise bedele dönüştürülerek, 87.995.000 TL bedel takdir edildiği; davalı İdarece bankaya bloke edilen çekişmesiz bedelin 06.01.1994-15.02.1994 tarihleri arasında taksitler halinde davacıya ödendiği, ancak bedele dönüştürme işlemine ilişkin davacıya her hangi bir bildirim yapılmadan, paya takdir edilen bu bedelin artırılması talebiyle 19.06.2006 tarihinde eldeki davanın açıldığı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Uyuşmazlık; on yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcına, çekişmesiz bedelin mal sahibine ödendiği tarihin mi, yoksa salt bedele dönüştürme işleminin tebliğ tarihinin mi esas alınması gerektiği; bu bağlamda somut olayda dava tarihi itibarıyla on yıllık zamanaşımının geçirilip geçirilmediği noktalarında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümüne geçilmeden önce, imar uygulaması nedeniyle bedele dönüştürme işlemi sonucu malikin payına takdir edilen bedelin hukuki mahiyetinin; bir başka ifadeyle, taraflar arasındaki hukuki bağın niteliğinin irdelenmesinde yarar vardır. Bilindiği gibi; iki veya daha fazla kişiler arasında mevcut olan ve bunlardan birisini diğerine karşı edimde bulunmakla yükümlü kılan hukuki bağa, borç bağı denir. Borç bağı, alacaklı bakımından bir alacak, borçlu bakımından bir borç veya yükümlülüktür (Andreas Von Tuhri *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, (Çev.: Cevat Edege), 1. Cilt, Ankara 1983 s. 9). 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, "*Borçların Teşekkülü*" başlığı altında, sözleşmeden doğan borçlar (m. 1-40) ve haksız fiilden doğan borçlar (m. 41-60) düzenlenmiş; yine aynı başlık altında, borçların üçüncü genel kaynağı olarak, haksız (sebepsiz) iktisap (m. 61-66) öngörülmüştür.

Bunların dışında, ne hukuki bir işlemde açıklanan bir iradeye, ne de hukuka aykırı bir iradeye dayanmayan, diğer bir ifadeyle, kanundan doğan borçlar bulunmaktadır. Kısaca belirtmek gerekirse, borçların kaynağı; sözleşme, haksız fiil, sebepsiz iktisap ya da bir kanun hükmüdür.

Hemen belirtilmelidir ki sözleşme, tek taraflı hukuki işlem den farklı olarak, en az iki irade beyanını içerir, bu irade beyanlarının birbirine uygun ve karşılıklı olması gerekir. Borçlar Kanunu'nda sorumluluk nedenleri arasında düzenlenen haksız fiil ise hukuka aykırı bir eylemle başkasına zarar verilmesidir. Borçlar Kanunu'nda, sorumluluğun üçüncü genel kaynağı olarak öngörülen sebepsiz zenginleşmeden söz edilebilmesi için; bir taraf zenginleşirken diğerinin fakirleşmesi, zenginleşme ve fakirleşme arasında uygun nedensellik bağının bulunması ve zenginleşmenin hukukten geçerli bir nedene dayalı olmaması gerekir. Görülmekte olan davada davacı, davalı idarece bedele dönüştürme işlemi yapılırken, kendi payına takdir edilen bedelin düşük olduğunu ileri sürmüş ve bu bedelin artırılmasını talep etmiştir. Bu halyle, uyumsuzluğu doğuran asıl hukuki ilişki, imar uygulaması sonucu bedele dönüştürme işleminden kaynaklanmaktadır.

Taşınmaz mal sahibinin payı, rızası dışında bedele dönüştürüldüğünden, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin varlığından söz edilemeyeceği açıktır. Yine, davalının hukuka aykırı ve kusurlu bir eylemi bulunmadığı gibi, davacının payının bedele dönüştürülmesinin, davalı yönünden bir sebepsiz zenginleşme oluşturmadığı da duraksamadan uzaktır. O halde, tüm bunların dışında, kanundan kaynaklanan bir alacağın bulunup bulunmadığı hususu irdelenmelidir.

Bu noktada, gerek 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesi, gerekse 3290/2981 sayılı Kanun'un 10/C maddesine göre belediyeler, yerleşim yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların planlarını, fen, sağlık ve çevre koşullarına uygun biçimde oluşturulmasını sağlamak amacıyla imar sınırı içinde bulunan binalı ve binasız arsa ve arazileri maliklerinin veya diğer hak sahiplerinin olurlarını aramaksızın "hamur kuralım" uygulamak suretiyle birbirleriyle, yol fazlası ile kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirmeye bunları yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayırmaya, bağımsız, paylı veya kat mülkiyet esaslarına göre hak sahiplerine dağıtmaya re-

sen tapu işlemlerini yapmaya yetkilidir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 17. maddesinde ise; *"Belediye veya Valilik, kendi malı olan veya imar planlarının tatbiki sonucu kamulaştırmadan artan parçalarla, istikameti değiştirilen veya kapanan yol ve meydanlarda hasıl olan sahalardan müstakil inşaata elverişli olmayan parçaları bitişiğindeki arsa veya bina sahibine bedel takdiri suretiyle satmak, gayrimenkul sahiplerinin yola giden yerlerden dolayı tahakkuk eden istihkaklarını bedel takdiri suretiyle değiştirmek ve komşu gayrimenkul sahibi takdir edilen bedelle satın almaktan imtina ederse, şuyulandırıp satmak suretiyle imar planına uygunluğu temin eder"* hükmü yer almış; aynı maddenin son fıkrasında da, bedel takdirleri ve bedele itiraz şekillerinin 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre yapılması öngörülmüştür.

Buna göre; gerek İmar Kanunu gereğince yapılan parselasyon işlemleri, gerekse İmar Affı Kanunu'nda öngörülen imar ıslah çalışmaları bir idari karara dayanmakta olup, az yukarıda değinildiği gibi, hissenin bedele dönüştürülmesi halinde bir haksız fiil ya da akdi bir ilişkinin varlığından söz edilemeyecektir. O itibarla, hissesi bedele dönüştürülen malike verilen bedelin, kamulaştırma parasında olduğu gibi, hukuka uygun bir işlem sonunda malı almaya verilen bir karşılık olarak nitelendirilmesi gerekir.

Şu durumda, somut olgunun kendine özgü yapısı itibariyle, özel kanundan doğan bir alacağın varlığı söz konusu olup; bu alacağın miktarı yönünden, malik için bizatihi kanundan neşet eden bir dava hakkı doğmaktadır. Kanundan doğan bu borcun ifası hakkındaki zamanaşımı ise, Borçlar Kanunu'nun 125. maddesindeki 10 yıllık zamanaşımıdır. Hemen ifade edilmelidir ki; Borçlar Kanunu'nun 128. maddesi gereğince, zamanaşımı alacağın muaccel olduğu zamandan başlar; alacağın muacceliyeti bir ihbar vukuuna tabi ise, zamanaşımı bu haberin verilebileceği günden itibaren cereyan eder.

Burada, uyuşmazlığın çözümü açısından önemle üzerinde durulması gereken konu, idarenin imar uygulaması işlemi nedeniyle belirlediği bedele yönelik olarak açılacak davalarda zamanaşımının hangi tarihten başlayacağı sorunudur.

T.C. Anayasası'nın 125. maddesinde, idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağı kurala bağ-

lanmış; 7201 sayılı Tebligat Kanununa İlişkin Tebligat Tüzüğü'nün 51. maddesinde ise tebliğin muhatap muttali olmuş ise geçerli olacağı, muhatabın beyan ettiği tarihin tebliğ tarihi sayılacağı ve muhatabın tebliğe muttali olduğunun ve bunun tarihinin iddia ve ispatına cevaz bulunmadığı öngörülmüştür. Yine, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 12.2.1970 gün ve E: 1969/2 K: 1970/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da, Anayasa'nın idarenin işlemlerinden dolayı açılacak davalarda zamanaşımının yazılı bildirim tarihinden başlayacağı hükmü karşısında ilan tarihini dava açma süresine başlangıç kabul etmenin İmkansız olduğu, zira Anayasanın temel hukuk kuralları dışında bir konuyu ayrıntılarıyla düzenlemesi ve bu hükmün daha önceki kanunlarda bulunup aynı konuyu düzenleyen hükümlere aykırı olması halinde konuyu yeniden düzenleyen Anayasa hükmünün uygulanmasının tabi olduğu vurgulanmıştır. 3290/2981 sayılı Kanun'un 10/C maddesi ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca parselasyon planlarında ve dağıtım cetvellerinde kapsadıkları alan içindeki her taşınmaz mala karşılık sahiplerine verilecek bağımsız veya şuyulu imar parsellerinin parsel büyüklükleri, hisse miktarı, parsellerin konumu ve yine bedele dönüştürülen hisse miktarı, idarece takdir edilen bedel gibi hususlar ayrı ayrı gösterildiğinden, bu planların düzenlemeye tabi tuttukları taşınmaz sahipleri için sübjektif ve kişisel işlemler oldukları; bu itibarla idarenin böyle bir işlemi bizzat taşınmaz mal sahibine ve 7201 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri uyarınca tebliğ etmesi gerektiği kuşkusuzdur, öyle ise, idarece yapılan imar uygulaması işleminden kaynaklanan her türlü dava için zamanaşımı, tebliğ (yazılı bildirim) tarihinden başlayacaktır.

öte yandan, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 17. maddesinin son fıkrasında Kamulaştırma Kanunu'na yapılan atıfla, bedel takdirlerinin ve bu bedele itiraz şekillerinin 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu uyarınca yapılacağı hükmüne yer verilmiş; Kamulaştırma Kanunu'nun, "*Tebliğ ile Doğacak Haklar ve Borçlar*" başlığı altında düzenlenen 25. maddesinin, 4650 sayılı Kanun ile değişiklikten önceki ve sonraki metinlerinde, taşınmaz mal sahibi için hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi bakımından kamulaştırma işleminin tebliğinin esas olduğu, eş söyleyişle kamulaştırma işleminin mal sahibine yapılan tebligatla başlaması öngörülmüştür.

Bu haliyle, mal sahibi yönünden açılacak davalarda, zamanaşımı

ve hak düşürücü sürelerin başlangıcına; ilke olarak, mal sahibinin hakkını dava edebilir duruma geldiği tebliğ tarihinin esas alınması gerektiği açıktır. Anılan ilkeye tek istisna, 24.06.1994 tarih ve 1993/3 Esas, 1994/2 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile getirilmiş ve mal sahibine kamulaştırma işlemi ile ilgili yasaya uygun bir bildirim yapılmamış olması halinde, Kamulaştırma Kanunu'nun 14. maddesinde öngörülen 30 günlük hak düşürücü sürenin tapuda ferağ işleminin yapıldığı tarihte başlayacağı benimsenmiştir.

Böylece, kamulaştırma hukukunda, hak arama durumunda olan taşınmaz mal sahibi yönünden dava ve talep haklarının kullanılması, idarece yapılacak bildirimle bağlanmıştır. Açıklanan Anayasal ve yasal düzenlemeler karşısında; gerek 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesi ve gerekse 3290/2981 sayılı Kanun'un 10/C maddesine göre yapılan imar uygulaması işlemlerinin, idarece taşınmaz mal sahibine 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca tebliği zorunlu olup; sözü edilen tebligatın, Borçlar Kanunu'nun 128. maddesinin 2. cümlesinde yer alan ve muacceliyetin başlangıcı olarak işaret edilen "ihbar" mahiyetinde bulunduğu; dolayısıyla, idarece taşınmaz mal sahibine tebligat yapıp ihbarda bulunulmadıkça, imar uygulamasından kaynaklanan alacağa ilişkin zamanaşımının başlamayacağı her türlü duraksamadan uzaktır. Bu cümleden olarak, bedele dönüştürme işlemi sonucu malikin payına takdir edilen çekişmesiz bedelin ödenmiş olması ihbar (tebligat) mahiyetinde kabul edilip, on yıllık zamanaşımı başlangıcına ödeme tarihinin esas teşkil etmesi olanaklı değildir.

Kısaca; idarece, imar uygulaması nedeniyle bedele dönüştürme işlemi ile ilgili olarak yasaya uygun bir ihbar (tebligat) bildirim yapılmadığı sürece, taşınmaz mal sahibinin her hangi bir süreye tabi olmaksızın dava açma hakkı bulunmaktadır.

Somut olayda; 104 numaralı parselde müşterek paydaş olan davacının 487.50 m² payının, davalı idarece ifraz ve ıslah imar planı uygulaması sonucu bedele dönüştürüldüğü ve bankaya bloke edilen çekişmesiz bedelin 06.01.1994-15.02.1994 tarihleri arasında taksitler halinde davacıya ödendiği anlaşılmaktadır. Ne var ki imar uygulaması işlemi ile ilgili olarak davacıya 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca ihtar (tebligat) yapılmadığından, Borçlar Kanunu'nun

125. maddesinde öngörülen zamanaşımının başladığından söz edilemez. Taşınmaz mal sahibi davacı tarafından idare yararına tapuda rızaen ferağ işlemi de yapılmadığından, yukarıda açıklanan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı çerçevesinde ayırık bir durum da söz konusu değildir.

Sonuç itibariyle, yukarıda değinilen ilkelere göre, davacının tebligat yapılmadığı veya ferağ vermediği takdirde, süreye tabi olmaksızın imar uygulaması sırasında bedele dönüştürülen payına takdir edilen karşılığın artırılması istemiyle her zaman dava açma hakkı bulunmaktadır.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece, aynı yöne işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsen Özel Daire bozma kararına uyularak, işin esasına girilmesi ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken; yanılığın teşhis ve değerlendirme sonucu, çekişmesiz bedelin davacı tarafından alındığı 1994 ödeme tarihinin zamanaşımı başlangıcına esas alınarak, 19.06.2006 dava tarihi itibariyle on yıllık zamanaşımın süresinin geçirildiği gerekçesiyle davanın reddine dair verilen kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

KARŞI OY YAZISI

Dava, imar uygulaması sırasında şuyulandırma (ortaklaştırma) sonucu bedele dönüştürülen davacı payına takdir edilen bedelin artırılması istemine ilişkin olup davacı Hasan Dalcık tarafından davalı Ümraniye Belediye Başkanlığı aleyhine 19.6.2006 günü açılan davada fazlaya ilişkin hak saklı kalmak kaydıyla sözü edilen bedelin 6.200,00 YTL artırılması istenmiş, davalının zamanaşımı defteri ileri sürmesi üzerine mahkemece, Borçlar Yasasının 125. maddesi uyarınca 10 yıllık zamanaşımına tabi olan alacağın imar uygulamasının öğrenilmesinden itibaren 10 yıllık süre dolduğundan ve alacak zamanaşımına uğradığından davalının zamanaşımı ilk itirazının süresinde olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Yargıtay'ın kararlılık kazanmış uygulamalarına göre; idarenin (Belediye'nin) İmar Kanunu hükümlerine göre yapmış olduğu şuyulandırması, hemen belirtmek gerekir ki yasaların verdiği yetkiye dayanılarak gerçekleştirilmiş hukuka uygun bir işlemdir. Dava konusu ta-

şınmaz malın belirli bir hissesi davalı adına kayıtlı iken imar uygulaması nedeniyle kaydı kapatılmış ve müstakil parsellere bölünmüştür. Davacının maliki bulunduğu parsellere ipotek tesis edilmesi nedeniyle 1993 ve 1994 yıllarında kendisine çeşitli miktarda ödeme yapılmış, aradan uzun yıllar geçmesine rağmen bedelin az olduğuna dair herhangi bir itirazda bulunmamış ve 19.6.2006 havale günlü dilekçe ile fazlaya ilişkin hakkını saklı tutarak 6.200 YTL bedel artırımını istemiştir. Dava konusu ortaklaştırma nedeniyle davacıya en son ödeme 1994 yılının ilk aylarında yapılması sonucu idarenin bu işlemini öğrendiğinden davanın açıldığı tarih itibariyle 10 yıllık süre çoktan geçmiştir.

3194 sayılı Kanun'un 17/son maddesinde, bedel takdirleri ve bu bedellere itiraz şekilleri 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre yapılır denilmektedir. Bilindiği gibi 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu 4650 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve bu yasanın yeni hükümleri 5.5.2001 günü yürürlüğe girmiştir.

Sözü edilen değişiklikle Kamulaştırma Kanunu'nun 14. ve 25. maddeleri yeniden düzenlenmiş ve kamulaştırılan taşınmaz malların sahiplerince bedele itiraz davası açılması imkanı ortadan kaldırılmıştır. Mülk sahiplerine sadece maddi hata davası açmak olanağı tanınmıştır. Bilimsel çevrelerde ve Yargıtay uygulamalarında genellikle kabul edildiği gibi her dava açıldığı tarihteki koşullara ve yürürlükte bulunan yasa hükümlerine göre görülüp karara bağlanır. Dava açıldıktan sonra bu duruma açıklık getiren bir yasal düzenleme de yapılmamıştır. O halde, 2942 sayılı Kanun'un 5.5.2001 değişikliğinden önceki halini bu olaya uygulamak mümkün değildir. Çünkü dava bu değişiklikten sonra 2006 yılında açılmıştır. Soruna genel hükümler çerçevesinde bir çözüm bulmak en isabetli yol olacaktır. Nitekim yerel mahkeme de uyuşmazlığı bu yolla çözmüştür. Davacının taşınmaz malı, bedele dönüştürüldüğüne göre artık malike ait bir arazi veya arsanın varlığından söz edilemez. Ortada bir bedel var ve bu da davacı tarafından davalı idareden alınmıştır. Ancak davacı, bu alacağım eksik aldığını daha fazla bedel takdir edilmesi gerektiğini ileri sürerek bu davayı açmıştır. Borçlar Kanununun hükümleri sorunun çözümü için yeterlidir. Böyle bir yasa maddesi olmasaydı o takdirde belki başka çözüm yolları aramak gerekebilirdi. Borçlar Kanunu'nun 125. maddesine göre; kanunda başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde, her dava on senelik zamanaşımına tabidir. Gerek İmar Kanununda ve ge-

rekse onun atıfta bulunduğu Kamulaştırma Kanunu'nda zamanaşımı ile ilgili bir düzenleme olmadığı gibi daha uzun süreli bir zamanaşımından da söz edilmemiştir. Bu tür bir dava ile ilgili olarak zamanaşımı süresini sınırsız hale getirmek, bu müesseseyi kabul etmemek, inkar etmek olur. Yürürlükteki yasalarda borçluya yapılması gereken bir tebligat veya bir "ihbar" da bulunmadığına göre zamanaşımı süresi davacının şuyulandırma işlemini öğrendiği tarihten itibaren başlamıştır. Bir hakkın dava edilebilir durumda olması o hakkın zamanaşımı süresini başlatır. Davacı, eksik belirlendiğini iddia ettiği alacağının geri kalan kısmına bu hakkın doğumundan itibaren her zaman dava açarak kavuşabilir. Ancak, somut olayda olduğu gibi 10 yıl geçtikten sonra açtığı davada borçlunun zamanaşımı defii ile karşılaştığı takdirde artık bu alacağını elde etmesi mümkün olamaz. Davacının kendi aleyhine gerçekleştirildiğini öğrendiği işlemle ilgili olarak gerek parayı idarenden almazdan önce ve gerekse parayı aldıktan sonra her zaman (10 yıllık süre içerisinde) bedel artırımını (alacak) davasını açmak hak ve yetkisine sahip iken bu hakkım kullanmamıştır ve kendisine ayrıca tebligatı öngören bir yasa maddesi bulunmamaktadır. Yürürlükten kalkmış yasa maddelerini uygulamak ve noter tebligatı yapılması koşulunu aramak artık mümkün değildir. Davacı, çekişmesiz bedeli aldıktan takriben 13 yıl sonra bu davayı açmıştır. Öte yandan bu güne kadar yapılan uygulamada çekişmesiz bedelin ödeme tarihindeki değeri dava tarihine endekslenerek bulunan bu değer, taşınmazın dava tarihindeki değerinden düşülmemektedir. Davacının, 1993 ve 1994 yıllarında almış olduğu çekişmesiz bedel, taşınmaza, şuyulandırma sırasında biçilen değerdir. Halbuki davacı 2006 yılında açtığı dava ile taşınmaz malın bu tarihteki (2006 yılındaki) değerini istemektedir. Saptanan yeni bedelden indirilecek çekişmesiz bedel, 1993 ve 1994 yıllarında aldığı bedeldir. Davacı dava açmayı geciktirerek hem aldığı paranın geçen zaman içerisinde değersiz hale gelmesini ve hem de taşınmaz malın değer kazanmasını sağlamıştır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır demektedir. Davacının davranışı bu yasa kuralına da uymamaktadır. Zamanaşımı müessesesinin kabul edilmiş amaçlarından bir tanesi de hakkın kötüye kullanılmasını önlemektir. Konuyu biraz daha açıklamak gerekirse; 1993 yılında idarenin yaptığı şuyulandırma sonucu davacının taşınmaz malına biçtiği

ve ödediği bedel, salt 104 sayılı parsel için en az 134.500.000 TL'dir. Bu bedelin, son ödeme tarihinden itibaren dava tarihine kadar olan değeri, 1994-100 endeksine göre 19.784.412.000 TL'dir. Bu para 147 kat değer kaybetmiş, davacının malı ise o oranda değer kazanmıştır. Davacının dava konusu yaptığı her üç parsel için de aynı durum söz konusu olduğuna göre idarenin kaybı ödeme tarihindeki para birimine göre on milyarlarca liradır. Çünkü taşınmaz malın dava tarihindeki değerinden sadece davacıya çekişmesiz bedel olarak ödenen 134.500.000 TL düşülecektir. Davacının zamanaşımına uğramadığının kabulü halinde dahi bu adaletsizliğin mahkemece verilecek yeni hükümde de mutlaka dikkate alınmasının uygun olacağı düşünülmektedir. Açıklanan nedenlerle yerel mahkeme kararının doğru ve yerinde olduğu kanaatindeyim ve değerli çoğunluğun görüşlerine arz ettiğim sebeplerle katılamıyorum.

Ali Selim

18. Hukuk Dairesi Üyesi

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DİSİPLİN KURULU KARARLARI

DECISIONS OF THE DISCIPLINARY COMMITTEE

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 Kurulunca 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

nı, 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/... Esas sayılı davanın sanıklarından F. C. ve A. D. müdafii olarak görevlendirilmesine rağmen duruşmalara katılmadığı ve mazaret de bildirmediği, Beyoğlu 1. Ağır Ceza Mahkemesi 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 yakıştır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdür."*

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesine göre, *"Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve 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.

T. 24.04.2009
E. 2009/95
K. 2009/231

*** Avukatın başka bir avukata karşı asil veya vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna yazıyla bildirmesi yükümlülüğü**
 (Av. K. m. 34;
 TBB Meslek Kuralları m. 27/2)

Şikayetçi, görevli avukata hakaret sebebiyle şikayetçisi ve katılanı olduğu Bakırköy 2. Asliye Ceza Mahkemesi'ndeki 2006/... Esas sayılı davasına şikayetli avukatın sanık müdafii olarak katıldığını, ancak bu görevi üstlenmeden önce Baroya bildirimde bulunmadığını iddia ederek şikayetçi olmuştur.

Şikayetli savunmasında, şikayetin haksız ve kötü niyetli olduğunu, şikayetçinin daha önce de müvekkili aleyhine Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açtığı davada vekilliği sebebiyle de 2007/... sayılı dosya ile hakkında şikayette bulunduğunu ve uyarma cezası aldığını, aynı olay nedeniyle bu kez Bakırköy 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nde dava açılmış olup şikayetin bu dosyaya ilişkin olduğunu, konu aynı olup aynı nedenle iki kez şikayette bulunulduğunu, aynı davalara çalıştığı bürodaki diğer avukatların da girdiğini ve bir gün önce iş taksimi yapılarak dosyaların tevdi edildiğini, bu durumda bildirim yapmasının olanaksız bulunduğunu, kaldı ki taraflar arasındaki tazminat davasında bildirim yapılmış olduğunu savunmuştur.

Şikayetlinin önceki cezalandırılmasına ilişkin 2007/... sayılı şikayet dosyasının incelenmesinde, bunun tarafları aynı olan Bakırköy 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülen 2005/... Esas sayılı dava ile ilgili olduğu, bu şikayetin ise Bakırköy 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2006/... Esas sayılı dosyası için olduğu görülmüştür.

Baro Disiplin Kurulu eylemi sabit görerek şikayetlinin uyarma cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir. Baro Disiplin Kurulu kararına şikayetli itiraz etmiştir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2 maddesi, bir avukatın başka bir avukata karşı asil veya vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna yazı ile bildirmesi hükmünü içermektedir. Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine göre avukatlar, Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.

Şikayetlinin, şikayetçinin müşteki ve katılanı bulunduğu Bakırköy 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nde görülmekte olan 2006/... Esas sayılı davanın 18.12.2006 günlü oturumuna sanık vekili olarak katıldığı, ancak daha önce bu konuda Baroya bildirimde bulunmadığı oturum tutanağı ve şikayetlinin Barodaki şahsi dosyasının incelenmesiyle anlaşılması olup, esasen şikayetli tarafından da aksi iddia edilmemiştir.

Gerek hukuk mahkemesindeki davanın ve gerekse ceza mahkemesindeki davanın aynı maddî olaydan kaynaklanması, devam eden ihtilâfta ayrı yargı mercilerinde görülen ve birinin devamı olmayan, ayrı davalarda Baroya bildirim yükümünü ortadan kaldırmaz. Yine bir hukuk bürosunun kendi içindeki çalışma şekli, mevzuatın öngördüğü bu yüküme uyulmamasına neden oluşturmaz.

Bu nedenlerle İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazlarının reddi ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına katılanların oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 24.04.2009
E. 2009/ 97
K. 2009/232

*** Avukatın müvekkili adına
ödemesi gereken parayı
uhdesinde tutamayacağı**
(Av. K. m. 34, 135/2;
TBB Meslek Kuralları m. 3, 42, 43)

Şikayetli avukat hakkında, şikayetçinin üyesi olduğu kooperatifle olan ihtilafın çözümü için vekâletname ve ücret ödendiği, tevdi mahalli tayini istenilen ve kooperatife ödenmesi gereken paranın şikayetli avukatın hesabına yatırılmasına karşın şikayetli avukat tarafından bu paranın kooperatife ödenmeyerek uhdesinde tutulduğu, iade de edilmediği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, şikayetliden vekâletname aldığını, gerekli hukuki işlemleri yerine getirdiğini, tüm masrafların kendi-

si tarafından yapıldığını, iddia edilen paranın kendisine ödenmediğini, şikayetçi ile hesaplaşmak için davet etmesine karşın gelmeyerek şikayet ettiğini, disiplin suçu işlemediğini bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli avukatın, müvekkili olan şikayetçinin vermiş olduğu kooperatife ödemesi gereken parayı vermemesinden ibaret eylemini Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3 ve 43. maddelerine aykırı bularak Avukatlık Kanunu'nun 135/2 maddesi gereğince şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikayetçi ve şikayetli tarafından itiraz edilmiştir.

Şikayetçi itirazında, yapılan eylemle verilen cezanın orantılı olmadığını, şikayetlinin zimmetine para geçirmiş olması nedeniyle daha ağır bir şekilde cezalandırılması gerektiğini, bu nedenle kararın bozulmasını istemiştir.

Şikayetli ise itirazında, savunmasının değerlendirilmediğini, bir yazım hatasının aleyhe delil olarak kabul edilerek hukuka aykırı karar verildiğini ve eksik inceleme sonucu verilen disiplin kurulu kararının kaldırılmasını talep etmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerle, şikayetçi ve şikayetli avukatın yazılı ve sözlü beyanları, tanık A.C.K'nın beyanı, ödemelere ilişkin şikayetli avukatın Şirinevler HSBC şubesindeki hesabına ait kayıtlar ve ilgili Şişli 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2005/... Esas sayılı dosyasının birlikte incelenmesi sonucunda; şikayetçinin aralarında ihtilaf bulunan kooperatifle ilgili sorunun çözümü için şikayetli avukata vekâletname verildiği ve 17.11.2004 tarihli avukatlık ücret sözleşmesi yapıldığı şikayetçi tarafından şikayetli avukatın banka hesabına gönderilen paranın şikayetli avukat tarafından alındığını şikayetli avukatın kabul ettiği, şikayetliye kooperatife ödenmek üzere para verilmesine rağmen şikayetlinin aldığı 6.000,00 TL'yi tevdi mahalli istedikleri kooperatife ödemediği, daha sonra şikayetçi tarafından iadesi istenilmesine karşın şikayetçiye de ödemeyerek uhdesinde tutmuş olduğu, şikayetçinin Bakırköy 2. Noterliği'nin 19.06.2006 tarihli ihtarnamesi ile şikayetli avukatı hem vekillikten azlettiği ve hem de 6.000,00 TL'yi talep ettiği, şikayetli avukatın yapılan işlemler ve harcamalarla ilgili olarak şikayetçi-

yi bilgilendirmediği gibi yapılan harcamaları da belgelendirmemiş olduğu anlaşılmıştır.

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi, "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 yükümlüdürler"; Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesi, "Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür"; 42. maddesi, "Avukat işle ilgili giderleri karşılamak üzere avans isteyebilir. Avansın işin gereğini aşmamasına, avanstan yapılan harcamaların müvekkile zaman zaman bildirilmesine ve işin sonunda avanstan kalan paranın müvekkile geri verilmesine dikkat edilir." ve 43. maddesi, "Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkille ilgili bir hesap varsa uygun sürelerde durum yazıyla bildirilir." hükümlerini içermektedir.

Şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Kanunu'nun 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3, 42 ve 43. maddelerine aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir. Ancak şikayetli avukatın eyleminin birden fazla olması ve Avukatlık Kanunu'nun 158. maddesindeki ilkeler de nazara alınmak suretiyle Baro Disiplin Kurulu'nun takdir ettiği kınama cezasının 200,00 TL para cezasına çevrilmesi suretiyle kararın düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazlarının reddine, şikayetçinin itirazının kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının 200,00 TL para cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikayetli avukat Ö. İ.'nin 200,00 TL para cezası ile cezalandırılmasına oybirliğiyle karar verildi.

T. 24.04.2009
E. 2009/99
K. 2009/234

*** Belge aslı kendisinde olmadan avukatın "Aslı gibidir." şerhini kullanamayacağı**
 (Av. K. m. 34, 56, 136/1;
 TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukatın, şikayetçi ile Levazım Subayları 2. Kısım Yapı Kooperatifi arasında görülen davalarda, kooperatifin 1991 yılında kat mülkiyetine geçerek kendisini feshettiği ve 11 ayrı blok için ayrı ayrı yönetim planları yapıldığı, tapuda bulunan yönetim planından farklı olan yönetim planlarını, tapudaki aslından farklı olduğu halde "*aslı gibidir*" şerhi ile tasdik ederek mahkemelere verdiği iddiası ile yapılan şikayet üzerine açılan disiplin kovuşturmasında sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Aynı eylem ile ilgili olarak şikayetli avukat ile birlikte Av. O. Ç.'nin de Baroya ve Adalet Bakanlığı'na şikayet edildiği, dosyada bulunan Adalet Bakanlığı'nın 23.08.2006 tarihli oluru ile şikayetli avukat hakkında soruşturma izni verilmemesine, diğer avukat hakkındaki iddianın avukatlık görevi ile ilgili olmaması sebebiyle genel hükümlere göre işlem yapılması gerektiğinin bildirildiği görülmektedir.

Baro Yönetim Kurulu 27.09.2007 gün, 2006/... Esas, 2007/... Karar sayılı kararı ile avukat B. F. T. hakkında disiplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına, Av. O. Ç. hakkında Ankara 16. Asliye Ceza Mahkemesi'nde dava açılmış bulunduğundan disiplin kovuşturması açılmasına karar vermiştir. Bu karara şikayetçinin itirazı üzerine Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun 26.01.2008 gün ve 2008/... Esas, 2008/... K. sayılı kararı ile şikayetli avukatın eyleminin Avukatlık Kanunu'nun 56/2 maddesi ile 34 ve 134. maddelerine göre değerlendirme yapılmak üzere disiplin kovuşturması açılması gerektiği belirtilerek bozulmuş ve aynı gerekçeler ile disiplin kovuşturması açılmıştır.

Disiplin kurulları, disiplin kovuşturması açılmasına ilişkin Baro Yönetim Kurulu kararında belirtilen olay ile bağlı olarak kovuşturma yapmak zorunda olup, tarafların aralarındaki ihtilafın diğer yönleri ile ilgili olarak ileri sürdükleri iddia ve savunmaların bu kovuşturmada değerlendirilmesi ya da tarafların yargılamada olan hukuki durumlarının karara bağlanması mümkün değildir.

Dosyada bulunan belgeler ile şikayetli avukatın savunmasının birlikte değerlendirilmesinde, Mahkemelerce dava ile ilgili apartman yönetim planının ibrazının istenmesi üzerine, tapuda bulunan geçerli yönetim planına ulaşmak ve aslını temin etmek mümkün iken, şikayetli avukatın, kendisine müvekkillerince verildiğini savunduğu yönetim planı örneklerini, aslı kendisinde bulunmadığı halde Avukatlık Kanunu'nun 56. maddesinin verdiği yetki ile "aslı gibidir" şerhi ile tasdik ederek verdiği anlaşılmaktadır. Adalet Bakanlığı'nca sunulan örnekler ile tapudaki asıllar arasında esasa ilişkin fark olmadığı kabul edilerek Avukatlık Kanunu'nun 56/3 maddesindeki cezai yaptırımını açısından ceza soruşturması açılmasına izin vermemiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 56/2 maddesine göre, "Asılların verilmesi kanunda açıkça gösterilmeyen hallerde avukatlar, takip ettikleri işlerde, aslı kendilerinde bulunan her türlü kâğıt ve belgelerin örneklerini kendileri onaylayarak yargı mercileri ve diğer adalet dairelerine verebilirler." Bu yetkinin kullanılabilmesi için, onaylanan belgenin aslının avukatta olması gerektiği açıktır.

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine göre, "Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık ünvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler."

Şikayetli avukatın belirtilen maddeler ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerinde düzenlenen özen yükümlülüğünü gereğince yerine getirmediği, Avukatlık Kanunu'nun 136/1 maddesine göre de eylemin Avukatlık Kanunu'nun altıncı kısmında yazılı esaslara aykırı olması karşısında ilk defasında en az kınama cezası verilmesi gerektiği görülerek, Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak şikayetçi E. Ö. ile şikayetli avukat B. F. T'nin itirazlarının reddine, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

T. 24.04.2009
E. 2009/100
K. 2009/235

*** Avukatın, sanık müdafii olduğu duruşmaya mazeret bildirmeksizin katılmaması ile yargılamanın sürüncemede bırakılması**
 (CMK m. 150/3; Av. K. m. 2, 34, 134; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Eyüp 3. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı tarafından ... Baro Başkanlığı'na yazılan 08.03.2007 tarihli bir yazı ile 2006/... Esas sayılı dava dosyasında, nitelikli yağma suçu sanığı müdafii şikayetli avukatın duruşma günü tebliğ edilmesine karşın duruşmaya katılmadığı ve mazeret de bildirmediği belirtilerek yasal gereğinin yapılması talep edilmiştir.

Şikayetli avukat, söz konusu sanığın özel müvekkili olduğunu ve ilgili duruşmaya işlerinin yoğunluğu nedeni ile katılmadığını, davada yasal ve usulü işlemlerin hepsinin yerine getirildiğini, sanığın tahliye olduğunu savunmuştur.

Baro Disiplin Kurulu; Baro Yönetim Kurulu'nun disiplin kovuşturması açılması hakkındaki 13.03.2006 günlü kararında, "*Baroca verilen görevi gerekli dikkat ve özenle takip etmediği anlaşılan şikayetli avukat hakkında, Avukatlık Kanunu gereği disiplin kovuşturması açılmasına*" şeklinde bir açıklamaya dayanarak, İstanbul Barosu CMK Servisi tarafından şikayetli avukatın Baro tarafından atanmadığının bildirildiğini gerekçe göstererek şikayetli avukat hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı Mahkeme Başkanı tarafından itiraz edilmiştir.

Mahkeme Başkanı itirazında; şikayetli avukatın savunma için süre istediği, kendisine süre verilerek duruşmanın ertelendiği, ancak şikayetli avukatın erteleme duruşmasına katılmadığını, bunun üzerine kendisine ihtarlı davetiye tebliğ edildiği, bu duruşmaya da katılmadığı belirtilerek, sanığın özel müdafii olmasının kendisine duruşmaları takip etmeme hakkı vermediğini, CMK'nın 150/3 maddesi gereğince yargılamada vekil bulunmasının zorunlu olduğu, şikayetli avukatın duruşmaya katılmayarak yargılamayı sürüncemede bıraktığı, oysa

yargılamanın sürüncemede bırakılmayacağını, eğer istemiyorsa vekillik görevinden istifa etmesi gerektiği itirazında bulunmuştur.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikayetli avukatın duruşmalara katılmayarak görevini ihmal edip etmediğine ilişkindir. Baro Disiplin Kurulu'nun kararına dayanak yaptığı gerekçe bakımından Baro Yönetim Kurulu'nun disiplin kovuşturması açılmasına ilişkin kararı incelenmiş, ancak belirtilen şekilde bir açıklamanın Yönetim Kurulu kararında bulunmadığı anlaşılmıştır. Kaldı ki Baro disiplin kurulları, disiplin kovuşturması açılmasına ilişkin kararlar değil, hakkında disiplin kovuşturması açılmasına neden olan eylemle bağlı olup, eylemin hukuki niteliğini de kendileri yapmak zorundadırlar.

Ayrıca mevzuat gereğince Baro tarafından görevlendirilmiş olmasa da bir avukat üstlendiği görevi, ücret alsın veya almasın, gerektiği şekilde yerine getirmek zorundadır. Avukatlık Kanunu'nun 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 davranmakla yükümlüdürler. 134. madde gereğince de, avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında yasada belirtilen disiplin cezaları uygulanacağı belirtilmiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesine göre de avukatlar, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinden ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasından sorumludurlar. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesinde avukatların, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütmesi gerektiği, 4. maddesinde ise avukatların, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorunda oldukları belirtilmiştir.

Yukarıdaki ilkeler ışığında şikayetli avukatın eylemi yasa ve meslek kurallarına aykırıdır. Şikayetli avukat üstlendiği görevini tam olarak yerine getirmemiş, yargılamanın sürüncemede bırakılmasına ne-

den olmuştur. Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nun olayı değerlendirmesinde hukuki isabet görülmemiş, şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararın kaldırılarak şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak şikayetçinin itirazının kabulüne, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin 14.10.2008 tarih ve 2008/... Esas, 2008/... Karar sayılı kararının kaldırılmasına, incelenecek başkaca bir husus bulunmadığından şikayetli Av. M. G.'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına katılanların çoğunluğuyla karar verildi.

Karşı oy:

1- Avukat CMK görevlisi olmadığından, hakkında müvekkilin şikayeti bulunmadığından ve Mahkemenin CMK servisinden avukat görevlendirilmesi isteme imkanı bulunduğundan,

2- CMK'da mahkemeler tarafından avukata "*ihbarlı davetiye*" gönderme düzenlemesi mevcut olmadığından İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun verdiği kararın onanması gerektiği görüşü ile sayın çoğunluğun kararına muhalifim.

* * *

T. 24.04.2009
E. 2009 / 101
K. 2009/236

*** Avukatın, yasal müdafii olarak kabulü için baroca görevlendirme yazısının, kendisine tebliğ edilmesinin şart olması**
(Av. K. m. 34, 134;
TBB Meslek Kuralları m. 3)

Beyoğlu Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi'nin İstanbul Baro Başkanlığı'na gönderdiği 26.04.2007 tarihli yazısı ile silahlı yağma suçundan suça sürüklenen çocuklar V. Ş. ve H. T. haklarında açılan kamu davasında şikayetlinin bu çocuklar için yasal müdafii olarak görevlendirildiği halde 26.04.2007 tarihli oturuma mazeretsiz katılmadığı, bu nedenle çocuğun savunmasının alınmadığını bildirerek, şikayetlinin

mazeretini içeren belge varsa Mahkeme'ye gönderilmesi, yoksa disiplin yönünden gereğinin yapılması istenmiştir.

Şikayetli savunma vermemiş, kanıt bildirmemiştir.

Dosya içerisinde İstanbul Barosu'nca şikayetlinin Beyoğlu Ağır Ceza Mahkemesi'nde 2007/... Esas sayılı davada V.Ş. ve H.T.'ye müdafî atandığına dair şikayetliye gönderilen 29.03.2007 tarihli yazı örneği ile bu atamanın Beyoğlu Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi'ne bildirilmesine dair 29.03.2007 tarihli yazı örnekleri bulunmakta ise de bu yazıların ilgililere tebliğine dair herhangi bir belge bulunmamaktadır.

İstanbul Barosu Disiplin Kurulu mevcut belgelerin aksi kanıtlanmadığından şikayetlinin eylemini sabit görerek Avukatlık Kanunu'nun 34 ve 134.maddeleri delâletiyle Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesine aykırılık oluşturan eylem sebebiyle şikayetlinin uyarma cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikayetli avukat itiraz etmiştir. İtirazında, ne CMK servisinden ve ne de Mahkemeden kendisine görevlendirildiği hususunda herhangi bir tebligatın olmadığını bildirmiştir.

Dosya içerisinde şikayetliye yazılmış İstanbul Barosu Başkanlığı'nın 29.03.2007 tarihli görevlendirme yazısı bulunmaktadır. Bu yazıda dosya numarası, duruşma günü ve saati de belirtilmektedir. Ancak bu yazının şikayetliye tebliğine ilişkin bir belge bulunmamaktadır. Şikayetli avukat, yazının kendisine tebliğ edilmediğini iddia ettiğine göre bu yazının şikayetliye tebliğine ilişkin belgenin dosyamız içine konulması, olmadığı takdirde oluşacak duruma göre bir karar verilmesi için Baro Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının bozulmasına katılanların oybirliğiyle karar verildi.

T. 24.04.2009
E. 2009/108
K. 2009/241

*** Borçludan tahsil edilen miktara, avukatın dosya üzerinden haciz koydurarak, mahkemece hüküm altına alınan avukatlık ücretini tahsil etmesinin, disiplin cezasını gerektirmesi**
 (Av. K. m. 34, 136, 164/son;
 TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukatın, şikayetçi avukat ile karşılıklı taraf vekilleri oldukları davada, taraflar lehine hükmedilen avukatlık ücretlerini müvekkilleri adına icraya koydukları, şikayetçi avukatın takip ettiği dosyada borçludan tahsil edilen miktara şikayetli avukatın dosya üzerinden haciz koydurarak avukatlık ücretini tahsil ettiği, eylemin Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesindeki düzenlemeye aykırı olduğu iddiası ile yapılan şikayet üzerine açılan disiplin kovuşturması sonucunda eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Dosyada bulunan Lüleburgaz 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/... Esas, 2005/... Karar sayılı kararında, davacının A.E. vekilinin şikayetli avukat İ.K., davalısının H.E. vekilinin şikayetçi avukat M.İ.'nin olduğu, kararda nafakanın azaltılması ve karşılık olarak da artırılmasının dava edildiği, her iki davanın da reddedildiği, her iki taraf için 400,00'er TL avukatlık ücretine hükmedildiği,

Aynı kararın, şikayetçi avukat tarafından Lüleburgaz 1. İcra Müdürlüğü'nün 2006/... sayılı dosyası ile icraya konulduğu, dosyaya tahsil edilen 434,20 TL'nin şikayetli avukatın başlattığı Lüleburgaz 2. İcra Müdürlüğü'nün 2006/... sayılı dosyasındaki alacak için haczedilerek, tahsil harcı çıktıktan sonra kalan 410,20 TL'nin bu dosyaya devredildiği anlaşılmıştır.

Şikayetli avukat, dosyaya ibraz ettiği Yargıtay kararlarına da dayanarak, mahkemece hükmedilen avukatlık ücretinin, taraflar adına hükmedilmesi gerektiğini ve öyle karar verildiğini, şikayetçi avukatın yaptığı icra takibindeki alacağın müvekkilinin alacağı olduğunu, alacaklının borcu sebebiyle haczedilmesinin mümkün olduğunu, kendisinden istekte bulunulsa ödenmesinin sağlanabileceğini, Baro ilgililerinin de bu yönde bir uzlaştırma girişiminde bulunmadığını, kendisi-

nin haciz talep etmesinin haklı olduğunu, değilse dahi bu talebin icra müdürlüğünce değerlendirilip reddedilmesi gerekeceğini, kendisinin sorumluluğu bulunmadığını savunmuştur.

Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesine göre, *"Dava sonunda kararlar tarifeye dayanarak karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti avukata aittir. Bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez."*

Dosyada bulunan Yargıtay kararlarında da kabul edildiği gibi, bu hükmün ilk cümlesi karar ile hükmedilecek avukatlık ücretinin, kararda davanın tarafı olmayan avukata ait olacağı biçiminde hüküm kurulmasına imkan vermemektedir. Bu sebeple, avukatlık ücretinin tahsili için yapılacak icra takipleri de müvekkil adına düzenlenmekte, ancak tahsil edilen ücret vekil ile müvekkil arasındaki ilişkide avukata ait bir meblağ olduğu için avukata ait olmaktadır. Yine Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi maddenin son cümlesi, avukatlık ücretinin güvencesini düzenlemekte, davanın tarafı olan müvekkilin borcu için bu miktarın takas, mahsup veya haciz suretiyle avukatın eline geçmesi ihtimalini ortadan kaldırmaktadır.

Kurulumuzun başka kararlarında da belirtildiği gibi, takipte talebin icra müdürü tarafından kabul edilmiş olması, diğer tarafın isterse itiraz edebilme hakkının bulunması gibi hususlar, yasaları doğru olarak uygulamak durumunda olan avukatın hukuken ve özellikle disiplin yönünden sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine göre, *"Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır 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 yükümlüdürler."*

Şikayetli avukatın eylemi yukarıda belirtilen maddeler ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerinde düzenlenen "özen", "meslek güveni", "meslek itibarı" ilkelerine ve "hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasına aracı olma" kuralına aykırılık oluşturmaktadır. Avukatlık Kanunu'nun 136/1 maddesine göre de eylemin Avukatlık Kanunu'nun altıncı kısmında yazılı esaslara aykırı olması karşısında ilk defasında en az kınama cezası verilmesi gerektiği görülerek,

Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak şikayetli Av. İ. K.'nin itirazının reddine, Kırklareli Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 24.04.2009

E. 2009/117

K. 2009/242

* **Avukatın başka bir avukata karşı asil veya vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna "göreve başlamadan" yazıyla bildirmesi yükümlülüğü**
(Av. K. m. 95/1, 97/6;
TBB Meslek Kuralları m. 27/2)

Baro Disiplin Kurulu, işbu dosya ile birleştirilen 2008/..., 2008/... ve 2008/... sayılı disiplin kovuşturmasına ilişkin dosyalarda şikayetli avukat aleyhine Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2 maddesinde öngörülen Baro'ya bildirimde bulunmadığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylemi sabit görmeyerek disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar vermiştir.

Şikayetli avukat aynı olayla ilgili olarak birçok dava olduğunu, asıl davada 10.03.2005 tarihli dilekçe ile bildirimde bulunduğunu, ilk davanın devamı niteliğindeki bu davalarda bildirimde bulunmaya gerek görmediğini, esasen bir faydası da olmadığını bildirmiş, suçsuz olduğunu savunmuştur.

Avukat, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2 maddesi uyarınca, "bir başka avukata karşı asil ya da vekil sıfatı ile takip edeceği davayı kendi barosuna yazı ile bildirmek" yükümlülüğündedir. Madde'nin amacı, avukatla avukat ve/veya avukat ile iş sahibi arasında çıkan uyuşmazlığın baro öncülüğünde sulh yolu ile çözümlenmesi için, baronun uyuşmazlıkla ilgili bilgi edinmesini sağlamak olduğu gibi, aleyhine dava açılan avukatın davaya konu olan eylem veya işleminin baroca değerlendirilip, gerekirse resen disiplin soruşturması açılmasının sağlanmasıdır.

Avukatlık Kanunu'nun 95/1 maddesi ile Baro Yönetim Kurulu, "Avukatlık onurunun ve meslek düzeninin korunmasını, mesleğin adalet amaçlarına uygun olarak, bağlılık ve onurla yapılmasını sağlamakla" genel, 97/6 maddesi ile Baro Başkanı, "Meslek onuru ve bağımsızlığı ile ilgili işlerde kanunlar ve meslek kurallarının gereğini her türlü organlara karşı savunmak ve bu konuda doğrudan doğruya ve dolayısıyla kendisini göreve zorlayan hususları yapmaktak" özel olarak görevlendirilmiştir.

Görüldüğü üzere bildirim amacı izin veya avukatı kontrol olmayıp, avukatlık onuru ve meslek düzeninin korunmasında Baro organlarını daha aktif hale getirerek, mesleki dayanışmaya zarar verecek uyuşmazlıkları gerekirse sulhen çözümlenmek, avukatlık mesleğine olan saygı ve güvene uygun biçimde davranılmasını sağlamakla sorumlu kılmaktır.

11 Ağustos 1341 (1925) tarihinde yürürlüğe giren, İstanbul Barosu Dahili Nizamnamesi'nin 32. maddesinde, "Avukatlar gerek asaleten ve gerek vekâleten birbirleri aleyhine dava açacaklarında, en aşağı bir hafta evvel inzibat meclisine yazı ile malumat vermeye mecburdurlar." hükmü mevcut olup, 14 Temmuz 1938 tarihinde yürürlüğe giren 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 78/F maddesinde Baro Başkanı, "Baro azası veya avukatla müvekkil arasında tahaddüs eden ihtilafları idare meclisine intikale mahal vermeden dostane bir surette halline çalışmakla" görevlendirilmiştir. Baro Başkanı'na verilen bu görevin önemi, "Baro reisinin Baro azası ile bir avukat ve müvekkil arasında çıkmış olan ihtilafların idare meclisine intikaline hacet kalmadan dostane bir surette halline çalışması kayde şayanıdır. Bu suretle Baro reisinin gerek avukatlar arasında yanlış anlayış ve görüş farkları veya basit hissi bazı sebeplerle ihtilaf manzarası arz eden hususlarda işin şüyuuna meydan vermeden halletmek suretiyle bir muslih rolü yapacağına göre, böyle bir salahiyetin reislere verilmesinin meslek menfaati bakımından büyük faide temin edeceği aşikârdır. (Adliye encümeni mazbatasası s. 24)". sözleri ile belirtilmiş olup, öğretilde bu görev, "şikayetlerin tetkikinde babalık rolü" olarak tanımlanmıştır.

Uluslararası uygulama da bu yönde olup, Paris Barosu İç Yönetmeliği'nin 43. maddesinde, "hiçbir avukat, evvelden baro başkanına haber vermeden yargıç, avukat, savcı veya diğer adalet yardımcısı hakkında şikayet dilekçesi veremez.", Vod Kantonu Meslek Kuralları'nın 17. maddesinde,

“Meslektaşlar arasında ihtilaflar mümkün olduğu kadar dostça çözümlenir. Bu maksatla her iki avukat tecrübeli meslektaşlarının, Baro Başkanının ve Yönetim Kurulunun mütalaasını alır.” denilmektedir.

Bütün bunlar da göstermektedir ki tarihsel geçmişi de olan madde ile öngörülen ve *“takipten önce”* yapılması gereken bildirimle, avukatlar arasındaki dayanışmayı temin eden etik değerlerin özenle korunması, meslektaşlarla ilgili sorunların mümkün olduğu kadar Baro bünyesinde dostça çözümlenmesi, meslek itibarının zarar görmemesi amaçlanmıştır.

Kurulumuzun uzun süredir yerleşmiş kararları ile bildirim Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2 maddesinde düzenlendiği gibi *“takip edeceği”* ibaresinden de anlaşıldığı üzere göreve başlamadan yapılması gerektiği kabul edilmiştir. Taraflar arasında sayısı ne olursa olsun bütün davalarda ayrı ayrı bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerektiği de açıktır.

Baronun, meslektaşları arasında uzun zamandır süren ve mesleğin saygınlığını ve itibarını da etkilemesi tabii olan bu ihtilaf ve karşılıklı davalarda, yukarıda belirtilen *“mesleki dayanışmaya zarar verecek ihtilafları sulhen çözümlenmek”, “babalık rolünü üstlenmek”* hususunda girişimlerinin olup olmadığı, çok uzun süredir devam eden bu ihtilaflarda tarafların bu yönde hangi tavırları aldıkları belli olmamakla birlikte, bu yönde bir girişim olmasa dahi, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın getirdiği bildirim yükümlülüğünün her defasında aksatılmadan yerine getirilmesi gerekmektedir.

Başka dava ve şikayetlerle ilgili olarak daha önce çok sayıda bildirim yapılmış olmasının, şikayet konusu dava ile ilgili bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırması da mümkün olmadığı gibi taraflar arasında çok sayıda dava olmasının, süresinde yapılmayan bildirim açısından *“mücbir sebep”* altında bildirim yapılmadığını kabule imkan vermediği de açıktır.

Baro Disiplin Kurulu'nun *“avukatın Baroyu fazlasıyla bilgilendirdiği görüldüğü ve bu nedenle amaç gerçekleşmiş olduğundan, şikayetli avukatın eyleminin disiplin suçu oluşturmayacağı”* gerekçesine de katılmak mümkün değildir. Asıl olan bu hallerde Baronun bilgilendirilmesi değil, *“baba-*

lık rolü"nü etkin olarak yerine getirmek, taraflar arasındaki soruna çözüm bulmaya çalışmak olduğu asla unutulmamalıdır.

Bu sebeplerle, Baro Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukatın eyleminin disiplin suçu oluşturmadığından disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararında hukuki isabet görülmediğinden kaldırılmasına ve yeniden incelemeyi gerektiren bir husus da bulunmadığından şikayetlinin uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak şikâyetçi avukat S.U.'nun itirazının kabulüne, Samsun Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına, yeniden incelemeyi gerektirir bir hususu da bulunmaması sebebiyle şikayetli Av. M. T.'nin uyarma cezası ile cezalandırılmasına katılanların oybirliği ile karar verildi.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

DEVECİOĞLU / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no: 17203/03)

Çev.: İzmir Barosu Mesleki
İngilizce Çalışma Grubu*

KARAR

STRAZBURG

13 Kasım 2008

Kesinleşme

4 Mayıs 2009

Bu karar Sözleşme'nin 44. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen koşullarda kesinleşecek olup, yazımsal değişikliklere tabi tutulabilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire), Devocioğlu / Türkiye davasında,

* İzmir Barosu tarafından düzenlenen "Mesleki İngilizce" kursuna eğitmen ve öğrenci olarak katılan Av. Serkan Cengiz, Av. Ata Sabri Atılgan, Av. Emine Çileli, Av. Erkul Erdem, Av. İsmail Kavak, Av. Serap Kervan, Av. Elçin Kurt ve Av. Nuray Rüzgar'dan oluşan "İzmir Barosu Mesleki İngilizce Çalışma Grubu (İB-MİÇG)", İzmir Barosu tüzel kişiliğinden bağımsız olup gönüllülük temelinde faaliyet gösterir.

Françoise Tulkens (Başkan),
Ireneu Cabral Barreto,
Viladimiro Zagrebelsky,
Danute Jociene,
Dragoljub Popoviç,
Nona Tsotsoria,
Işıl Karakaş

Daire Yazı İşleri Müdür Yardımcısı Françoise Elens-Passos'tan oluşan heyet olarak 14 Ekim 2008 tarihinde kapalı oturumda müzakerede bulunarak, aynı tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir.

USUL

1. Bu dava, iki Türk vatandaşı olan Bay Serhat Devecioğlu ve Bayan Feriha Devecioğlu tarafından, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Hakkındaki Sözleşme'nin 34. maddesine dayanarak, Türkiye aleyhine Mahkeme'ye yapılan başvurudan kaynaklanmaktadır.

2. Başvurucular, İstanbul'da avukatlık yapmakta olan bay M.V. Dülger tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucular, ulusal mercilerin tazminat ödemeksizin kendilerini mülkiyetlerinden mahrum bıraktığını ve ulusal hukukta idari mercilerin işlemine itiraz imkanını veren ve zararın tazminini sağlayacak etkili bir iç hukuk yolunun bulunmadığını iddia etmişlerdir. Başvurucular Sözleşme'nin 13. maddesi ile 1 nolu Protokolün 1. maddesine dayanmışlardır.

4. 14 Ağustos 2007 tarihinde 2. Daire Başkanı başvuruyu hükümete bildirmeye karar vermiştir. Mahkeme ayrıca Sözleşme'nin 29/3. maddesi gereğince başvurunun incelenbilirliğinin (kabuledilebilirliğinin) başvurunun esası ile birlikte ele alınmasına karar vermiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. 1967 ve 1940 yıllarında doğmuş olan başvurucular sırasıyla Muğla ve İstanbul'da yaşamaktadırlar.

6. Türk Devleti (Hazine), Balıkesir’de bulunan ve Yana Çiftliği olarak bilinen arazi parselini 1926 yılında bir şahsa satmıştır. Söz konusu parsel daha sonra bu şahıs tarafından başvurucuların selefi olan Yavaş ailesine satılmıştır.

7.12 Eylül 1986 tarihinde, bir devlet birimi olan Orman Kadastro Komisyonu tahdit çalışması yapmıştır. Bu çalışmanın amacı kadastro haritasına dahil edilmemiş olan orman arazisinin tespit edilmesidir. Orman kadastro komisyonu bu çalışmayı takiben, Yana Çiftliği’nin usulsüz bir şekilde tarım alanı olarak belirlendiğini tespit etmiş ve orman alanı olarak yeniden sınıflandırmıştır. 31 Temmuz 1987 tarihinde Orman Kadastro Komisyonu’nca tapu kaydının kısmen iptali için işlem başlatılmıştır.

8.11 Kasım 1987 tarihinde başvurucuların selefi olan Yavaş ailesi tapulu arazilerinin bir kısmının ormanlık alan olarak sınıflandırılmış olması nedeniyle Marmara¹ Kadastro Mahkemesi’ne itirazda bulunmuştur. Mahkeme’den tahdit çalışmasının iptali ile arazilerinin ormanlık alan dışında kaldığının tespitini talep etmişlerdir.

9. 24 Ekim 1988 tarihinde Mahkeme ziraat, kadastro ve orman mühendislerinden oluşan 3 kişilik bilirkişi heyeti ile arazide keşif yapmıştır. Orman mühendisi arazinin krokisini çizmiş ve araziye A, B, C, D, E, F ve G olarak adlandırdığı parsellere ayırmıştır. Mahkeme yapmış olduğu inceleme sonrasında krokiyi, genel plan ve arazi ile tutarlı bulunmuştur.

10. 9 Ağustos 1990 tarihinde Marmara Kadastro Mahkemesi, mahkemece atanan bilirkişilerce düzenlenen krokide A, B, C ve F olarak belirtilen parseller yönünden başvurucuların selefi Yavaş ailesinin talebi doğrultusunda karar vermiştir. D ve G parselleri hakkındaki talebi ise devlet ormanı parçası olarak tespit edildiği gerekçesiyle reddetmiştir. Orman İdaresi kararı temyiz etmiştir.

11. Yargıtay, 16 Mart 1992 tarihinde Kadastro Mahkemesi’nin arazinin niteliği ile ilgili değerlendirmesinin hatalı olduğu kanaatiyle yukarıda sözü edilen kararı bozmuştur. Yargıtay, bozma kararında, doğal bitki örtüsü tahrip edilmiş olsa dahi arazinin orman arazisi ola-

¹ Kararın orijinalinde sehven Marmaris Kadastro Mahkemesi olarak yazılmıştır. (ç.n)

rak kalacağı değerlendirilmesinde bulunmuştur. Buna ilaveten, ilk derece mahkemesinin davacılarca ibraz edilen tapu senedine dayandığı ve Erdek Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 8 Eylül 1960 tarihli kararı ile bu arazinin yüzölçümünün 8.000 metrekareden 8.640 metrekareye çıkarıldığı belirtilmiştir. Oysaki Erdek Asliye Hukuk Mahkemesi'nin Orman İdaresinin taraf olmadığı bu kararının mevcut mevzuat çerçevesinde bağlayıcılığı yoktur. Bu nedenlerle dosya Yargıtay'ca bozularak Marmara Kadastro Mahkemesi'ne gönderilmiştir.

12. Başvurucular, Yana çiftliğini 15 Haziran 1994 tarihinde Yavaş ailesinden satın almıştır. Tapu Sicil Müdürlüğü'nce tutulan kaydın ilgili sayfasında dava ile ilgili herhangi bir şerh bulunmamaktadır.

13. Başvurucuların Yana çiftliğini satın almasından sonraki belirsiz bir tarihte, Marmara Tapu Sicil Müdürlüğü başvuruculara davayı ihbar etmiştir. Mahkeme başvurucuların davasını, Orman İdaresi'nin 142/2 no.'lu arazi parselinin orman sınırları içinde kaldığını iddia ettiği dava ile birleştirmiştir.

14. Marmara Kadastro Mahkemesi 18 Haziran 1994 tarihinde yeni bilirkişiler marifetiyle ihtilaflı arazide 2. kez keşif yapmıştır.

15. Marmara Kadastro Mahkemesi 4 Mayıs 1995 tarihinde bilirkişiler tarafından hazırlanan raporda yer alan; ihtilaflı arazinin ormanın bir parçası olduğu ve bir önceki bilirkişi heyetinin değerlendirmelerinin hatalı olduğu yolundaki tespitlere dayanarak, başvurucuların davasını reddetmiştir. Mahkeme krokide A parseli olarak belirtilen ve 1.106,91 metrekare yüzölçümlü arazinin orman alanı olarak Hazine adına tesciline karar vermiştir. Böylece başvuruculara ait 2 no.'lu parsel'den ayrılan A parseli de Devlet ormanı olarak Hazine adına kayıtlı 3 no.'lu parsel ile birleştirilmiştir.

16. 12 Aralık 1995 tarihinde Yargıtay eksik incelemeye dayandığı gerekçesiyle bu hükmü bozmuştur. Buna ilaveten Yargıtay (aynı zamanda çiftliği satın alan) başvurucuların D ve G parselleri açısından temyiz başvurusunun süresinde olmadığına hükmetmiştir. Dolayısıyla, D ve G parsellerinin Devlet ormanı olduğu taraflar açısından kesinleşmiştir.

17. Bozma kararı sonrasında, Marmara Kadastro Mahkemesi tarafından Yargıtay bozma kararına uyularak yargılamaya devam olun-

muş, ihtilafı arazi ile ilgili yeni bir kroki hazırlanmıştır. Yeni kroki arazinin belirli parçalarını D1 ve F1 olarak sınıflandırmıştır.

18. En nihayetinde, 24 Kasım 1999 tarihinde, Marmara Kadastro Mahkemesi, A, B, C, D1, F ve F1 parsellerinin orman arazisi, C ve E parsellerinin ise tarım arazisi olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme başvurucuların 1106,91 m²'lik D1 parseli hakkındaki talebinin reddi ile Hazine adına tesciline, geri kalan 19.1768,09 metrekairelik bölümün ise ½ hisse nispetinde başvurucular adına tesciline karar vermiştir. Başvurucular ve Orman İdaresi kararı temyiz etmiştir.

19. Yargıtay, 30 Ekim 2000 tarihinde başvurucuların temyiz talebini reddetmiştir. Buna karşın Orman İdaresinin F1 parseli ile ilgili temyiz başvurusunu haklı görmüştür. Yargıtay, F1 parselinin orman alanı olarak tespit edilmesine rağmen yerel mahkemece bu parsel hakkında hüküm tesis edilmediğini belirtmiştir.

20. Başvurucular 25 Aralık 2000 tarihinde, F1 parseli ile ilgili yukarıdaki karar yönünden karar düzeltme yoluna başvurmuşlardır.

21. 13 Haziran 2002 tarihinde Marmara Kadastro Mahkemesi F1 olarak adlandırılan parselin Hazine adına tesciline karar vermiştir. Mahkeme A, B, C, D, D1, E, F ve G olarak adlandırılan parseller hakkında verilen kararın kesinleşmiş olduğu gerekçesiyle bu parseller açısından yeniden karar verilmesine yer olmadığına hükmetmiştir.

22. Yargıtay, başvurucuların 25 Aralık 2000 tarihli karar düzeltme talebini 7 Mart 2002 tarihinde reddetmiştir. Bu karar başvuruculara 11 Kasım 2002 tarihinde tebliğ edilmiştir.

23. Başvurucular Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki işbu davada taleplerini F1 nolu parselle sınırlandırmışlardır.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

24. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın ilgili hükümleri şöyledir:

Madde 169

“Ormanların korunması ve geliştirilmesi

Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanu-

na göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edilemez ..."

25. Türk Medeni Kanunu gayrimenkuller ve bunlar üzerindeki hakların sınırlandırılması ile ilgili aşağıda yer alan hükümleri içermektedir:

Madde 997

"Taşınmazlar üzerindeki hakları göstermek üzere tapu sicili tutulur."

Madde 1004

"Taşınmazlar, buldukları bölgenin tapu siciline kaydedilir."

Madde 1007/1

"Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur... Devletin sorumluluğuna ilişkin davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür."

Madde 1008

"Taşınmaza ilişkin aşağıdaki haklar, tapu kütüğüne tescil edilir:

1. Mülkiyet,
2. İrtifak hakları ve taşınmaz yükleri,
3. Rehin hakları."

Madde 1010

"Aşağıdaki sebeplere dayanan tasarruf yetkisi kısıtlamaları, tapu kütüğüne şerh verilebilir:

1. Çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararları,

...

Tasarruf yetkisi kısıtlamaları, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir."

Madde 1023

"Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur."

HUKUK

I. SÖZLEŞMENİN 1 NO.'LU PROTOKOLÜNÜN 1. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

26. Başvurucular, arazilerinin bir parçasının ulusal merciler tarafından herhangi bir tazminat ödenmeksizin Devlet ormanı olarak vassıflandırılmış olmasından yakınmışlardır. Başvurucular Sözleşmenin 1 no.'lu Protokol'ünün 1. maddesinin aşağıda yer alan hükümlerinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukuken genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez."

27. Hükümet bu iddiayı reddetmiştir.

A. İncelenebilirlik (Kabul Edilebilirlik)

28. Mahkeme, şikâyetin Sözleşme'nin 35/3. maddesi kapsamında açık bir şekilde dayanaksız olmadığını belirtmektedir. Mahkeme ayrıca, başvurunun başkaca bir sebeple incelenemez (kabul edilemez) olmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla başvurunun kabul edilebilir olduğu açıklanmalıdır.

B. Davanın Esası

1. Tarafların iddia ve savunmaları

a. Başvurucuların iddiaları

29. Başvurucular, ulusal makamlarca herhangi bir tazminat ödenmeksizin arazilerinin bir parçasından (F1 nolu parsel) hukuka aykırı

rı olarak yoksun bırakıldıklarını ileri sürmüşlerdir. Ayrıca ihtilaf konusu taşınmazın devlet tarafından 1926 yılında bir gerçek kişiye satıldığını ve sonrasında bu taşınmazın tarım arazisi olarak ulusal hukuka uygun bir şekilde el değiştirdiğini belirtmişlerdir. Tapu sicil Müdürlüğü kayıtları arazinin devlet ormanı olduğuna dair ya da satışı engelleyecek nitelikte herhangi bir şerh içermemektedir. Başvurucular, bu suretle araziye önceki sahiplerinden Tapu Sicil Müdürlüğü'nce tutulan kayıtlara güvenerek ve iyi niyetle satın almışlardır. Bununla beraber Orman Kadastro Komisyonu ve ulusal mahkemeler, başvurucuları malik olarak gösteren Tapu Sicil Müdürlüğü kayıtlarına rağmen ihtilaf konusu taşınmazı devlet ormanı olarak sınıflandırmış ve başvurucuların davasını haksız bir şekilde reddetmiştir. Başvurucular ilaveten, arazilerinin ailenin ana geçim kaynağı olması nedeniyle ondan mahrum bırakılmalarının kendilerini yoksulluk içinde yaşamaya zorladığını iddia etmişlerdir.

b. Hükümetin Savunmaları

30. Hükümet, Mahkeme'nin (8 Mart 2005 tarihli 51963/99 no.'lu Lami Daim Namılı ve Diğerleri / Türkiye davasındaki) kararına (incelebilirlik hakkında karar) atıfta bulunarak, başvurucuların söz konusu taşınmaz üzerinde hiçbir zaman Sözleşme'nin 1. No.'lu Protokol'ün 1. maddesi anlamında tartışmasız bir mülkiyet hakkına sahip olmadıklarını ileri sürmüştür. Hükümet bu bağlamda, satıcının mülkiyet hakkının ilgili mevzuat sebebiyle 1987 yılından beri tartışmalı olduğu bir zamanda taşınmazın başvurucular tarafından satın aldığına işaret etmiştir. Hükümet bu sebeple başvurucuların 1 no.'lu Protokol'ün 1. maddesi ihlal edilerek mülkiyet hakkından yoksun bırakılmadığını iddia etmiştir.

2. MAHKEMENİN DEĞERLENDİRMESİ

31. Mahkeme 1 no.'lu Protokol'ün 1. maddesinin üç belirgin kuralı ihtiva ettiğini yineler; ilk kural birinci paragrafın ilk cümlesi ile düzenlenmiş olup mülkiyetten barışçıl bir şekilde yararlanma prensibinin genel niteliği ve ifadesidir. İkinci kural, birinci paragrafın ikinci cümlesinde yer alır ve mülkiyetten yoksun bırakmayı belirli koşullara

tabi tutar. İkinci paragrafta belirtilen üçüncü kural, diğerlerinin yanı sıra, sözleşmeciler devletlere mülkiyetin kamu yararına uygun kullanılmasını denetleme hakkı verir. Bu üç kuralın belirgin özelliği ise birbirlerine bağlı olmamalarıdır. İkinci ve üçüncü kural, özellikle mülkiyetin barışçıl kullanımına müdahaleyi ihtiva eden durumlara ilişkin olmaları nedeniyle, ilk kuralda ifade edilen genel ilkeler ışığında yorumlanmalıdır. (bakınız, *Bruncrona / Finlandiya*, no. 41673/98, paragraf 65-69, 16 Kasım 2004, ve *Broniowski / Polonya* [BD], no. 31443/96, paragraf 134, AİHM 2004-V).

32. Mahkeme ayrıca ikinci kural kapsamında mülkiyetten mahrum bırakmanın söz konusu olup olmadığını değerlendirirken, sadece resmi bir el koyma ya da kamulaştırma olup olmadığını dikkate alınmasının yeterli olmadığını, görünüşün ötesine bakılması ve şikâyet konusu duruma ilişkin gerçeklerin araştırılması gerektiğini yinelemiştir. Sözleşme uygulanabilir ve etkili olan hakları garanti altına almayı amaçladığı için, durumun fiili bir kamulaştırma teşkil edip etmeyeceği tespit edilmelidir (bakınız, *Brumărescu / Romanya* [BD], no. 28342/95, paragraf 76, AİHM 1999-VII; *Sporrong ve Lönnroth / İsveç*, 23 Eylül 1982 tarihli karar, Seri A no. 52, sayfa. 24-28, paragraf 63 ve 69-74; *Vasilescu / Romanya*, 22 Mayıs 1998, Kararlara İlişkin Raporlar 1998-III, sayfa. 1075-76, §§ 39-41).

33. Mahkeme öncelikle, Hükümetin başvuru sahiplerinin malik sıfatına itiraz ettiğini dikkate alarak, 1 no.'lu Protokol'ün 1. maddesi anlamında başvuru sahiplerinin ihtilafli arazide mülkiyet haklarının mevcut olup olmadığını tespit etmek durumundadır. Bu bağlamda Mahkeme, başvuru sahiplerinin söz konusu araziye taşınmaz malların kaydı ve devri açısından tek yetkili mercii olan Tapu Sicil Müdürlüğü tarafından tutulan kayıtlara güvenerek, 1994 tarihinde bir önceki sahibinden satın aldıklarını belirtmiştir. Ulusal mevzuat ve uygulamaya göre, böyle bir taşınmazla ilgili her türlü takyidatın Tapu Sicil Müdürlüğü kayıtlarına işlenmesi gerekmektedir. Tapu Sicil Müdürlüğü kayıtlarına dayanarak mülkiyeti iktisap edenlerin o hakları korunur ve bu kayıtların tutulmasından doğan zarar devletin sorumluluğunu gerektirir.

34. Mahkeme, durum böyle olunca ve Tapu Sicil Müdürlüğü kayıtlarının ilgili sayfasının arazinin devrini engelleyen herhangi bir şerh içermemesi nedeniyle, başvuru sahiplerinin söz konusu arazinin bir kısmı-

nın devlet ormanı olduğunu bildiklerinden ya da bilmeleri gerektiğinden söz edilemeyeceğini belirtmektedir (bakınız yukarıda paragraf 12).. Taşınmazı iyi niyetle satın almış olmaları ve bir tapu senedini edinmiş olmaları nedeniyle başvuruçular, bu arazinin maliki olduklarını yasal olarak iddia edebilirler ve yerel mahkemelerde dava takip edebilirler. Başka bir deyişle, arazinin sahibi olduklarını kanıtlayan tapu senedinin sahibi olarak başvuruçular, kesinleşmiş mahkeme kararı ile mülkiyetten yoksun bırakılana kadar herhangi bir kısıtlama olmaksızın 1 no.'lu Protokol'ün 1. maddesi çerçevesinde arazinin maliki kabul edilebilirler.

35. Mahkeme, Hükümet'in, yukarıda sözü edilen Lami Daim Namlı ve Diğerleri hakkındaki davaya ilişkin verilmiş olan karara dayanması hususunda ise, işbu davanın diğerinden farklı olduğunu belirtmektedir. Mahkeme sözü edilen davada başvuruçuların uyuşmazlık konusu arazinin tapusuna hiç sahip olmadıklarını ve bu nedenle ilgili taşınmazın tartışmasız maliki olduklarına dair inançlarının hiçbir zaman güvence altında olmadığını belirtmiştir. Ancak işbu davada, satın alımı takiben başvuruçulara Tapu Sicil Müdürlüğü tarafından arazinin maliki olduklarını kanıtlayan tapu senedi verilmesi nedeniyle, başvuruçuların söz konusu arazinin tartışmasız sahibi oldukları konusundaki inançları güvence altına alınmıştır.

36. Mahkeme, başvuruçuların arazinin tartışmasız sahibi olduğunun tespit edilmesinin akabinde, 1 no.'lu Protokol'ün 1. maddesi 1. paragrafı anlamında "*mahrumiyet*" teşkil edecek şekilde mülkiyet hakkının barışçıl kullanımına müdahalenin söz konusu olduğu kanaatinde-dir.

37. Daha önce belirtildiği üzere, başvuruçuların F1 parselini iyi niyetle edindiği ve kendilerine geçerli bir tapu senedi verildiği hususları açısından herhangi bir ihtilaf söz konusu değildir. Hal böyle olmakla birlikte başvuruçular, kadastro haritaları, bilirkişi raporları ve ulusal mevzuata dayanarak araziye devlet ormanı olarak sınıflandıran yerel mahkeme kararlarıyla arazilerinden yoksun bırakılmışlardır (bakınız paragraf 15-22).

38. Bu kabulle, Mahkeme, Sözleşme'de çevrenin genel olarak korunmasını sağlayan bir hüküm bulunmamasına karşın, günümüz top-

lumunda böyle bir korumaya dair bilincin öneminin giderek arttığının kabul edildiğini belirtmektedir (bakınız, *Fredin / İsveç* (no. 1), 18 Şubat 1991, Seri A no. 192, sayfa 16, paragraf 48). Ayrıca Mahkeme birçok davada benzer sorunları ele almış ve çevrenin korunmasının önemini vurgulamıştır (bakınız, diğerleri yanında, *Taşkın ve Diğerleri / Türkiye*, no. 46117/99, AİHM 2004-X, *Moreno Gómez / İspanya*, no. 4143/02, AİHM 2004-X; *Fadeyeva / Rusya*, no. 55723/00, AİHM 2005-IV). Mahkeme, yukarıda belirtilenler ışığında ve yerel mahkeme tarafından belirtilen gerekçeleri göz önünde bulundurarak, başvuruçuların, doğanın ve ormanların korunması olarak ifade edilen kamusal yarar gerekçesiyle mülkiyetlerinden mahrum bırakıldıklarının tartışmasız olduğunu belirtmektedir (bakınız, *Lazaridi / Yunanistan*, no. 31282/04, paragraf 34, 13 Temmuz 2006). Mahkeme böylesi bir mülkiyetten mahrum bırakmanın meşru bir amaca haiz olduğunu belirtmektedir.

39. Bu aşamada söz konusu müdahalenin başvuruçuların menfaati ile toplumun menfaatleri arasında bir bütün olarak adil bir denge kurup kurmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. İtiraz edilen tedbirin zorunlu adil dengeyi sağlayıp sağlamadığı ve özellikle de başvurular üzerinde orantısız bir yük teşkil edip etmediği hususlarının değerlendirilmesinde ulusal mevzuatın ihtiva ettiği tazmin koşulları belirleyicidir. Bu bakımdan Mahkeme daha öncesinde, taşınmazın değerine uygun makul bir miktarda ödeme yapılmaksızın malvarlığına el koymanın doğal olarak orantısız bir müdahale oluşturacağına ve 1 nolu Protokol'ün 1. maddesi gereğince hiçbir tazminat ödenmemesinin sadece istisnai durumlarda haklı görülebileceğine hükmetmiştir (bakınız *N.A. ve Diğerleri / Türkiye*, no. 37451/97, paragraf 41, AİHM 2005-X; *Nastou / Yunanistan* (no. 2), no. 16163/02, paragraf 33, 15 Temmuz 2005; *Jahn ve Diğerleri / Almanya* [BD], no. 46720/99, 72203/01 ve 72552/01, paragraf 111, AİHM 2005-VI).

40. Söz konusu davada başvuruçular, uğradıkları zarar için yerel mahkemelerde dava açmış olmalarına rağmen, malvarlıklarının hazineye devredilmesi nedeniyle hiçbir tazminat almamışlardır. Başvuruçulara arazilerinden yoksun bırakılmaları nedeniyle tazminat sağlanmasına ilişkin iç hukuk yolunun bulunmaması nedeniyle malvarlığının kullanımına ilişkin hakları ihlal edilmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, Hükümet'in, başvuruçuların ailesinin geçimi için ana gelir kaynağı olan arazilerinden mahrum bırakıldıkları halde, hiçbir tazminat

ödenmemesini haklı gösterecek istisnai bir durum bildirmediğini belirtmektedir.

41. Yukarıda belirtilenler ışığında Mahkeme, başvuruculara hiçbir tazminat hükmedilmemesiyle taşınmazın korunması ile kamu yararının gerekleri arasında kurulması zorunlu olan adil dengenin başvurular aleyhine sağlanamadığı kanaatindedir (bakınız, N.A. ve Diğerleri, paragraf 42)..Bu nedenle Sözleşme'nin 1 no.'lu Protokolü'nün 1. maddesi ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞMENİN 13. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

42. Başvurucular ayrıca mülkiyetlerinden mahrum bırakılmaları nedeniyle tazminat almalarını sağlayacak etkin iç hukuk yollarının bulunmamasından yakınmışlardır. Başvurucular Sözleşme'nin aşağıda aktarılan 13. maddesine dayanmışlardır:

"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 başvuru yapabilme hakkına sahiptir."

43. Hükümet bu iddiaya itiraz etmiştir.

44. Mahkeme, bu yakınmanın yukarıda belirtilen yakınmayla bağlantılı olduğuna ve bu nedenle de aynı şekilde incelenebilir (kabul edilebilir) olarak ilan edilmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir.

45. Buna karşın Mahkeme 1 no.'lu Protokol'ün 1. maddesiyle ilgili tespitini (bakınız paragraf 40-41) göz önüne alarak, işbu dava bağlamında Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edilip edilmediği hususunda ayrı bir inceleme yapılmasının zorunlu olmadığı kanaatindedir (bakınız diğerlerinin yanı sıra *Kadriye Yıldız ve Diğerleri / Türkiye* no. 73016/01, paragraf 33, 10 Ekim 2006).

III. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

46. Sözleşme'nin 41. maddesi şöyledir:

"Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verir-

se ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Tarafının iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören tarafın hakkaniyete uygun bir surette tatminine hükmeder."

47. Başvurucular, maddi zararları açısından 760.927,50 TL (434,743.24 Euro) talep etmişlerdir. Başvurucular resmi makamlarca el konulan arazinin toplam alanının 8.454,75 metrekare ve metrekare değerinin ise ortalama 90,00- TL (51.42 Euro) olduğunu iddia etmişlerdir.

48. Başvurucular ayrıca 50.000,00 TL (28,571.42 Euro) manevi tazminat talep etmişlerdir. Başvurucular bu bağlamda yetkili makamların arazilerine el koymasından sonra fakirlik içinde yaşadıklarını belirtmişlerdir. Birinci başvuru ev hanımı olup, vefat etmiş olan eşinin emekli maaşının bir kısmı ile yaşamaktadır ve başkaca bir geliri bulunmamaktadır. İkinci başvuru ise ekonomik durumunun kötülüğü nedeniyle ülkeyi terk etmeye zorlanmış ve zor şartlarda yaşamaya çalıştığı Amerika Birleşik Devletleri'ne taşınmıştır.

49. Başvurucular yargılama masraf ve giderleri konusunda ise, kendileri ve seleflerinin, 1986 ve 2002 yılları arasında yerel mahkemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi huzurunda 16 yıl süren hukuki mücadelelerinde hatırı sayılır harcamalar yapmış olmaları nedeniyle, Mahkeme tarafından sembolik olarak uygun bir miktar olan 30.000,00- Euro hükmedilmesini talep etmişlerdir.

50. Hükümet, başvurucular tarafından talep edilen meblağların spekülasyon ve dayanaksız olduğunu belirtmiştir.

51. Mahkeme, davanın koşulları kapsamında, Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulaması konusunda kararının henüz hazır olmadığına buna karşın 41. madde uygulamasının saklı tutulmak zorunda olduğuna ve başvurucular ile davalı hükümet arasında anlaşma sağlanması olasılığına gereken önemin verileceğine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME OYBİRLİĞİYLE

- 1.** Başvuruyu incelenebilir (kabuledilebilir) olarak ilan eder.
- 2.** Sözleşme'nin 1 no.lu Protokolü'nün 1. maddesinin ihlal edildiğine hükmeder.

3. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği şikâyetine ilişkin ayrı bir incelenmenin gerekli olmadığına hükmeder.

4. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulaması konusundaki kararın henüz hazır olmaması nedeniyle

a. Bu hususun saklı tutulmasına,

b. Hükümet ve başvuranların, Sözleşme'nin 44. maddesi 2. paragrafı gereğince nihai karar tarihinden itibaren 3 ay içerisinde konu hakkındaki görüşlerini yazılı olarak bildirmeye ve özellikle bir anlaşmaya varmaları halinde bu hususta Mahkeme'yi bilgilendirmeye davet edilmesine,²

c. Sonraki usulün saklı tutulmasına ve Daire Başkanı'nın bu hususta yetkili kılınmasına karar verilmiştir.

İşbu karar İngilizce olarak kaleme alınmış ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca yazılı olarak ilan edilmiştir.

Françoise Elens-Passos
Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Françoise Tulkens
Başkan

² Mahkeme, işbu başvuruya ilişkin 41.madde altındaki incelemesini 24 Kasım 2009 tarihli kararıyla sonuçlandırmış ve bu karar 24 Şubat 2010 tarihinde kesinleşmiştir. Mahkeme anılan kararıyla başvurucular lehine 100.000 Euro maddi tazminata, 5.000.-Euro'da avukatlık ücreti ve masraflara hükmetmiştir.

TEIXEIRA DE CASTRO / PORTEKİZ DAVASI¹
(44/1997/828/1034)

Çev.: Fatih BİRTEK*

KARAR
STRAZBURG
9 Haziran 1998

Mevcut hüküm, Mahkeme Raporları ve Kararları (1998) içinde son haliyle yayınlanmadan önce yeniden yazım ve yayın incelemesine tabidir.

Ajanların Listesi

Belçika: Etablissements Emile Bruylant

¹ Karar İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi resmi web sitesi <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database> (Erişim Tarihi: 07.10.2009) kaynağında bulunan İngilizce metni esas alınarak tercüme edilmiştir.

* Polis Akademisi Başkanlığı Niğde Polis Meslek Yüksek Okulu öğretim görevlisi. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD doktora öğrencisi. fatihbirtek@hotmail.com.

Lüksemburg: Librairie Promoculture

Hollanda: B.V. Juridische Boekhandel- Antiguariaat A. Jongbloed- Zoon

ÖZET

Karar daire tarafından verilmiştir.

Portekiz, uyuşturucu trafiği hakkında verilen mahkumiyet temel olarak, suçun işlenmesine kışkırtmakla görevlendirilmiş iki polis memurunun ifadelerine dayanmıştır.

I. Sözleşme'nin 6Ş1. Maddesi

Delilin kabul edilebilirliği konusunda içtihadın özetlenmesi:

Uyuşturucu ticaretine karşı mücadele ile ilgili olayların içine doğrudan yerleştirilen muhafızlar ve gizli ajanların kullanılması sınırlandırılmış olmalıydı - polis kışkırtmasının sonucu olarak ele geçirilen delilin kullanılmasında kamu yararı ispat edilmemiştir.

Davada, Mahkeme öncelikle, uyuşturucu ile mücadelede düzenlenen ve bir hakim tarafından denetlenen operasyonların bir parçası olarak yer alan görevlilerin müdahalesi ile ilgilenmemiştir, yetkili otoriteler başvuranın uyuşturucu trafiğinde olduğu suçlaması için iyi nedene sahip olmamakla birlikte, davanın şartlarından dolayı gerekli olan müdahale, iki resmi polis memurunun kendilerini esas itibariyle başvuranın suç aktivitesi içerisinde pasif davranışla sınırlandırmamış olmaları nedeniyle suçun işlenmesine kışkırtır bir eylem tarzında uygulanmıştır. İki polis memurunun eylemleri, gizli ajanlıklarının ötesine gitmiş, onların müdahalesi ve müdahalenin yargılama aşamalarında yalanlanmasından, başvuranın başından beri kesin olarak adil yargılamadan yoksun bırakıldığı anlaşılmıştır.

Sonuç: İhlal (8 e karşı 1 oy ile)

II. Sözleşme'nin 3. Maddesi

3. maddenin ihlal edildiği şikayeti konusunda Mahkeme'den önce başvuru yapılmamıştır.

Sonuç: Mahkeme'nin kendi mekanizması ile karar vermesi için *önceden başvuru* zorunlu değildir (oy birliğiyle).

III. Sözleşme'nin 8. Maddesi

6Ş1. maddeye ilişkin bir ihlal hakkındaki bulguları göz önünde tutarak Mahkeme, 8. madde kapsamında yapılan şikayeti ayrıca incelemeye gerek görmemiştir.

Sonuç: Karar vermeye gerek olmadığına (oy birliğiyle) karar verilmiştir.

IV. Sözleşme'nin 50. Maddesi

Zarar: Kısmen kabul edilmiştir..

Harcama ve giderler: Portekiz'de yapılan harcamalar ve giderler kısmen ve Strazburg'daki harcama ve giderlerin tamamı iade edilmiştir.

Sonuç: Sorumlu Hükümet başvurana ayrıca belirttiği giderleri ödemelidir. (8 e karşı 1 oy)

MAHKEMENİN İÇTİHAT HUKUKUNA YAPILAN ATIFLAR

17.1.1970, Delcourt-Belçika; 20.11.1989, Kostovski-Hollanda; 27.9.1990, Windisch-Avusturya; 15.6.1992, Lüdi-İsveç; 23.4.1997, Van Mechelen ve Diğerleri-Hollanda.

Teixeira de Castro-Portekiz Davası'nda, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması'na İlişkin Sözleşme'nin 43. maddesine uygun biçimde görev alarak ve B Mahkemesi Kuralları'na ilişkin izinler sağlanarak, sayılan isimlerden bir Daire oluşturulmuştur:

Mr. R. BERNHARDT, Başkan

Mr. A. SPİELMANN,

Mr. N. VALTICOS,

Mrs. E. PALM,

Mr I. FOİGHÉL,

Mr. A. N. LOİZOU,

Mr. M. A. LOPES ROCHA,

Mr. B. REPIK,

Mr. V. BUTKEVYCH,

ve aynı zamanda katip Mr. H. Petzold ve yardımcı katip Mr. P.J. Mahoney.

26 Mart ve 18 Mayıs 1998 tarihlerinde özel olarak edilmiş ve açıklanan kararlar, sözü edilen son tarihte (18 Mayıs 1998) alınmıştır:

USUL

1. Olay Mahkeme'ye Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon) tarafından 16 Nisan 1997 ve Portekiz Hükümeti (Hükümet) tarafından 17 Haziran 1997'de, Sözleşme'nin 32§1. ve 47. maddelerindeki üç aylık dönem içerisinde havale edilmiştir. Dava, Portekiz Cumhuriyeti'ne karşı, bir Portekiz vatandaşı olan Mr. Francisco Teixeira de Castro tarafından 25. Madde kapsamında Komisyon'a sunulan bir başvuru ile (No. 25829/94) oluşturulmuştur.

Komisyon'un talebi 44. ve 48. maddelere dayanmış ve Portekiz, deklerasyon yoluyla Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini (46. madde) tanımış; hükümet'in müracaatı da 48. maddeye dayanmıştır. Talebin ve başvurunun gayesi, sorumlu Hükümet tarafından, davalı Hükümet'in Sözleşme'nin 3, 6§1 ve 8. maddeleri kapsamındaki yükümlülüklerine bir itaatsizliğin vuku bulup bulmadığını ortaya çıkaran bir hüküm elde etmektir.

2. Mahkeme B Kuralları'nın 35§3 (d) hükmü uyarınca yapılan soruşturmaya karşılık, başvuran yargılama süreçlerine katılmak istedi-

ğini beyan etmiş ve kendisini temsil arzusuyla avukat atanmıştı (Kural 31). Avukata, Portekiz dilini kullanması konusunda, Başkan tarafından izin verilmiştir.

3. Daire, Mr. R. Ryssdal, Mahkeme Başkanı (Kural 21 § 4-b) ve Portekiz ulusunun seçilmiş yargıcı (Sözleşme'nin 43. maddesi) Mr. M. A. Lopes Rohca'nın görevi gereği (*ex officio*) dahil edilmesiyle teşekkür etmiştir. 28 Nisan 1997'de, katibin mevcudiyeti ile, Başkan, isimleri yazılı yedi üye içinden kur'a ile seçilmiştir. Üyelerin isimleri, Mr. A. Spielmann, Mr. N. Valticos, Mrs. E. Palm, Mr. I. Foighel, Mr. A. N. Loizou, Mr. B. Repik and Mr. V. Butkevych (Sözleşme'nin 43/son maddesi ve kural 21 § 5). Daha sonra Mahkeme'nin başkan yardımcısı Mr. R. Bernhardt'ın 18 Şubat 1998 tarihinde ölmüş olduğundan, başkan yardımcısı Mr. Ryssdal olarak değişmiştir. (Kural 21§6. fıkra).

4. Daire'nin Başkanı olarak (Kural 21§6) Mr. Ryssdal, mevcut katipler vasıtasıyla, Hükümet'in ajanını, başvuranın avukatı ve Komisyon'un Temsilcisi ile yargılama usulü konusunda yargılama işlemlerinin kuruluşu konusunu istişare etmiştir (Kural 39§1 and 40). Üzerinde uzlaşılacak usule uygun olarak, kayıt görevlisi 20 ve 22 Ekim 1997 tarihlerinde, Hükümet'in ve başvuranın dilekçelerini teslim aldığı sırasıyla teslim almıştır. 12 Kasım ve 15 Aralık 1997 tarihlerinde dilekçeler için sınırlanan süreden sonra dosya içindeki iki belge tasnif edilmiş, başvuran Sözleşme'nin 50. maddesi kapsamında taleplerini beyan etmiştir. Mahkeme bütün bu hususları değerlendirerek 26 Mart 1998 tarihinde dilekçeleri görüşmeye karar vermiştir. Sekreterliğin, Komisyon'a 17 Kasım 1997 tarihli mektubu ile kayıt görevlisi, Komisyon Üyesi'nin gözlemlerini duruşmada sunmak istediğini bildirmiştir.

5. 16 Kasım 1997 tarihinde Mr. Ryssdal, yazılı mütalalarını tabi olduğu belli başlı şartlara uyararak sunan, merkez ofisi Londra'da olan bir insan hakları sivil toplum örgütünün mütalalarını sunmalarına izin vermiştir. Yazılı mütalalar 30 Ocak 1998 tarihinde teslim alınmış ve kayda girilmiştir.

6. Katip, Başkan'ın yönergesi mucibince, 30 Ocak 1998 tarihinde, yargılama işlemlerinden önce dosyayı Komisyon önüne getirmiştir.

7. Başkan'ın kararı gereğince, 24 Mart 1998 tarihinde Strazburg'ta, İnsan Hakları Binası içinde açık yargılama yapılmıştır.

Mahkemede öncelikle huzura çıkan:

(a) Hükümet adına *Mr. A. HENRIGUES GASPAR*, *Başsavcı Yardımcısı- Ajan*

Mr. M. SIMAS SANTOS, *Başsavcı Yardımcısı*

Temyiz Mahkemesi

(*Ceza Bölümü*), *Danışman*;

(b) *Komisyon adına*

Mr. I. CABRAL BARRETO, *Üye*;

(c) *Başvuran adına*

Mr. J. LOUREIRO ve

Ms. R. MALVARLOUREIRO her ikisi de *Vila Nova de*

Famaliçao Barosu'ndan, Avukat

Mahkeme, *Mr. Cabral Barreto*, *Mr. Loureiro*, *Mr. Henriques Gaspar* ve *Mr. Simas Santos'un* konuşmalarını dinlenmiş ve hükümet ve başvuranın temsil dokümanları duruşmada ortaya konmuştur.

OLAYLAR

I. DAVANIN ŞARTLARI

8. *Mr. Francisco Teixeira de Castro*, 1995 yılında doğmuş, *Campelos'te (Guimaraes)* yaşayan bir Portekiz vatandaşıdır. Söz konusu tarihte bir tekstil fabrikasında çalışmış ve hapisneden serbest bırakıldığı zamandan beri iş bulamamıştır.

A. İki polis görevlisinin müdahalesi ve başvuranın yakalanması

9. Uyuşturucu ticaretinin gözetlenmesi operasyonunu ile ilgili olarak, *Famaliçao polis merkezi Kamu Güvenliği Polisi'nden (PSP)* iki sivil polis memuru, kendi tüketimi için esrar satın almaktan ikinci derece uyuşturucu ticaretinin şüphelisi olan *V. S.* ile defalarca kişisel ilişki kurmuştur. Sivil polisler, *V. S.* vasıtasıyla, ondan birkaç kilo esrar satın almak istediklerini teklif edip, ona uyuşturucuyu sağlayan kişinin kimliğine ulaşabileceklerini ümit etmişlerdir. Onların polis memuru olduğunun farkında olmayan *V. S.* bir uyuşturucu sağlayıcısı bulmaya

razı olmuş ancak, iki görevlinin ısrar etmiş olmasına rağmen, V. S. her hangi bir sağlayıcı bulamamıştır.

10. 30 Aralık 1992 tarihinde, geceyarısından kısa süre önce, iki polis memuru V. S.'nin evine gidip eroin satın almak istediklerini belirtmiştir. V. S., Francisco Teixeira de Castro dan, biraz eroin bulabilecek biri olarak bahsetmiş ve ancak Francisco Teixeira de Castro'nun adresini bilmediği için adresi F. O. dan tedarik etmesi gerekmektedir. Daha sonra dördü birlikte alıcı olduğu iddia edenlerin (gizli polislerin) aracında, başvuranın (Francisco Teixeira de Castro) evine gitmişlerdir. Başvuran Francisco Teixeira de Castro, F.O'nun isteği üzerine dışarıya çıkmış ve iki polis memurunun bulunduğu otomobile binmiş ve V.S. ile birlikte burada bulunmuştur. Polis memurları, Portekiz Bankası'ndan temin ettikleri bir para çantası göstererek, 200.000 escudo (PTE) fiyat üzerinden 20 gram eroin satın almak istediklerini söylemişlerdir.

11. Mr. Teixeira de Castro eroin tedarik etmeyi kabul etmiş ve F.O.'nun eşliğinde, kendi arabası ile başka birinin (J.P.O) evine gitmiştir. J.P.O ise, başka birinden, birinin ağırlığı on gram, diğer ikisinin ağırlığı beşer gram olan üç eroin poşedi temin etmiş ve döndüğünde para ile takas etmek suretiyle onları başvurana (Mr. Teixeira de Castro) teslim etmesine rağmen aldığı para miktarının 100.000 PTE' nin üstünde olduğunu tam olarak bilmemektedir.

12. Daha sonra başvuran, uyuşturucuları V. S.'nin evine götürmüş ve V.S. bu arada dışarıda bekleyen iki polis memurunun yanına geri dönmüş ve evin içerisinde pazarlık yapmıştır. Polis memurları, V. S.'nin davetiyle içeriye girmiş; daha sonra başvuran cebindeki eroin poşetlerinden bir tanesini dışarı çıkardığı sırada, iki polis memuru kimliklerini açıklamış ve başvuranı, V. S. ve J.P.O yu saat 02.00 sıralarında yakalamıştır.

B. Adli Yargılama Süreci

1. Hazırlık Soruşturması

13. Sonraki gün, başvuran önce Famaliçao Ceza Mahkemesi'nde bir tetkik hakimi önüne çıkarılmış ve mahkemece tutuklanmıştır.

14. 29 Ocak 1993 tarihinde, başvuran tahliye için başvuruda bulunmuştur. Başvuran, tutuklamanın hukuka aykırı olduğunu, Sözleşme'nin 3., 6. ve 8. maddelerini ihlal ettiğini öne sürmüştür. Mahkeme'ye yaptığı sunumda, *suç işlediği andan beri sadece ve sadece polis memurlarının iradesi ile suç işletildiği ve iki polis memurunun hukuka aykırı ve ahlak dışı davranışının bir sonucu olarak tutuklandığını* beyan etmiştir.

15. Tetkik hakimi, 16 Şubat 1993 tarihli bir kararın ile başvuranın talebini reddetmiş ve red kararı 21 Nisan 1993 tarihinde Oporto Temyiz Mahkemesi (*Tribunal da Relação*) tarafından onaylanmıştır.

16. Başvuranın, haksız yakalama ve tutuklama için Anayasa Mahkemesi'ne (*Supremo Tribunal de Justiça*) yaptığı iki müracaat, 11 Mart ve 13 Mayıs tarihlerinde reddedilmiştir. 13 Mayıs tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı'nda, her ne kadar, eroin satışında iki polis memuru ajan provakatör olarak görevlendirilmiş olsa da, *sonradan başvuranın uyuşturucunun sahibi olduğu ortaya çıkarıldığı için*, başvuranın tutuklanmasının haklı olduğuna karar verilmiştir.

17. 26 Ağustos 1993 tarihinde Savcı, başvuran ve V. S. ile ilgili görüşlerini dosyaya koymuş ve itham altındaki diğer iki kişi, F. O. ve J.P.O'nun soruşturması hakkında *takipsizlik kararı vermiştir*.

18. Dava dosyası, Santo Tirso Ceza Mahkemesi'ne gönderilmiştir. (Tribunal de Circulo)

2. Yargılama ve Temyiz

(a) Santo Tirso Ceza Mahkemesi'nden Önceki Dönem

19. 23 Kasım 1993 tarihli bir duruşmada mahkeme, aralarında iki polis memuru ve F. O'nun da bulunduğu bazı tanıkları dinlemiştir.

20. 6 Aralık 1993 tarihinde mahkeme, başvuranı suçlu bulmuş ve onu 6 yıl hapse mahkum etmiştir. V. S'nin yirmi günlük hapis cezası para cezasına çevrilmiştir. Mahkeme, *gizli görevli ajanın ve daha doğrusu bir ajan provakatörün kullanılmasının, iç hukuk mevzuatında yasaklanmış gözükmediğini dikkate almış, suçlanan kişinin kişisel özgürlüğünün feda edilmesinin ve korunan değerlerin önemi bakımından haklı olduğunu ortaya koymuştur*. Çünkü, başvurana ilk önce F. O. aracılığıyla yaklaşı-

mış ve PSP görevlilerinin davranışı, suç işlenmesinde sonuca götüren (kesin) hareketler değildi. Mahkeme, söz konusu hükme, birlikte dava olunan F. O., V. S., başvuranın kendisinin ve esas olarak iki polis memurunun tanıklığı ile ulaştığını açıklamıştır.

(b) Temyiz Mahkemesi'nden Önceki Dönem

21. 14 Aralık 1993 tarihinde başvuran, diğer hususlarla birlikte *adil yargılanma hakkında bir ihlalin olduğu yakınması ile Sözleşme'nin 6. maddesine dayanarak*, karara karşı Temyiz Mahkemesi'ne müracaat etmiştir.

22. 25 Mayıs 1994 tarihli bir kararında Temyiz Mahkemesi, başvuranın, bütün mahkeme kararlarına karşı yaptığı müracaatı reddetmiş ve

"Mevcut olayda, PSP memurları... kendileri Francisco Teixeira de Castro'ya takdim edilinceye kadar son derece baskılı olduğu tartışmasızdır. Bununla birlikte söz konusu baskı, yalnızca olağan karar aldırılmayı sağlamak içindi. Polis memurları biliyordu ki, V.S. uyuşturucu kullanıcısıydı ve aranan gizli kişi V.S.'ye uyuşturucu temin etmekle mesul kişiydi. Esrar kullanılabilir bir madde olmadığı için, eroin elde etmek için uğraştılar ve Francisco Teixeira de Castro ile tanıştılar ki o, polis memurlarının sahte tekliflerini, anlaşma (uyuşturucu pazarlığı) üzerinden, zamanımızın en büyük belasını istismar etmek suretiyle bir kar elde etmeyi amaçladığı için kabul etmiştir."

Başvuranda bulunan önemli miktarda uyuşturucu ve şüpheliler yakalandığında, bunun sonucu olarak iki PSP memurunun gayreti ödüllendirilmiştir.

Kaldı ki, Kamu Güvenliği Polis memurları gibi Famalição polis merkezinin de dayanak noktası, iki polis memurunun suç soruşturmacıları (Ceza Yargılama Kanunu'nun 1. maddesi) görevinde bulunuyor olması ve onların kanuni dayanakları altında onlara yetkiler verilmesi ve *daha yüksek bir makama başvuruya gerek olmaksızın*, suçlar hakkında bilgi toplamak, suçluları tespit etmek ve her türlü önlemi, delilleri derhal muhafaza etmek yetkilerinin bulunmasıdır. (Ceza Yargılama Kanunu'nun 55§2. maddesi)

...

Polis memurları, suç soruşturma süreci içinde mahkemenin görev-

lileri olarak hareket etmekte ve fakat bu, kanunen tanımlanan özel kurallar içinde, kendilerinin görevlendirilmediği uygulamalar içindeki usuli aşamalarda karar almalarında onları engellememektedir.

Savcı, mütalaasında, PSP memurlarının hukuk içerisinde hareket ettiğini ve davranışlarının delilleri kabul edilemez bir biçimde ele geçirmeye dönüştürmediğini ifade etmiştir.

Bu şartlar altında, Francisco Teixeira de Castro'nun müracaatı tamamiyle temelsizdir."

Bu mülahazalar ışığında, Temyiz Mahkemesi, başvuruyu reddetti ve aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş bütün kararları onaylamıştır.

ii. Yürürlükteki İç Hukuk

A. 13 Aralık 1983 Tarih ve 430/83 Sayılı Yasal Hüküm

23. 13 Aralık 1983 tarih ve 430/83 sayılı Yasa'nın Uyuşturucu Ticratine ilişkin, söz konusu zamanda yürürlükte olan aşağıdaki ilgili hükümlerine göre:

Madde 23Ş1

"Her kim, yetkili makamların izni bulunmaksızın, 36. maddede beyan edilen sebeplerden başka tablo 1 ve 3 te işaret edilen her bir madde ve preperatı; yetiştirir, üretir, mamul hale getirir, kullanıma sunar, satlığa çıkarır, satar, dağıtır, satın alır, devreder, her hangi bir miktar kabul eder, başka birinden tedarik eder, nakleder, ithal eder, taşır ve ülke dışına götürür ya da kanuna aykırı olarak zilyedliğinde bulundurur ise 6 yıldan 12 yıla kadar hapis cezasına ve 50.000 escudo dan 5.000.000 escudoya mahkumiyet ile sorumlu olacaktır."

Madde 52

"1. Bir kriminal soruşturma ajanı ki, ilk soruşturma esnasında ve kimliğini açığa çıkarmaksızın, başka bir kişi veya üçüncü bir şahıs vasıtasıyla bir narkotik veya psikotropik maddeler kabul eder ya da arz ederse, bu davranışından dolayı adli soruşturma ile sorumlu tutulmayacaktır."

2. *Bu gibi durumlarda, göreve ilişkin bilgi en geç 24 saat içerisinde olay dosyasına eklenmiş olacaktır.*"

24. Uyuşturucu ticareti şu anda 22 Ocak 1993 tarih ve 15/93 sayılı yasa hükmü ile düzenlenmektedir. 430/83 Sayılı Yasa hükmünün 52. maddesi yeni yasanın 59. maddesi ile her hangi bir değişikliğe uğramadan yeniden düzenlenmiştir.

B. Ceza Yargılama Kanunu

25. Olay anında, Ceza Yargılama Kanunu'nda düzenlenen temel hükümler şu şekildedir:

Madde 126

"1. Delil, işkence yaparak, zor kullanılması ya da her hangi bir fiziksel veya psikolojik korkutma vasıtasıyla ele geçirilmiş ise geçersiz ve kabul edilemezdir.

2. Mağdur ayrıca rıza göstermiş olsa bile, delil aşağıda sayılan vasıtaların herhangi biri ile elde edilmiş ise, psikolojik ya da fiziksel korkutma ile elde edilmiş farzedilecektir.

(a) Kötü muamele ile, müessir fiil veya başka bir metodla, hipnoz ya da zalim davranarak ya da bir kişinin kararlarını açıklama özgürlüğünde hileli davranışlarla,

...

4. Bu madde kapsamında nerede ki, ciddi bir cürüm oluşturacak davranışlarla bir delil elde edilmiş ise; bu delil, sadece bu yolla elde edilmiş olmasının sorumluluğunu ortaya çıkarmak için kovuşturma yapmak amacıyla kullanılması mümkündür."

Madde 241

"Savcı, kendi soruşturmaları sırasında, suç soruşturmakla sorumlu polis memurları tarafından aşağıda sayılan şartlara uygun bir biçimde rapor edilmiş ise bu suçu görevi gereği öğrenmiştir."

Madde 242

“Suç işleyenin kimliği bilinmiyor olsa bile, bir suç soruşturma makamlarına rapor edilmiş olmalıdır.

(a) Polis tarafından dikkat etmelerine rağmen her hangi bir suç işlenmesi durumunda;

...”

C. İçtihat ve Hukuki Dayanak

26. Temyiz Mahkemesi öngörülen belli koşullar altında, uyuşturucu ticaretine karşı mücadelede gizlice içeri sızan görevlilerin kullanılmasını kabul etmektedir. (12 Haziran 1990, BMJ n. 398, p. 282; 14 Ocak 1993, Col. Jur. (STJ), 1993-I, p. 270; 5 Mayıs 1994, Col. Jur. (STJ), 1994-II, p. 215, davalarında verilen hükümler, ve 22 Haziran 1995, Col. Jur. (STJ), 1995-II, p. 238; 6 Temmuz 1995, Col. Jur. (STJ), 1995-II, p. 261 ve 2 Kasım 1995 Col. Jur. (STJ), 1995-III, p. 218 kararları.

27. Portekiz hukuk öğretisi (ve diğer Avrupa ülkeleri) “gizlice içeri sızan görevli” ve “gizli ajan” ve “ajan provakatör” terimleri arasındaki farkı ortaya çıkarmıştır. İlk bahsedilen – infiltrator- kendini bilgi toplamakla sınırlamaktadır, oysa sonuncusu –ajan provakatör-, bilfiil kişileri bir cürüm işlemeye teşvik eden kimsedir. Portekiz’de, söz konusu zaman diliminde yürürlükte olan kanunlar nazarında bilirkişiler, gizli ajan tarafından elde edilen delilleri kabul edilebilir bulmuş ve fakat ajan provakatörler tarafından elde edilen deliller konusunda daha çekingen davranmışlardır. (Örnek için bkz. Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo pênal*, Coimbra, 1992, pp. 220 vd. ve A.G. Lourenço Martins, *Droga. Prevenção e tratamento. Combate ao tráfico*, Coimbra, 1984, pp. 154 v.d. ve daha yakın bir tarihte, “Droga e direito”, *Aequitas, Editorial Noticias*, 1994, pp. 278 v.d.)

KOMİSYONDAN ÖNCEKİ YARGILAMA İŞLEMLERİ

28. Mr. Teixeira de Castro, Komisyon’a 24 Ekim 1994 tarihinde başvurmuştur. O, polis memurlarının kendisini suç işlemeye teşvik etmesinin akabinde suç işlediğinden ve bu suretle adil bir şekilde yargı-

lanmadığından yakınlıkla Sözleşme'nin 6§1. maddesine dayanmıştır. Başvuranın görüşüne göre, bu eylemler aynı zamanda Sözleşme'nin 3 ve 8. maddelerini de ihlal etmektedir. Ayrıca, kendisinin ayrımcılığa tabi tutulduğuna, davadaki diğer kişilerin kendisine göre daha hafif cezalara çarptırıldığı veya soruşturmalarının takipsizlikle sonuçlandırıldığına dikkat çekmiştir.

29. 24 Haziran 1996 tarihinde Komisyon, mümkün olduğunca soruşturma işlemlerinin doğruluğu konusu ile ilgilenerek başvurunun (Başvuru No. 25829/94) kabul edilebilir olduğunu beyan etmiş ve geriye kalan kısım için kabul edilemezlik kararı vermiştir. Komisyon'un 25 Şubat 1997 tarihli raporunda (madde 31), Sözleşme'nin 6§1. maddesinin ihlal edildiği (30 a karşı 1 oy ile) fakat 3. maddesinin ihlal edilmediğini (oy birliği ile) ve aynı zamanda bu madde bakımından inceleme yapmanın gerekli olmadığını bunun yanında 8. Maddeye ilişkin bir ihlal (30 oya karşılık 1 oy ile) bulunduğu görüşünü ifade etmiştir. Komisyon görüşünün tam metni ve karar içindeki karşı görüşler bu hükmün ekinde tekrarlanmıştır.

HÜKÜMETİN MAHKEME'YE SON SUNUMU

30. Hükümet, Mahkeme'ye sunduğu dilekçesinde, "Söz konusu olayda Sözleşme'nin 6§1. Maddesine bir ihlal bulunmadığını savunmuştur".

HUKUK

I. Sözleşme'nin 6§1. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

31. Mr. Teixeira de Castro, adil bir yargılama yapılmadığından ve gizli ajan polis memurları tarafından suça teşvik edilmesinin akabinde bir suç işlediğinden yakınmıştır. Başvuran, Sözleşme'nin 6§1. maddesine dayanmıştır ki, bu maddenin mevcut olayla ilgili bölümü aşağıdaki gibidir:

"Kendisine karşı bir suç itham edilen herkes... suçlamalar konusunda... herkes ... bağımsız mahkeme tarafından... makul sürede.....adil yargılanma hakkını haizdir"

Başvuran, suç sabıkası olmadığını ve ajan provokatörler tarafın-

dan müdahale edilmeden asla suç işlemediğini iddia etmiştir. Ek olarak, her hangi bir hazırlık soruşturması bulunmaksızın ve mahkeme tarafından herhangi bir denetim söz konusu olmaksızın polis memurlarının, kendisinin insiyatifi üzerine etki ettiğini iddia etmiştir.

32. Hükümet, özellikle uyuşturucu ticaretine karşı mücadelede, çoğu Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin de içinde bulunduğu çok sayıda hükümetin özel soruşturma yöntemlerini kabul ettiğini öne sürmüştür. Toplum, demokratik toplumların temellerini tahrip eden suç faaliyetlerinin türleri için teknikler keşfetmiştir. 430/83 sayılı Yasa'nın 52. maddesi ve aslında 1988 tarihli Birleşmiş Milletler Yasadışı Uyuşturucu Madde ve Psikotropik Maddelerin Ticaretine Karşı Sözleşme ve 1990 tarihli Suç Gelirlerinin Aklanması, Araştırılması, Zaptedilmesi ve Müsaderesine İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi somut olayın özelliklerine uygun olduğundan, bu şekilde, rolü, "*ajan provakatörlerin*" aktivitesi ile hiç orantılı olmayan gizli ajanın kullanılmasına müsaade etmiştir. Bunun yanında Ceza Yargılama Kanunu'nun 126§1 ve 2,a maddesi öyle yüksek standartlar ortaya koymuştur ki, bu standartlar delil elde etmek için, hukuki ve meşru kabul edilecek davranışlar bir araya gelerek gerçekleştirilecek standartlardır.

Söz konusu olayla ilgili iki polis memuru, "*ajan provakatör*" olarak tanımlanamamıştır. Gizli ajanın yarattığı bir suça teşvik hareketinin gerçekleştirdiği yerde, *önceden olmayan ve o durumda zaten suç işlelmeye yatkın olan bir failin olması*, davalarda ortaya konulan bir ayrımdır. Söz konusu olayda, polis memurları, sadece Mr Teixeira de Castro tarafından ortaya konulan, önceden var olan gizli bir suç işleme kastını, taşıyıcı (suçlananlardan bir tanesi) F. O.'nun elverişli durumu vasıtasıyla başvurana baskı uygulanmadan açığa çıkarmışlardır ki, başvuran hemen akabinde uyuşturucu temin etmeye ve hareketi icra etmeye ilgisini göstermiştir. Ek olarak başvuran, "*alıcılar*" (polis memurları) tarafından talep edilenden daha fazla miktarda uyuşturucu ile yakalanmıştır.

Son olarak, yargılama işlemleri süresince Mr. Teixeira de Castro, iki polis memuruna ve diğer tanıklara soru sorma ve onlarla yüzleşmek gibi bir imkana sahip olmuştur. Temyiz Mahkemesi takdirinde, tek başına iki polis memurunun müdahalesini değil aynı zamanda diğer delileri de dayanak almıştır. Burada yargılamanın dürüstlüğü-

nün altının oyulduğunu ileri sürecek hiçbir olay meydana gelmemiştir.

33. Komisyon, eğer sadece polis memurlarının hareketlerinin bir sonucu değilse, suç işlendiğini ve başvuranın oldukça ağır bir ceza ile mahkum edilmiş olduğunu gözönünde tutmuştur. Suç hareketlerinde, başka yolla zorlama vuku bulmamışsa polis memurları suça teşvik etmiştir. Şu durumda yargılama işlemlerinin dürüstlüğü, adilliği telafi olunamaz bir biçimde etkilenmiştir.

34. Mahkeme, kanıtların kabul edilebilirliği öncelikle ulusal hukuka göre düzenlenecek bir meseledir ve deliller için genel bir kural deliller elde edilmeden önce ulusal mahkemeler tarafından tayin edileceğin tekrarlamaktadır. Mahkeme'nin Sözleşme kapsamındaki görevi, *usulüne uygun bir biçimde delil olarak kabul edilip edilmediğine hüküm vermek değildir fakat mümkün olduğunca yargılama süreçlerinin, toplanmış delilleri de kapsayan bir tarzda, bir bütün olarak adil olup olmadığını tespit etmektir* (Bu hususlara ek olarak bkz. Van Mechelen ve Diğerleri- Hollanda kararı 23 Nisan 1997, Mahkeme Raporları ve Kararlar, 1997/III, p. 711, § 50).

35. Daha ayrıntılı olarak, Sözleşme, ceza yargılama süreçlerinin soruşturma safhasında ve bu safhada suçun mahiyetine göre, izinler, isimsiz muhbirler gibi kaynaklara istinad edilmesine engel olmaz. Dahası, bunun sonucu olarak ortaya çıkan muhbir beyanlarının mahkeme tarafından adil bir hükmün kurulmasında farklı bir önemi vardır (Karşılaştırma için bkz. 20 Kasım 1989 tarihli, Kostovski- Hollanda kararı, Series A no. 166, p. 21, § 44) .

36. Uyuşturucu ticaretine karşı mücadeleyle ilgili olayların içine yerleştirilmiş olsa dahi, doğrudan yerleştirilen muhafızlar ve gizli ajanların kullanılması sınırlandırılmış olmalıdır. Organize suç meydana çıktığı sırada hiç şüphesiz uygun önlemler almaya ihtiyaç duyulmakla birlikte, adaletin adil bir biçimde işlemesi hakkı seçkin bir konumda muhafaza edilen konumu (Bkz. 17 Ocak 1970 tarihli Delcourt-Belçika, Seri A no. 11, p. 15, § 25), bu hak amaçlara (belirlenen suç politikası) ulaşmak uğrına feda edilmemiş olmalıdır.

37. Mahkeme öncelikle, mevcut uyumsuzluğun Lüdi/İsviçre (Bkz. 15 Haziran 1992 tarih, Seri A no. 238) olayından ayırt edilebilir olduğu-

na dikkat etmektedir ki, o olayda İsviçre makamları, Alman polisi tarafından haberdar edilmiş, olaydan tetkik hakimi (soruşturma hakimi) haberdar idi (olay tetkik hakiminin bilgisi dahilindeydi) ve olayla ilgili polis memurları yeminli dinlenmişti. Polis memurlarının rolü gizli bir ajan olarak sınırlandırılmıştı.

38. Mevcut davada, iki polis memurunun aktivitesinin gizli ajan görevinin ötesinde olup olmadığına karar verilmesi zorunludur. Mahkeme, Hükümet'in, bir anti- uyuşturucu trafiğine operasyonun parçası olarak yer alan polis memurlarının müdahalelerinin sınırlandırmadığını ve bir hakim tarafından denetlenmediğini belirtmektedir. Bu durum, yetkili otoritelerin her ikisi bakımından da, Mr. Teixeira de Castro'nun bir uyuşturucu taciri zanlısı olarak kabul edilmesinde iyi bir nedene sahip olduğu ispat edebilir görünmemekte, aksine Mr. Teixeira de Castro, adli sabıkaya sahip değildi ve kendisiyle ilgili olarak hazırlık soruşturması açılmamıştı. Doğrusu, Mr. Teixeira de Castro, münhasıran polis memurları, araçlar V. S. ve F. O'nun vasıtasıyla onunla bağlantı kurmaya gelinceye kadar polis memurları tarafından bilinmiyordu (Bkz. yukarıdaki 10. paragraf).

Bunun yanında, uyuşturucular başvuranın evinde değildi ve Mr. Teixeira de Castro uyuşturucuları üçüncü bir kişiden temin etmiştir ki, üçüncü kişi de başka bir kişiden devralarak uyuşturucuyu elde etmiştir (bkz. yukarıdaki 11. paragraf). Oysa Temyiz Mahkemesi'nin 5 Mayıs 1994 tarihli kararında, Mr Teixeira de Castro yakalandığında, polis memurları tarafından, teşvik edilenin ötesine geçilerek, polis memurlarının talep etmiş olduğu çok miktarda uyuşturucunun Mr. Teixeira de Castro'nun zilyedliğinde olduğuna işaret edilmiştir. Burada Hükümet'in, başvuranın suç işlemeye yatkın olduğu argümanını destekleyen bir delil bulunmamaktadır. Bu olaylardan çıkan zorunlu sonuç, iki polis memurunun Mr. Teixeira de Castro'nun suç aktivitesinin soruşturulması sırasında kendilerini, esasında pasif bir davranışta bulunmakla sınırlandırmadıkları gibi tıpkı suçun işlenmesine teşvik eder bir tarzda bir etki uyguladıklarıdır.

Son olarak, Mahkeme, ulusal mahkemelerin kararlarında temel olarak iki polis memurunun ifadelerine dayanılarak başvuranın mahkum edildiğini belirtmiştir.

39. Bütün bu düşünceler ışığında, Mahkeme, polis memurlarının suça kışkırttığı ve olayda onların müdahalesi olmadan da suçun işlenmiş olacağına dair hiçbir bulgu öne sürülmediğinden; iki polis memurunun hareketlerinin onların gizli ajanlığının ötesine geçtiği sonucuna ulaşmıştır. Söz konusu müdahale ve onun tezip edilmiş (karşı çıkmış) ceza yargılaması sürecinde kullanılması, başvuranın adil yargılanma hakkından mahrum bırakıldığı iddiasının başlangıçtan beri doğru olduğu anlamına gelmemtedir. Sonuç olarak, Sözleşme'nin 6/1. maddesi bakımından bir ihlal bulunmaktadır.

II. Sözleşme'nin 3. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

40. Mr. Teixeira de Castro'nun Komisyon'a yaptığı başvurusunda, aynı zamanda Sözleşme'nin 3. maddesi, "*insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı*" bakımından da bir ihlalin söz konusu olduğunu iddia etmiştir.

41. Mahkeme, bu noktaya ilişkin olarak daha önce, ne başvuranın, ne de Hükümet ya da Komisyon üyesinin hiç bir argüman göstermediğine dikkat etmiştir. Mahkeme, kendisine yapılan talebin, bu nokta ile ilgilenmek için yeterli olmadığını ifade eder.

III. Sözleşme'nin 8. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

42. Mr. Teixeira de Castro, şikayet ettiği olayların Sözleşme'nin 8. maddesini de ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Sözleşme'nin 8. maddesi temin eder ki:

"Herkes özel yaşamına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini istemek hakkına sahiptir".

"Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir."

43. Mahkeme, yukarıda 39. paragrafta ulaşılan sonuçları göz önünde tutarak, tıpkı Komisyon gibi, 8. madde kapsamında yapılan şikaye-

tin ayrıca incelenmesinin gerekli olduğunu düşünmemektedir.

IV. Sözleşme'nin 50. Maddesinin Uygulanması

44. Sözleşme'in 50. maddesi temin eder ki,

"Mahkeme, bir Sözleşmeci Tarafın yargı mercileri veya herhangi başka bir resmi mercii tarafından verilmiş olan bir kararın veya alınmış olan bir tedbirin bu Sözleşme'den doğan yükümlülüklerle tamamen veya kısmen çatıştığına ilişkin bir hükme varırsa ve eğer ilgili tarafın iç hukuku bu karar veya tedbirin sonuçlarını ancak kısmen gidermeye uygun ise, Mahkeme kararında gerekli görüldüğü takdirde zarar gören tarafa adil bir tatmin şeklinde hükmolunur."

45. Başvuran, maddi ve manevi zararları için tazminat ve dava masrafları ve giderleri için geri ödeme talep etmiştir.

A. Zarar

46. Mr. Teixeira de Castro ilk olarak, iki polis memurunun müdahalesi olmaksızın mahkum edilemeyeceği temelinden hareketle, 6 yıllık mahkumiyetin cezaevinde geçirdiği üç yıllık dönem bakımından, kazanç kayıpları için 2.052.000 escudo (PTE) talep etmiştir. Temyiz Mahkemesi'nin 5 Mayıs 1994 tarihli kararında işaret ettiği gibi aylık geliri 57.000 PTE idi. Mr. Teixeira de Castro aynı zamanda kazanç kaybı için 15.000.000 PTE talep etmiştir. Çünkü hapisaneden dışarı çıktığında, işten atılmıştı ve bir uyuşturucu taciri olarak damgalandığı için başka bir iş bulması mümkün değildi. Başvuran beyan ettiği manevi tazminat olarak, 5.000.000 PTE talep etmiştir. Hapishaneye atılmış ve bu nedenle kazanç elde edemediğinden dolayı eşi ve çocuğunun aç kalmış ve bilinen bu sure içerisinde şiddetli bunalıma düşmüştür. Mahkum edilmesinden sonra, onun hayatı bir utanç silsilesine dönmüş; arkadaşlarını kaybetmiş ve kendi aile üyeleri tarafından yabancılaştırılmıştır.

47. Hükümet, iddia edilen zararlar ve ihlalin izi arasında sebep sonuç bağlantısı olmadığını ileri sürmüştür ki, başvuranın durumunun olmayan bir müdahale ile tamamen değiştirildiği üzerine düşünmek mümkün değildi. Hükümet'in görüşüne göre, bir aykırılığın bulunması halinde uğranılan manevi zararlar için tazminat talebi istenebilir.

48. Komisyon'un bir üyesi, başvuranın gözaltında alınması ile doğrudan 6. madde ile bağdaşmayan delilin kullanılmasından meydana geldiğini, eğer Mahkeme hükmederse, Windisch/Avusturya (bkz. 27 Eylül 1990 tarihli karar, Series A no. 186, p. 12, § 35) davasında yaptığı gibi maddi ve manevi zararları için toplam bir miktarın ödenebileceğini tavsiye etmiştir.

49. Mahkeme şu görüşü paylaşmıştır ki, dava dosyasındaki dokümanlardan, eğer iki polis memuru müdahale etmeseydi, şikayet edilen hapis süresine hükmedilmemiş olacağı anlaşılmaktadır. Mr. Teixeira de Castro'nun, özgürlüğünden ve imkanlarından mahrum bırakıldığında oluşan kazanç kayıpları ve ziyanının her ikisi de, hapisten çıktıktan sonra güncel hale gelmiştir - ve aslında Hükümet tarafından kabul edilmemiştir- ve onu, sadece manevi tazminat olarak elde etmeye hak kazanır. Bunun gibi, başvuran uğradığı tartışılmaz manevi zararı, sadece bir ihlalin tespit edilmesi ile telafi edilemez.

İlgili bütün etkenleri göz önünde tutarak ve Sözleşme'nin 50. maddesine uygun bir biçimde, hakkaniyet temelinde hüküm ile, Mahkeme başvurana, maddi ve manevi zararları için 10.000.000 PTE ödenmesine karar vermiştir.

B. Masraf ve Giderler

50. Mr. Teixeira de Castro yargılama giderleri ve masraflarını şu şekilde bildirmiştir ki:

(a) 95.000.000 PTE, Portekiz mahkemelerince verilen, Portekiz Hükümeti'nin sadece 35.000 PTE yasal yardım yoluyla bir toplam meblağ ödemesinden önceki yargılama işlemleri için ve,

(b) 1.500.000 PTE, Komisyon ve Mahkeme'den önceki yargılama işlemleri için.

51. Hükümet, başvuranın taleplerini haksız (talepler) olarak mütalaa etmiştir.

52. Komisyon delegesi, başvuranın aldığı yasal yardıma ek olarak Sözleşme kurumlarının yargılama süreçlerinden önceki dönem bakımından bir meblağın ödenmesine hükmedilmesi konusunda fikir edinmiştir.

53. Mahkeme söz konusu zamanda başvuranın avukatı, ilgili Portekiz otoriteleri tarafından yasal yardım sistemi kapsamında, yalnızca yasalara dayanan işlem miktarının ödendiğini kabul ettiğini bildirmiştir. Bu olaylar içerisinde, vekilinin (avukatının) Mr. Teixeira de Castro'nun ilave harçlarını ödeme yükümlülüğü altında olması düşünülemezdi (bkz. yukarıda 37. paragrafta sözü edilen Windisch kararı).

54. Mr. Teixeira de Castro aynı zamanda Sözleme kurumlarından önceki yasal yardımı da elde etmiştir. Mahkeme, Strazburg yargılama süreçlerinde, giderler ve harcamalar için ölçsüz talep edilen tutarı dikkate almaz. Mahkeme sonuç olarak, bu başlık altında halihazırda 19.801.70 Fransız francı yasal yardım alınmış olduğu için, 1.500.000 PTE ödenmesine karar vermiştir.

C. Gecikme Faizi

55. Mahkeme mevcut bilgilere göre, mevcut hükmün kabul tarihinde, Portekiz'de geçerli kanuni faiz oranı yıllık %10'dur.

Bu nedenlerden dolayı Mahkeme,

1. 8'e karşı 1 oy ile Sözleşme'nin 6§1. maddesinin ihlal edildiğini;
2. Oy birliği ile Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin incelenmesine gerek olmadığını;
3. Oy birliği ile, olayın aynı zamanda Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında incelenmesine gerek olmadığını;

4. 8'e karşı 1 oy ile:

(a) Sorumlu Hükümet'in başvurana müteakkip üç ay içerisinde aşağıda sayılan giderleri ödemesine:

(i) 10.000.000 (on milyon) escudo maddi ve manevi zararlar için;

(ii) Masraflar ve giderler için, kararlaştırılan tarihte uygulanabilir oranlar escudoya dönüştürülerek 19.801.70 Fransız francı (on dokuz bin sekiz yüz bir fransız francı yetmiş santim) düşülerek, 1.800.000 (bir milyon sekiz yüz bin) escudo; ve

(b) Karar verilmesinden, yukarıda sözü edilen üç aylık sürenin sonuna kadar yıllık %10 basit faiz oranı ile bu giderlerin toplamının ödenebileceğine;

5. Sadece tatmini amaçlayan kalan kısım oy birliği ile reddine; karar vermiştir.

Hüküm, 9 Haziran 1998 tarihinde Strazburg'ta insan hakları binasında aleni duruşmada verilmiş ve İngilizce ve Fransızca yazılmış dillerinde yazılmıştır.

Sözleşme'nin 51§2. maddesi ve B Mahkemesi Kuralları, Kural 55§2 gereğince, Mr. Butkevych'in karşı oyu bu karara eklenmiştir.

YARGIÇ BUTKEVYCH' İN KARŞI OY YAZISI

Üzülerek belirtirim ki, böyle bir kararı kabul edemem. Ben, insan hakları ihlallerinin artması sonucunu doğurabilecekse, vevki yüce amaçlardan esinleniyor olsa bile polisin mücadele edilmeyen hareketlerindeki endişeyi paylaşmaya hazırım. Eğer bütün olarak toplumun hak ve özgürlüklerinden sarfı nazar edilerek, tek başına bir kişinin hakları ve özgürlükleri göz önünde alınır, bireyin haklarının gözetilmesi sonucu çıkmalıdır. Dahası, bazı hak ve özgürlükleri göz önünde alarak, bunları diğerlerinden bağımsız addedemeyiz çünkü onlar mutlak haklar değildir. Bireyin haklarının sınırlanmasının savunulmasında, toplumun diğer üyelerinin haklarının korunmasını düzenleyen haklar karşısında bir ölçünün olması gerekmektedir.

Bilhassa, tehlike halini almış, örneğin; zorla insan organlarının elde edilmesi, insan ticareti, fuşşa zorlama, terörizm, kitle imha silahlarının hukuka aykırı ticareti ve uyuşturucu ticareti suçlarıyla ilgili toplum için bir kaygı duyulduğunda, bunun gibi bir dengeyi gözetmede ayrıca bir dikkat gösterilmelidir.

Dava konusu olayda başvuran, bir suç (cezayı gerektiren cürüm) işlediğini bilmekteydi. Olayda o, kendisinden eroin satın almayı talep edenlerin polis memurları olduğunu bilmiyordu ki, bu durum olayın özünü değiştirmez.

Diğerlerine ilaveten, "gizli ajanların" tıpkı bir "provakatör ajan" olarak görev yaptığı değerlendirilmesi argümanı bu olayda inandırıcı olmayan bir argümandır. Ulusal mahkemenin yargılama dokümanları referanslarında, "velevki bunlar ajan provakatörler olsa" cümlesi aslında bunlar "provakatörler" di anlamına gelmez. Her hangi bir toplumda,

uyuşturucu satıcısı bir kişi, başka her hangi bir gerekli izni olmadığına bakılmaksızın, üçüncü kişilerin zarar görmesine neden olacağını bilir ya da bilmelidir. Dahası, savunmasının bir parçası olarak başka birini "*provakatör*" olarak suçlamak başvuran (suç işleyen) için zor değildir. Ayrıca, bu gibi durumlarda "*gizli ajanın*" kullanılmasına mevzuat, yasalar müsaade etmektedir.

Aynı zamanda, kanaatime göre, ulusal yargı organları kararlarında münhasıran iki polis memurunun deliline dayandığı, mahkeme dokümanlarında sarih (açık anlaşılabilir) değildir.

Ben, Komisyon tarafından gerçekler üzerine tesis edilen yargı kararları ile aynı fikirdeyim. Kaldı ki, bu kararın niteliğine dair endişelerimin temelindeki bu kararlar için sunulan gerçeklere katılmam mümkün değildir.

SCHALK VE KOPF / AVUSTURYA DAVASI
(Başvuru no: 30141/04)

Çev.: Serkan CENGİZ*

KARAR
STRAZBURG
24 Haziran 2010

Bu karar Sözleşme'nin 44. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen koşullarda kesinleşecek olup, yazınsal düzeltmelere tabi tutulabilir.

Schalk ve Kopf / Avusturya Davasında;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Birinci Kısım), Bay Christos Rozakis (Başkan), Hakimler, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni, George Nicolaou, Daire Yazı İşleri Müdür Yardımcısı Andre Wampcah'dan müteşekkil heyet olarak, 25 Şubat 2010 ve 3 Haziran 2010 tarihlerindeki kapa-

* Av., İzmir Barosu.

lı oturumlarda müzakerede bulunmuş olup, ikinci müzakere tarihinde kabul etmiş olduğu aşağıdaki kararı vermiştir.

USUL

1. Bu dava, Avusturya vatandaşı olan Bay Horst Michael Schalk ve Bay Johan Franz Kopf (başvurucular) tarafından 1 Şubat 2002 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca, Avusturya aleyhine yapılmış olan başvurudan (no.30141/04) kaynaklanmaktadır.

2. Başvurucular Viyana'da avukatlık yapan Bay K. Mayer tarafından temsil edilmişlerdir. Avusturya Hükümeti Avrupa ve Uluslararası İşler Federal Bakanlığı Uluslararası Hukuk Departman Müdürü Büyükelçi H. Tichy tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucular özellikle eşcinsel bir çift olarak evlenme veya ilişkilerinin hukuk tarafından başka bir şekilde tanınması imkanından mahrum bırakılmaları nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldıkları yakınmasında bulunmuşlardır.

4. 8 Ocak 2007, tarihinde Birinci Kısım Başkanı, başvurunun Hükümete bildirilmesine karar vermiştir. Başkan, ayrıca, başvurunun esasının, kabul edilebilirliğiyle birlikte incelenmesine karar vermiştir (madde 29).

5. Başvurucular ve Hükümet başvurunun esası ve incelenebilirliği (kabul edilebilirliği) hakkında yazılı görüşlerini sunmuşlardır. Hükümet ayrıca ek görüşlerini sunmuştur. Buna ek olarak Mahkeme Başkanı tarafından davanın yazılı kısmına katılmasına izin verilen Birleşik Krallık Hükümeti'nden üçüncü taraf (müdahil/katılan) görüşleri alınmıştır (Sözleşme madde 36/2 ve Mahkeme İç Tüzüğü m. 44/2). Mahkeme Başkanı tarafından davaya katılmalarına izin verilen FIDH (Uluslararası İnsan Hakları Federasyonu), ICJ (Uluslararası Hukukçular Komisyonu), AIRE Centre (Avrupa'da Bireysel Haklara Dair Tavsiye) ve ILGA-Europe (Uluslararası Lezbiyen ve Geyler Derneği Avrupa Bölgesi) adlı dört sivil toplum kuruluşu ortak bir üçüncü taraf değerlendirmesi sunmuşlardır. Mahkeme Başkanı bu dört sivil toplum kuruluşunun duruşmada katılan sıfatıyla bulunmalarına izin vermiştir.

6. 25 Şubat 2010 tarihinde Strasburg'da bulunan İnsan Hakları Binasında bir duruşma yapılmıştır (Mahkeme İç Tüzüğü m. 59/3).

Duruşmaya Katılanlar:

(a) Hükümet adına

Bayan B. OHMS, Federal Başbakan, Yardımcı Ajan
Bayan G. PASCHINGER, Avrupa ve Uluslar arası İşler
Federal Bakanlığı

Bay M. STORMANN, Federal Adalet Bakanlığı, Danışman

(b) Başvurucular adına

Bay K. MAYER, Avukat
Bay H. SCHALK, Başvurucu

(c) Sivil Toplum Kuruluşları adına, katılanlar

Bay R. WINTEMUTE, Kings College, Londra Avukat
Bayan A. JERNOW, Uluslararası Hukukçular Komisyonu
Danışman

Mahkeme Bayan OHMS, Bay MAYER ve Bay WINTEMUTE'yi dinlemiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

7. Başvurucular sırasıyla 1962 ve 1960 doğumludurlar ve eşcinsel bir çift olarak Viyana'da yaşamaktadırlar.

8. Başvurucular 10 Eylül 2002 tarihinde Medeni Hal Meseleleri Bürosu'na başvurarak evlilik sözleşmesi yapabilmeleri için gerekli usul işlemlerinin yapılmasını talep etmişlerdir.

9. Viyana Belediye Bürosu 20 Aralık 2002 tarihli kararıyla başvurucuların bu talebini reddetmiştir. Belediye Bürosu, Medeni Kanun'un 44. maddesine atıf yaparak evliliğin yalnızca karşıt cinsten olan iki kişi arasında akdedebileceğine hükmetmiştir. Devamlılık arz eden içtihatlarla göre aynı cinsiyetten iki kişi arasında akdedilen evlilik geçersiz ve hükümsüz olarak kabul edilmiştir. Başvurucular, her ikisinin de erkek olması nedeniyle, evlenme ehliyetinden yoksundurlar.

10. Başvurucular, Viyana Bölgesel Valiliği'ne itiraz etmişlerse de itirazları reddedilmiştir. Vali, 11 Nisan 2003 tarihli kararıyla Belediye Bürosu'nun hukuki görüşünü onaylamıştır. Ek olarak Vali, iki kişinin aynı cinsiyetten olmasının bir evlilik engeli teşkil edeceğini hüküm altına alan İdare Mahkemesi kararlarına da atıf yapmıştır. Vali, ayrıca, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 12. maddesinin, evliliğin yalnızca farklı cinsiyetten kişiler arasında akdedebileceğini hüküm altına almış olduğunu da belirtmiştir.

11. Başvurucular, anayasal itiraz yoluyla, evlenmelerinin hukuken mümkün olmamasının özel hayat ve aile yaşamlarına saygı haklarını ve ayrımcı muamelede bulunmama prensibini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Başvurucular, Medeni Kanununun 1812 yılında yürürlüğe girişinden bu yana evlilik kavramının değiştiğini belirtmişlerdir. Özellikle üreme ve çocukların eğitimi, artık evliliğin dahili bir parçasını oluşturmamaktadır. Günümüz algılamasıyla evlilik, yaşamın tüm unsurlarını içine alan daimi bir birlikteliktir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin cinsel yönelime dayanan farklılıkların hatırı sayılır bir gerekçeye dayandırılmasını şart koşması nedeniyle; eşcinsel çiftleri, evlilik akdinden yoksun bırakmanın nesnel bir meşruiyeti bulunmamaktadır. Diğer Avrupa Devletleri ya homoseksüel evliliklere izin vermişler ya da eşcinsel birlikteliklere eşit bir statü sağlamak amacıyla mevzuatlarını değiştirmişlerdir.

12. Son olarak, başvurucular, mülkiyetlerini barışçıl kullanma haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvurucular, eşcinsel çifti oluşturanlardan birisinin ölümü halinde diğerinin, vergi hukukuna göre evli çiftten hayatta kalan eşe nazaran daha dezavantajlı durumda olması nedeniyle, ayrımcılığa maruz kalacağını iddia etmişlerdir.

13. 12 Aralık 2003 tarihinde Anayasa Mahkemesi başvurucuların yakınmasını reddetmiştir. Kararın ilgili kısımları şöyledir:

İtiraz edilen kararlar sonuçlanan idari yargılama özellikle evliliğin meşruiyeti meselesi ile ilgilidir. Dolayısıyla şikayetçilerin tek ele alınabilir yakınması Medeni Kanun'un 44. maddesi'nin sadece "*karşıt cinsiyetler*" arasında bir evliliğe cevaz vermesi ve böyle bir evliliğe müsaa- de etmesidir. Mülkiyet hakkının ihlal edildiği şikayeti ise en basit ifa-

deyle bu durumun haksız olduğunu göstermeyi amaçlayan başka bir yoldur.

Evlilik açısından anayasa hukuku ile eşdeğer kuvvetteki AİHS'in 12.maddesi şöyledir:

"Evlilik çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenme ve aile kurmak hakkına sahiptir."

Ne Avusturya Federal Anayasası'ndaki eşitlik prensibi nede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (madde 12'de "*erkekler ve kadınlar*" olarak ifade edilmesi nedeniyle) temel ebeveynlik imkanı ile donatılmış olan evlilik kavramının farklı bir türdeki ilişkileri içine alacak şekilde genişletilmesini gerektirmez. Dahası, evliliğin temeli hiçbir şekilde boşanmanın (veya ayrılmanın) mümkün olması olgusu ile ilgili olmayıp, eşlerin çocuk sahibi olmaya muktedir olup olmadığı veya çocuk isteyip istemedikleri meselesiyle alakalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 27 Eylül 1990 tarihli *Cossey* kararında (no.10843/84, özellikle transseksüel kişilerin durumu ile ilgilidir)

"Evliliğin geleneksel doğasına bağlılık, evlilik bağlamında bir kişinin cinsiyetinin tespit edilmesine yönelik biyolojik ölçütün mütemediyen kabulü için yeterli bir gerekçe oluşturmaktadır."

Tespitiyle, evliliğin bu "*geleneksel*" bağlamıyla sınırlandırılmış olmasını, nesnel olarak haklı görmüştür.

[Özellikle transseksüel meselesi açısından, içtihadta meydana gelen sonraki değişiklik (AİHM, *Goodwin*, no.28957/95, 11 Temmuz 2002) burada konu edilen genel meselenin değerlendirilmesinde de değişiklik yapılması gerektiği şeklinde ki bir sonuca varılmasına müsaade etmez.]

Eşcinsel ilişkilerin özel yaşam kavramı içine girmesi ve dolayısıyla da AİHS'in 8.maddesinin sağladığı korumadan yararlanması -ki AİHS'in 14.maddesi nesnel olmayan gerekçelere dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır- evlilik yasasının değişmesi gibi bir yükümlülüğün ortaya çıkmasına neden olmaz.

Görülmekte olan davada ilgili mevzuatın evli çiftler açısından özel kurallar ihtiva ederek eşcinsel birliktelikleri haksız bir şekilde ayrımcılığa tabi tutup tutmadığının incelenmesine gerek bulunmamaktadır.

Veyahut yasa yapıcıya anayasal konularda veya hukuk politikaları hususunda tavsiyede bulunmak işbu mahkemenin görevi değildir.

Dolayısıyla, şikayetin temelsiz olması nedeniyle reddedilmesi zorunludur.”

14. Anayasa Mahkemesi'nin kararı, 25 Şubat 2004 tarihinde başvurucuların vekillerine tebliğ edilmiştir.

II. İLGİLİ ULUSAL VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

A. Avusturya Hukuku

1. Medeni Kanun

15. Medeni Kanununun 44.maddesi şöyledir:

“Evlilik akdi aile ilişkileri açısından bir temel teşkil eder. Evlilik akdi uyarınca, karşıt cinsiyetten olan iki kişi sağlam ve sürekli bir karı kocalık ilişkisi içinde birlikte yaşayacaklarına, çocuk sahibi olacaklarına ve onları büyüteceklerine ve birbirlerine destek olacaklarına dair hukuki niyetlerini ilan ederler.”

Bu hüküm 1 Ocak 1812 tarihindeki yürürlüğünden bu yana değişmemiştir.

2. Kayıtlı Birliktelik Yasası

16. Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın amacı eşcinsel çiftlere hukuken tanınmaları için resmi bir mekanizma sağlamak ve onların ilişkilerinin hukuken mevcut olmasını sağlamaktır. Söz konusu yasanın kabulü sırasında, yasa koyucu Avrupa Devletlerindeki ilgili gelişmelere özel bir önem vermiştir (bakınız Kanun Tasarısı üzerine açıklayıcı rapor, 485 der Beilagen XXIV GP).

17. Kayıtlı Birliktelik Yasası, 1 Ocak 2010 tarihli Federal Hukuk Gazetesi'nin I. Bölüm 135/2009 nolu sayısında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Yasanın 2.kısım şöyledir:

“Bir kayıtlı birliktelik, aynı cinsiyetten iki kişi tarafından tesis edilebilir (kayıtlı eşler/partnerler). Dolayısıyla kayıtlı partnerler, karşılıklı haklar ve yükümlülükler ihtiva eden sürekli bir ilişkiye kendilerini vakfederler.”

18. Kayıtlı birlikteliğin tesisine dair kurallar, bu kuralların etkileri ve birlikteliğin feshi evliliğe ilişkin kurullarla benzer niteliktedir.

19. Kayıtlı birliktelik, daimi temelde bir “birlikte yaşamı” ihtiva eder ve fiil ehliyetine sahip ve 18 yaşını doldurmuş aynı cinsiyetten iki kişi arasında tesis edilebilir (bölüm 3). Kayıtlı bir birliktelik, yakın akrabayla veya hali hazırda evli olan bir kişiyle veya hali hazırda başka bir kişiyle arasında kayıtlı birliktelik ilişkisi olan kişiyle tesis edilemez (bölüm 5).

20. Evli çiftlerde olduğu gibi, kayıtlı eşlerin her bakımdan birlikte yaşamaları, ortak bir evi paylaşmaları, birbirlerine saygılı davranmaları ve birbirlerine yardım etmeleri beklenmektedir (bölüm 8(2) ve (3)). Eşler açısından ise, ev işlerinden sorumlu olan ve buna karşın herhangi bir geliri olmayan partner, diğer partneri günlük hukuki işlemlerde temsil etme yetkisine sahiptir (bölüm 10). Kayıtlı partnerler, bakım hususunda evli eşlerle aynı yükümlülüğe sahiptir (bölüm12).

21. Kayıtlı birlikteliğin fesih sebepleri evliliğin fesih sebepleri ve boşanma sebepleri ile aynıdır. Kayıtlı bir birlikteliğin feshi, partnerlerden birinin ölümü halinde gerçekleşecektir (bölüm 13). Birlikteliğin feshi, çeşitli nedenlere dayalı olarak verilecek bir yargı kararı ile de mümkündür: kayıtlı birliktelik kurmak amacının olmaması (bölüm 14), partnerlerden birisinin veya her ikisinin de kusurlu olması, uzlaşmaz farklılıklar nedeniyle birlikteliğin temelden sarsılması (bölüm 15).

22. Kayıtlı Birliktelik Yasası, mevcut mevzuat açısından bir dizi kapsamlı değişiklik getirerek kayıtlı partnerlere miras hukuku, iş ve sosyal güvenlik hukuku, mali hukuk, idari yargılama usul hukuku, kişisel verilerin korunması yasası, kamu hizmetlerine dair yasa, pasaport ve kayıt meseleleri ile yabancılar hukuku da dahil olmak üzere hukukun diğer alanlarında kayıtlı partnerlere evlilikteki eşlerle aynı statüyü sağlamaktadır

23. Hal böyle olmakla birlikte, sadece aynı cinsiyetten iki kişinin kayıtlı birliktelik tesis edebilmesi olgusu haricinde evlilik ve kayıtlı birliktelik arasındaki bazı farklılıklar varlıklarını halen devam ettirmektedir. Aşağıdaki farklılıklar, Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın kabulü öncesinde kamuoyunda tartışma konusu olmuştur; Evlilikler, Medeni Hal Meseleleri Bürosunda akdedilmekte iken kayıtlı birliktelikler

Bölge İdare Birimi huzurunda tesis edilmektedir. İsim tercihinin ilişkin kurallar, evli çiftlerinkinden ayrılmaktadır; Örneğin yasa, kayıtlı birliktelik tesis eden çift ortak bir isim seçtiğinde yasa bunu “son isim” olarak nitelerken evli bir çiftin ortak ismine “aile ismi” olarak atıfta bulunmaktadır. Buna karşın en büyük farklılıklar ebeveynlik haklarına dairedir: Evli çiftlerden farklı olarak kayıtlı partnerlere, evlat edinme veya diğer partnerin çocuğunun evlat edinilmesi olarak ifade edebileceğimiz üvey evlat edinme izni verilmemektedir (bölüm 8(4)). Suni döllenme de kapsam dışında tutulmuştur (bölüm 2 (1) Suni Üreme Yasası).

B. Karşılaştırmalı Hukuk

1. Avrupa Birliği Hukuku

24. 7 Aralık 2000 tarihinde imzalanan ve 1 Aralık 2006 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 9.maddesi şöyledir:

“Evlendirme ve aile kurma hakkı bu hakların kullanımını belirleyen ulusal yasalara uygun olarak garanti altına alınır.”

25. Şartın yorumunun ilgili kısmı şöyledir:

“Her ne kadar birkaç devlet eşcinsel çiftlerin evlendirme hakkını açık bir şekilde yasaklayan mevzuat ve kamu politikalarına sahip olsalar da modern eğilimler ve gelişmeler, eşcinsel çiftler açısından daha fazla açıklık ve kabullenme yönelimlidir. Hali hazırda eşcinsel ilişkiler, çok sınırlı olarak ve eşcinsel çiftlere evlilik imkanı vermeyecek şekilde, hukuk tarafından tanınmaktadır. Devletlerin çoğundaki ulusal mevzuat, birlikte yaşamayı isteyen eşlerin farklı cinsiyetlerden olmasını varsaymaktadır. Hal böyle olmakla birlikte Hollanda ve Belçika'nın da içinde bulunduğu birkaç ülkede aynı cinsiyetler arasındaki evlilikler hukuken tanınmaktadır. Diğer devletler örneğin İskandinav ülkeleri; mülkiyet paylaşım hakları, miras hakları gibi evliliğe ilişkin pek çok hükmün bu tür birlikteliklere de uygulanmasını ihtiva eden kayıtlı birliktelik yasasını kabul etmişlerdir. Aynı zamanda “kayıtlı partner” isminin, bu tür birlikteliklerin evlilikle karışmasını önlemek amacıyla kasten seçilmiş olduğunu ve kişisel ilişkilerin tanınmasına dair alternatif bir yöntem olarak kabul edildiğini belirtmek önemlidir. Sonuç olarak, bu yeni kurum sadece evlenemeyen çiftle-

re açık olup, eşcinsel birliktelikler evlilikle aynı konuma ve haklara sahip değildir (...).

Evliliğe ilişkin ulusal mevzuatların farklılığını dikkate almak amacıyla Şart'ın 9.maddesi ulusal mevzuata atıfta bulunmaktadır. Kaleme alınış şekline de görüleceği üzere madde diğer uluslararası enstrümanlara nazaran kapsam olarak daha geniştir. Diğer insan hakları enstrümanlarından farklı olarak açık bir şekilde "erkekler ve kadınlara" atıfta bulunmaması nedeniyle eşcinsel çiftlerin evlilik bağlamında tanınmasına herhangi bir engel bulunmadığı iddia edilebilir. Hal böyle olmakla birlikte ulusal mevzuata bu tür evlilikleri kolaylaştırmasına dair herhangi bir yükümlülük de bulunmamaktadır. Uluslararası mahkemeler ve komiteler, evlenme hakkının eşcinsel çiftleri içine alacak şekilde genişletilmesi hususunda bu güne kadar isteksiz kalmışlardır (...)"

26. İşbu dava bağlamında çok sayıda Yönerge konuyla ilgilidir:

Ailelerin tekrar birleşmesi hakkına dair 22 Eylül 2003 tarihli ve 2003/86/EC sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi, üye Devletlerin topraklarında yasal olarak ikamet eden üçüncü bir ülkenin vatandaşı olan kişilerin aileleri ile tekrar birleşmeleri hakkıyla ilgilidir.

Yönergenin "aile üyeleri" başlığını taşıyan 4.maddesi şöyledir:

"(3) Üye devletler, ekonomik desteğini aldığı kişi ile uzun zamandır düzenli bir ilişki yaşayan üçüncü ülke vatandaşının veya Madde 5(2)'ye uygun olarak kayıtlı bir birliktelikle sponsoruna bağlı olan üçüncü ülke vatandaşı olarak tarif edeceğimiz evlenmemiş partnerin, ülkeye girişini ve ikametini işbu Yönerge'ye uygun ve IV.Bölümde belirtilen koşullara tabi olmak şartıyla yasayla veya tüzükle düzenleyebilir. ..."

Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nin 29 Nisan 2004 gün 2004/38/EC sayılı Yönerge'si yurttaşların birleşme hakkı ve onların aile üyelerinin, üye Devletlerin sınırları içerisinde serbest seyahatleri ve ikametleri ile ilgilidir.

Yönerge'nin 2. maddesi aşağıdaki tanımu ihtiva eder:

"(2) 'Aile üyesi' :

(a) Eş

(b) *Sakin olunan üye Ülkenin konuyla ilgili mevzuatında belirtilen şartlara uygun olarak kayıtlı birlikteliği, evlilikle eşdeğer kabul etmesi durumunda; üye Ülkenin hukukuna uygun olarak bir Birlik vatandaşının kayıtlı birliktelik akdettiği kişi*

(c) *21 yaşının altında olup aynı soydan gelen fürular veya bakmakla yükümlü olduğu kişiler ve (b) de belirtilen eş veya partner*

(d) *Bakmakla yükümlü olduğu usulden akrabası veya bakmakla yükümlü olduğu kişiler ve (b) de belirtilen eş veya partner”*

2. Avrupa Konseyi Üye Ülkelerinde Konuyla İlgili Mevzuatın Durumu

27. Hali hazırda Belçika, Hollanda, Norveç, Portekiz, İspanya ve İsveç olmak üzere kırk yedi üye devletin altısı eşcinsel çiftlerin evlenmelerine imkan vermektedir.

28. Ek olarak, eşcinsel çiftlerin evlenmelerine müsaade etmemelerine karşın kabul etmiş oldukları yasal düzenlemeler ile eşcinsel çiftlerin ilişkilerini kaydettirmelerine müsaade eden on üç ülke bulunmaktadır: Andora, Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Macaristan, İzlanda, Lüksemburg, Slovenya, İsviçre ve Birleşik Krallık. Özetle on dokuz üye devlette; eşcinsel çiftler, ya evlenme ve yahut kayıtlı birliktelik akdetme imkanına sahiptirler (bakınız ayrıca *Burden / İngiltere* (BD) no.13378/05, paragraf 26, AIHM 2008).

29. İrlanda ve Lihtenştayn'da eşcinsel evliliklere bir tür kayıtlı birliktelik akdetme imkanı vermeyi amaçlayan çalışmalar hali hazırda yapılmakta ve planlanmaktadır. Ek olarak Hırvatistan, eşcinsel çiftlerin birlikte yaşamalarını kabul eden, buna karşın çiftlere kayıt imkanı vermeyen, sınırlı hükümler içeren Eşcinsel Medeni Birlikteliklerine Dair Yasa'yı kabul etmiştir.

30. Mahkeme'nin ulaşabildiği bilgiye göre ilgili devletlerin büyük çoğunluğu söz konusu yasal düzenlemeyi geçen on yıl içinde kabul etmişlerdir.

31. Kayıtlı birlikteliğin yasal sonuçları, çoğunlukla evliliğe eşdeğer olmak ile sınırlı haklar tanınmak arasında değişmektedir. Kayıtlı birlikteliğin yasal sonuçları arasında üç temel kategori öne çıkmaktadır: maddi sonuçlar, ebeveynlik sonuçları ve diğer sonuçlar.

32. Maddi sonuçlar, kayıtlı birlikteliğin vergi, sağlık sigortası, sosyal güvenlik ödemeleri ve emekli maaşları üzerindeki etkilerini konu almaktadır. İlgili devletlerin pek çoğunda partnerler, evliliğe benzer bir statüye sahip olmaktadır. Bu durum, ayrıca müşterek mülkiyet ve borç, ayrılık durumunda nafakanın uygulanmasına dair kurallar, partnerin kaza sonucu ölümü halinde tazminat hakkı ve miras hakkı gibi diğer maddi sonuçlara da uygulanmaktadır.

33. Mesele ebeveynlik sonuçlarına geldiğinde, kayıtlı partnerlerin tıbbi destekle döllenme operasyonu olanağı veya evlat edinmesi hususları ülkeden ülkeye hatırı sayılır ölçüde değişmektedir.

34. Diğer sonuçlar, partnerin soy ismini kullanma, yabancı partnerin ikamet izni ve vatandaşlık durumuna etkisi, tanıklıktan çekinme hakkı, tıbbi konulardaki 1.derece akraba statüsü, partnerin ölümü halinde devam eden kiracılık sıfatı ve hukuka uygun organ bağışları konularını içine almaktadır.

HUKUK

I. HÜKÜMETİN BAŞVURUNUN KAYITTAN DÜŞÜRÜLMESİNE YÖNELİK TALEBİ

35. Hükümet sözlü savunmalarında Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın eşcinsel çiftlere, karşıt cinsiyetler arasında akdedilen evliliğin sağlamış olduğu hukuki statüyü temin etmiş olduğunu iddia etmiştir. Hükümet meselenin çözüme kavuşturulmuş olarak telakki edilebileceğini ve bu nedenle de başvurunun Mahkeme listesinden çıkarılmasının hakkaniyete uygun olacağını iddia etmiştir. Hükümet konuyla ilgili olması nedeniyle Sözleşme'nin aşağıda aktarılan madde 37/1 hükmüne dayanmıştır:

"1. Yargılamanın herhangi bir aşamasında, Mahkeme, aşağıdaki sonuçlara varılması halinde başvurunun kayıttan düşürülmesine karar verebilir.

.....

b) Sorun çözümlenmişse veya;

Ancak işbu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan insan haklarına riayet gerektiriyorsa, Mahkeme başvurunun incelenmesine devam eder."

36. Mahkeme, Sözleşme m.37/1-b hükmünün işbu davaya uygulanabileceği sonucuna ulaşması için iki soruya yanıt vermek zorundadır: Mahkeme ilk olarak, başvuru tarafından doğrudan şikayet edilen durumların halen mevcut olup olmadığını, ikinci olarak da muhtemelen bu durumlar nedeniyle meydana gelmiş olan bir Sözleşme ihlali sonuçlarının telafi edilip edilmediğini sormak zorundadır (bkz *Shevanova / Letonya* (kayıttan düşürme) [BD], no.58822/00, paragraf 45, 7 Aralık 2007).

37. Mahkeme, başvuru sahiplerinin şikayetlerinin esasının eşcinsel bir çift olarak evlenme imkanından yoksun kalmaları olduğunu gözlemlemektedir. Bu durum Kayıtlı Birliktelik Yasasının yürürlüğünden sonra da halen mevcuttur. Hükümet'in bizzat işaret ettiği üzere, adı geçen yasa eşcinsel çiftlere, evliliğe benzer veya karşılaştırılabilir bir statü sağlamakla birlikte, onlara sadece farklı cinsiyetlerden kişilere münhasır olan evlilik akdetme imkanını vermemektedir.

38. Mahkeme davanın kayıttan düşürülmesine ilişkin şartların meydana gelmemiş olduğu sonucuna ulaşır ve bu nedenle de Hükümet'in talebini reddeder.

II. SÖZLEŞMENİN 12. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

39. Başvuru sahipleri, resmi makamların evlilik akdetme taleplerini reddetmeleri nedeniyle aşağıda aktarılan Sözleşme'nin 12. maddesinin ihlal edildiği yakınmasında bulunmuşlardır:

"Evlilik çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir."

Hükümet bu iddiayı reddetmiştir.

A. İncelenebilirlik (Kabul Edilebilirlik)

40. Mahkeme, her ikisi de erkek olan ve evlenme hakları olduğunu iddia eden başvurucuların yakınmasının 12. maddenin kapsamı içine girip girmediği meselesinin Hükümetçe ortaya konulduğunu gözlemlemektedir. Hal böyle olmakla birlikte Hükümet meselenin *ratione materiae* (konu bakımından) ile bağdaşmaz olması nedeniyle yakınmanın incelenemez (kabul edilemez) olduğu yollu bir iddia ileri sürmemiştir. Mahkeme, meselenin kafi derecede karmaşık olması nedeniyle incelenebilirlik aşamasında çözümlenebilir olmadığı hususunda hem fikirdir.

41. Mahkeme, tarafların savunmaları ışığında şikayetin Sözleşme kapsamında ciddi bir takım olaylar ve hukuki meseleler ihtiva ettiği ve çözümlenmesi açısından da davanın esas incelemesinin gerekli olduğu kanaatinde. Bu nedenle Mahkeme, şikayetin Sözleşme m. 35/3 bağlamında açıkça temelden yoksun olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Başvurunun incelenemez ilan edilmesine neden olabilecek başka herhangi bir neden de tespit edilmemiştir.

B. Esas

1. Tarafların Savunmaları

42. Hükümet, Mahkeme'nin içtihatlarını dikkate alan ve başvurucuların herhangi bir Sözleşme hakkının ihlal edilmediğini tespit eden Anayasa Mahkemesi'nin kararına atıfta bulunmaktadır.

43. Mahkeme huzurundaki sözlü sunumlarında Hükümet, gerek 12. maddenin açık lafzının gerekse Mahkeme içtihatlarının, evlenme hakkının evliliğin doğası gereği farklı cinsiyetten olan çiftlerle sınırlı olduğunu hüküm altına aldığı iddia etmiştir. Hükümet, evlilik kurumunda Sözleşme'nin kabulünden bu yana önemli sosyal değişimler meydana gelse de eşcinsel çiftlere evlenme hakkının tanınması hususunda bir Avrupa konsensüsünün olmadığını ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 9. maddesinden de böylesi bir hakkın çıkarılamayacağını iddia etmiştir. Lafızlarındaki farklılığa rağmen Şart'ın 9. maddesi eşcinsel evliliği açısından ulusal mevzuata atıfta bulunmaktadır.

44. Başvurucular, günümüz toplumundaki evlilikte, üreme ve çocukların eğitiminin belirleyici unsur olma özelliğini yitirdiğini, evliliğin, iki kişinin yaşamlarının tüm yönlerini içine alan bir birlik olduğunu iddia etmişlerdir. Evlilik kurumunun hatırı sayılır bir değişikliğe uğramış olması nedeniyle eşcinsel çiftlere evlilik hakkının reddi açısından herhangi bir gerekçe artık bulunmamaktadır. 12. maddenin yalnızca kadın ve erkeğin karşıt cinsiyetten birisi ile evlenme hakkına sahip olacağı şeklinde okunmasında bir zaruret bulunmamaktadır. Ayrıca başvurucular 12. madde’de “konuyla ilgili ulusal mevzuata” atıfta bulunulmasının devletlere evlenme hakkı hususunda sınırsız bir takdir marjı verildiği anlamına gelmeyeceği kanaatindedirler.

2. Katılanların Sunumları

45. Birleşik Krallık Hükümeti, Mahkeme içtihatlarına göre Sözleşme’nin 12. maddesinin “*karşıt biyolojik cinsiyette olan kişiler arasındaki geleneksel evlilik*” olarak anlaşıldığı kanaatindedir (bkz. *Sheffield ve Horsham / Birleşik Krallık*, 30 Temmuz 1998, paragraf 66, *Kararlar ve İncelenbilirlik Hakkındaki Kararlara Dair Raporlar 1998 –V*). Hükümete göre bu yaklaşımdan ayrılmayı gerektiren herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır.

Mahkeme, günün koşulları çerçevesinde yorumlanması zorunlu olan Sözleşme’nin yaşayan bir enstrüman olduğunu sıklıkla belirtmiş ve dolayısıyla da standartlar açısından üye devletler arasında bir uyum olması durumunda, içtihatlarını geliştirmek amacıyla bu yaklaşıma başvurmuştur. Örneğin *Christine Goodwin / Birleşik Krallık* [BD] (no.28957/95, AIHM 2002-VI) kararında Mahkeme, sözleşen devletlerin çoğunluğunun bu tür evliliklere izin verdiğini dikkate alarak, bir kişinin geçirmiş olduğu operasyon sonrasında edindiği cinsiyetten olmayan bir kişi ile evlenmesi hususundaki pozisyonunu gözden geçirmiştir. Buna karşıt olarak eşcinsel evlilikler hususunda herhangi bir standartlar uyumu mevcut değildir. Davaya katılan (Birleşik Krallık) Hükümetin görüşlerini Mahkeme’ye sunduğu sırada sadece üç üye devlet eşcinsel evliliğine müsaade etmekte, ikisinde ise bu amaca ma-

tuf olmak üzere iki teklif üzerinde çalışılmaktadır. Eşcinsel evliliği sosyal, siyasal ve dinsel tartışmaları ihtiva eden hassas bir meseledir. Konuyla ilgili bir konsensüsün olmaması nedeniyle, Devlet hatırı sayılır genişlikte bir takdir yetkisine sahiptir.

46. Dört sivil toplum kuruluşu, Mahkeme'ye, bu fırsatı kullanarak evliliği, eşcinsel çiftlerin de tesis edebileceği şekilde genişletmesi çağrısı yapmıştır. Karşıt cinsiyetten olanların evlenebilmelerine rağmen aynı cinsiyetten olanların evlenememeleri, cinsiyete dayanan farklı bir muamele varlığına dalalet eder. Başvurucular, *Karner / Avusturya* (no. 40016/98, § 37, AİHM 2003-IX), kararına atıfta bulunarak böylesi bir farklılığın ancak "bir takım özel sebeplerin bulunması" durumunda makul olabileceğini iddia etmişlerdir. Başvurucular, itirazlarında böylesi bir gerekçenin bulunmadığını belirtmişlerdir. Eşcinsel çiftlerin evlenme akdinden yoksun bırakılması, geleneksel anlamda evliliği veya aileyi korumaya hizmet etmeyeceği gibi eşcinsel çiftlere evlenme olanağının sağlanması da evliliğin geleneksel anlamdaki değerini düşürmeyecektir. Ayrıca evlilik kurumu hatırı sayılır bir değişikliğe uğramış ve Mahkeme'nin *Christine Goodwin* (yukarıda bahsedilen karar, paragraf 98) kararında hükmettiği üzere, çocuk yapılamaması evlenme hakkının ortadan kaldırılmasının bir gerekçesi olarak telakki edilemez. Dört sivil toplum kuruluşunun da kabul ettiği üzere *Christine Goodwin* ile işbu dava arasındaki fark Avrupa konsensüsünün durumunda yatmaktadır. Buna rağmen adı geçen dört sivil toplum kuruluşu, söz konusu farklı tutuma dair herhangi bir objektif ve haklı bir gerekçenin yokluğunda Avrupa konsensüsüne çok daha az bir değer atfedilmesi gerektiğini iddia etmişlerdir.

Dört sivil toplum kuruluşu son olarak Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin, Ontoryo ve Britanya Kolombiyası (Kanada)¹ Temyiz Mahkemesi'nin, Amerika Birleşik Devletleri eyaletlerinden California, Connecticut, Iowa ve Massachusetts Temyiz Mahkemeleri'nin eşcinsel çiftlerin evlenmelerine müsaade edilmemesinin ayrımcılık olduğuna hükmeden kararlarına atıfta bulunmuştur.

¹ Ontoryo ve İngiliz Kolombiyası, Kanada'nın eyaletleridir.

3. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

a. Genel Prensipler

47. Mahkeme'nin kökleşmiş içtihatlarına göre, 12. madde bir kadın ve erkeğin evlenme ve aile kurma hakkını garanti altına almaktadır. Bu hakkın kullanımı kişisel, soysal ve hukuki bir takım sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Evlenme hakkı "Yüksek Sözleşen Devletlerin ulusal hukuklarına tabidir". Hal böyle olsa da ulusal mevzuatla getirilecek sınırlandırmalar, söz konusu hakkın özüne zarar verecek şekil ve yahut kapsamda olamaz (bakınız *B. ve L./ Birleşik Krallık*, no. 36536/02, paragraf 34, 13 Eylül 2005, ve *F. / İsviçre*, 18 Aralık 1987, § 32, Dizin A no. 128).

48. Mahkeme, ilk olarak aynı cinsiyetten olan iki kişinin evlenme hakkına sahip olup olamayacaklarını iddia ettiği bir davayı şu ana kadar inceleme fırsatına sahip olmamıştır. Hal böyle olmakla birlikte Mahkeme'nin transseksüellerle alakalı içtihatlarından bazı prensipler çıkarılabilir.

49. Çok sayıda davada operasyon geçirmiş olan transseksüellerin, operasyon sonrasında edinmiş oldukları cinsiyetin karşıtı cinsiyete sahip birisiyle evlenmelerine müsaade edilmemesi durumunun 12. maddeyi ihlal edip etmediği meselesi öne çıkmıştır. Önceki içtihatlarında Mahkeme, 12. maddenin temelini teşkil eden geleneksel evlilik kavramına bağlılığın, evlilik kavramı bağlamında bir kişinin cinsiyetinin tespitinde sözleşen devletin biyolojik ölçütü temel almasının yeterli bir gerekçe olduğunu kabul etmiştir. Sonuç olarak bu mesele sözleşen devletin evlenme hakkının kullanımını ulusal hukukla düzenleme yetkisi dahilindeki bir mesele olarak telakki edilmiştir (bkz. *Sheffield ve Horsham*, yukarıda değinilen, paragraf 67; *Cossey / Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1990, paragraf 46, Dizin A no. 184; bakınız ayrıca *Rees / Birleşik Krallık*, 17 Ekim 1986, paragraf 49-50, Dizin A no. 106).

50. *Christine Goodwin* (yukarıda bahsedilen, §§ 100-104) davasında Mahkeme bu içtihattan ayrılmıştır: Mahkeme 12. madde tarafından bir erkek ve kadının evlenme hakkına atfen kullanılan kavramların cinsiyeti salt biyolojik ölçüt kullanarak tespit eden kavramlar olarak anlaşılmasının artık zorunlu olmadığına hükmetmiştir. Böylece, Mahkeme, Sözleşme'nin kabulünden bu yana evlilik kurumu bağlamında te-

mel sosyal değişiklikler meydana geldiğini belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, Sözleşme'nin 12. maddesinin lafzından ayrılan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 9. maddesine göndermede bulunmuştur. Son olarak Mahkeme edinmiş oldukları cinsiyetleri ile transseksüellerin evlenmeleri hususunda geniş çaplı bir kabulün olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, operasyon geçirmiş bir transseksüelin edinmiş olduğu yeni cinsiyetinde evlenme imkanından yoksun bırakılmasının Sözleşme'nin 12. maddesini ihlal ettiğini tespit etmiştir.

51. Sonraki iki dava da işbu dava ile ilgilidir: *Parry / Birleşik Krallık* (incelenebilirlik hakkında karar), no. 42971/05, AİHM 2006-XV, ve *R. ve F. / Birleşik Krallık* (incelenebilirlik hakkında karar), no. 35748/05, 28 Kasım 2006). Her iki davada da başvuru birisi kadın diğeri de geçirmiş olduğu operasyon sonrasında kadınsı erkek olan evli bir çifttir. Başvurucular, diğerleri arasında, Sözleşme'nin 12. maddesi altında ikinci başvuru kişinin cinsiyet değişikliğinin tam ve hukuki olarak tanınmasına dair başvuru yapmayı istemesi durumunda evliliklerini sonlandırmaya mecbur bırakılacakları yakınmasında bulunmuşlardır. Mahkeme bu yakınmayı, mesnetsiz olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Mahkeme ulusal mevzuatın, cinsiyetin doğumla veya cinsiyetin tanınması prosedürüyle kazanılıp kazanılmadığına bakılmaksızın sadece karşıt cinsiyetten kişiler arasında yapılacak evliliğe müsaade ettiğini buna karşın eşcinsel evliliklere müsaade etmediğini belirtmiştir. Benzer şekilde 12. madde geleneksel evlilik kavramını bir erkek ve bir kadın arasındaki birliktelik olarak korumaktadır. Mahkeme çok sayıda Sözleşen Devletin evliliği, eşcinselleri içine alacak şekilde genişlettiğini kabul etmiş ise de bu yaklaşımın o ülkelerin toplumlarındaki evliliğin rolünü yansıttığını söylemeye devam etmiş ve 1950 tarihli Sözleşme'ye, bizzat sözleşen devletlerce dahil edilen adı geçen temel haktan herhangi bir yorumun çıkmadığını belirtmiştir. Mahkeme, önceden mevcut olan evliliklerde cinsiyet değişikliğinin sonuçlarını ne şekilde düzenleneceğinin devletlerin takdiri dahilinde olduğu sonucuna ulaşmıştır. Buna ek olarak Mahkeme transseksüel eşin cinsiyetinin hukuken tanınması amacıyla çiftlerin boşanmayı tercih etmeleri durumunda başvuru kişilerin medeni birliktelik kurma imkanına sahip olabileceklerini bunun da şikayet edilen cinsiyetin tanınması rejiminin oranlılığını güçlendireceğini belirtmiştir.

b. İşbu Davadaki Uygulama

52. Mahkeme 12.maddenin evlenme hakkını sadece kadın ve erkeklere bahsettiğini belirtmektedir. Fransızca versiyonu şöyledir: « *l'homme et la femme ont le droit de se marier* ». Ayrıca 12.madde aile kurma hakkını da ihtiva eder.

53. Başvurucular maddenin lafzının, salt bir erkeğin sadece bir kadınla veya bir kadının sadece bir erkekle evlenebileceği şeklinde bir anlamı ihtiva etmediğini belirtmişlerdir. Mahkeme, izole bir şekilde bakıldığında 12. maddenin lafzının iki erkek veya iki kadın arasındaki evliliği dışarıda bırakmayacak şekilde yorumlanabileceğini gözlemlemektedir. Hal böyle olmakla birlikte, diğer Sözleşme maddeleri ihtiva ettikleri hak ve özgürlükleri “herkese” bahsetmekte veya “hiç kimenin” bazı yasaklı muamele türlerine tabi tutulamayacağını ifade etmektedir. 12. maddede tercih edilen lafzın maksatlı olduğunun kabulü zorunludur. Dahası Sözleşme’nin kabulü zamanındaki tarihi bağlamın da dikkate alınması zorunludur. 1950’lerde evlilik açık bir şekilde geleneksel anlamda farklı cinsiyetler arasındaki eşlerin birlikteliği olarak anlaşılmaktadır.

54. Evlenme hakkıyla aile kurma arasındaki ilişki bağlamında Mahkeme, bir çiftin çocuk düşünmemesi veya çocuğa ebeveynlik edememesinin bizatihi evlenme hakkını ortadan kaldırmayacağına hükmetmiştir (*Christine Goodwin*, yukarıda değinilen, paragraf 98). Hal böyle olmakla birlikte bu tespit eşcinsel evlilikler hususunda herhangi bir sonuca varılmasına müsaade etmez.

55. Her halükarda başvurucular sadece 12. maddenin metinsel yorumuna dayanmamışlardır. Başvurucular temelde Sözleşme’nin yasayan bir enstrüman olduğunu ve günümüz şartlarında yorumlanması gerektiğini ifade eden Mahkeme içtihatlarına da dayanmışlardır (bkz. *E.B./ Fransa* [BD], no. 43546/02, paragraf 92, AİHM 2008-... ve *Christine Goodwin*, yukarıda değinilen, paragraflar 74-75). Başvurucular itirazlarında 12. maddenin günümüz koşullarında eşcinsel çiftlerin evlenmelerine müsaade edecek şekilde, bir diğer ifadeyle üye devletleri ulusal mevzuatlarında böylesi bir olanağı kabule zorlayacak şekilde okunmasının gerekli olduğunu iddia etmişlerdir.

56. Mahkeme başvuruçuların savlarından ikna olmamıştır. Her ne kadar *Christine Goodwin* kararında evlilik kurumunun Sözleşme'nin kabulünden bu yana temel bir takım sosyal değişikliklere maruz kaldığını belirtmiş olsa da Mahkeme eşcinsel evlilikler hususunda bir Avrupa mutabakatının mevcut olmadığı kanaatinde. Hali hazırda 47 sözleşen devletten sadece 6'si eşcinsel evliliklere müsaade etmektedir (bakınız yukarıda paragraf.27).

57. Davalı Hükümet ve katılan Hükümet'in doğru şekilde ortaya koyduğu üzere işbu davanın *Christine Goodwin*'den ayırt edilmesi zorunludur. Söz konusu o davada (bkz. yukarıda değinilen paragraf 103) Mahkeme transseksüellerin edinmiş oldukları cinsiyette yapacakları evlilik hususunda bir standartlar birliği olduğunu tespit etmiştir. Dahası *Christine Goodwin*, şayet cinsiyetin salt biyolojik ölçüt temel alınarak değil de eşlerden birisinin cinsiyet değiştirmesinin de dahil olduğu diğer faktörler hesaba katılarak tanımlanması durumunda, farklı cinsiyetlerden olan eşler arasındaki evlilikle ilgilidir.

58. Sözleşme'nin 12. maddesi ile Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 9. maddesi arasındaki karşılaştırmaya dönersek Mahkeme halihazırda Şart'ın kasden erkeklere ve kadınlara yapılan göndermeyi terk ettiğini belirtmektedir (bakınız *Christine Goodwin*, yukarıda bahsedilen paragraf.100). Aralık 2009'da bağlayıcı hale gelen Şart'ın ilgili gerekçesi 9. maddenin diğer insan hakları enstrümanlarındaki karşılığın dan kapsam bağlamında daha geniş olmayı amaçladığını doğrulamaktadır (bakınız yukarıda paragraf.25). Aynı zamanda ulusal mevzuata yapılan atıf, eşcinsel evliliklere izin verme ile bu tür evlilikleri açık bir şekilde yasaklama arasında değişen hükümler içeren ulusal düzenlemelerin farklılığını yansıtmaktadır. Şart'ın 9.maddesi ulusal mevzuata gönderme de bulunarak eşcinsel evliliklere izin verip vermeme kararını Devletlere bırakmaktadır. Madde gerekçesinin bir başka şekilde ki ifadesiyle "...Evlilik bağlamında eşcinsel ilişkilerin tanınması açısından herhangi bir engelin olmadığı iddia edilebilir. Buna karşın ulusal mevzuatın bu tür evlilikleri kolaylaştırması gerektiği hususunda açık bir gereklilikte bulunmamaktadır."

59. Şart'ın 9. maddesinin dikkate alınması zorunludur. Bu nedenle Mahkeme, 12. madde tarafından garanti altına alınan evlenme hakkını, her halükarda karşıt cinsiyetten kişiler arasında tesis edilecek ev-

lilikle sınırlandırılmasının zorunlu olduğu şeklinde değerlendirmeyecektir. Sonuç olarak 12. maddenin başvuruçuların yakınmalarına uygulanamayacağı söylenemez. Hal böyle olmakla birlikte eşcinsel evliliklere izin verilip verilmemesi meselesi sözleşen devletlerin ulusal hukuklarınca düzenlenecek mevzuata bırakılmıştır.

60. Bu bağlamda Mahkeme, evliliğin bir toplumdan diğerine hatırı sayılır şekilde değişebilen derin sosyal ve kültürel çağrışımlara sahip olduğunu gözlemlemektedir. Mahkeme, toplumun ihtiyaçlarını değerlendirme ve bunlara cevap verme açısından en iyi şekilde konumlanmış olan ulusal makamların kararları yerine kendi kararını vermek hususunda acele edemez (bkz. *B. ve L. / Birleşik Krallık*, yukarıda bahsedilen paragraf.36).

61. Sonuç olarak, Mahkeme Sözleşme'nin 12. maddesi'nin davalı Hükümet üzerinde başvuruçular gibi bir eşcinsel çiftin evlenmesine izin verme yükümlülüğü yüklemeyeceğini tespit eder.

62. Sonuç olarak Sözleşme'nin 12. maddesi ihlal edilmemiştir.

III. SÖZLEŞME'NİN 14. MADDESİNİN 8. MADDE İLE BAĞLANTILI OLARAK İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

63. Başvuruçular evlenme hakkından yoksun bırakılmış olmaları ve Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın yürürlüğe girmesi öncesinde ilişkilerinin hukuksal olarak tanınması olanağına sahip olmamaları nedeniyle Sözleşme'nin 8.maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesi altında cinsel yönelimleri gerekçesiyle ayrımcılığa maruz kaldıkları yakınmasında bulunmuşlardır.

Sözleşme'nin 8. maddesi şöyledir:

"1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir."

"2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir."

Sözleşme'nin 14. maddesi şöyledir:

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

A. İncelenebilirlik (Kabul Edilebilirlik)

1. İç hukuk yollarının tüketilmesi

64. Hükümet yazılı sunumlarında, başvuruçuların ulusal makamlar önünde salt evlenmelerinin mümkün olmaması hususunda yakınlarda bulunmuş olduklarını belirtmiştir. Hükümete göre başvuruçuların Mahkemeye sunmuş oldukları başvurularında, ilişkilerinin hukuken olarak tanınmasına dair herhangi bir alternatifin olmadığı meselesi türünden doğrudan veya dolaylı olarak ileri sürülmüş olan tüm diğer hususlar, iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle incelenemez (kabul edilemez) olarak ilan edilmelidir. Buna karşın Hükümet, işbu iddiasını Mahkeme huzurundaki sözlü savunmalarında yinelememiştir. Hükümet aksine, kayıtlı birliktelik meselesinin işbu başvuru bağlamında işin özü olarak telakki edilebileceğini ifade etmiştir.

65. Başvuruçular özellikle eşcinsel bir çift olarak ayrımcılığa maruz kalmalarının yakınmalarının bir parçasını oluşturduğunu ve ayrıca anayasal şikayetlerin de 8. madde ile bağlantılı olarak 14. madde altında ilgili Mahkeme içtihatlarına dayanmış olduklarını belirtmişlerdir.

66. Mahkeme Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrasının, Strazburg'da sonradan yapılması amaçlanan yakınmaların en azından özü itibarıyla ve ulusal hukukta belirtilen süre ve usul kurallarına uyularak, doğru iç hukuk makamları nezdinde önceden dile getirilmiş olmasını gerektirdiğini yineler (bkz. *Akdvoar ve Diğerleri / Türkiye*, 16 Eylül 1996, paragraf 66, *Kararlar ve İncelenebilirlik Hakkındaki Kararlara Dair Raporlar* 1996-IV).

67. İşbu başvuruda, ulusal yargılama resmi makamların başvuruçuların evlenmelerine izin vermemeleri ile ilgilidir. Söz konusu zaman zarfında bir kayıtlı birliktelik tesis etmenin mümkün olamaması nede-

niyle başvuruçuların, evliliklerini gerçekleştirilmeye çalışmak istisnası dışında, birlikteliklerinin hukuksal olarak tanınması meselesini ne şekilde ortaya koyabileceklerini öngörmek güçtür. Sonuç olarak, başvuruçuların anayasal şikayetleri ayrıca evlenme imkanının yokluğu üstünde de odaklanmıştır. Bununla birlikte başvuruçular ayrıca, en azından özde, ilişkilerinin başka herhangi bir şekilde hukuk tarafından tanınabilmesine dair herhangi bir yolun mevcut olmadığı yakınmasında bulunmuşlardır. Buna karşın Anayasa Mahkemesi meseleyi ele alma imkanına sahip olmuş ve gerçekten de bazı hakları evli çiftlerle özgülerek hukukun hangi alanlarının eşcinselleri ayrımcılığa tabi tuttuğunu incelemenin yasa koyucuya ait olduğunu kısaca ifade etmiştir. Bu koşullar altında Mahkeme başvuruçuların ulusal hukuk yollarını tüketme yükümlülüğüne uygun davrandıkları hususunda tatmin olmuştur.

68. Her halükarda Mahkeme, alternatif hukuki tanıma meselesinin, işbu davanın özünü teşkil eden bir mesele olarak telakki edilmesi zorunlu olan evlenme imkanının yokluğu meselesiyle yakından ilişkili olduğu hususunda Hükümetle hem fikirdir.

69. Sonuç olarak, Mahkeme başvuruçuların 8.maddeyle bağlantılı olarak 14. madde altında ileri sürdükleri yakınmaları açısından iç hukuk yollarını tüketmemiş olduklarına dair Hükümet itirazını reddeder.

2. Başvuruçuların Mağdurluk Statüsü

70. Hükümet, Mahkeme huzurundaki sözlü sunumlarında ayrıca başvuruçuların Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın yürürlüğünü takiben hala ileri sürmüş oldukları ihlalin mağduru olduklarını iddia edip edemeyecekleri meselesini gündeme getirmiştir.

71. Mahkeme, bir başvuruçunun mağdurluk statüsünün, o başvuruçuya Mahkeme önünde yakındığı olaylar temelinde ulusal düzeyde ödenen tazminata veya ulusal makamlarca açık veya zımni bir şekilde bir Sözleşme ihlalini kabul edip etmemelerine bağlı olabileceğini belirtmiştir. Sadece bu iki şartın gereğinin yerine getirilmesi durumunda Sözleşmenin ikincilik doğası bir başvurunun incelenmesine

engel olur (bakınız, örneğin, *Scordino /İtalya* (incelenebilirlik hakkında karar), no. 36813/97, AİHM 2003-IV).

72. İşbu davada Mahkeme, ikinci koşulun gereğinin yerine getirilmemiş olması nedeniyle, ilk koşulun gereğinin yerine getirilip getirilmediği hususunu incelemek zorunda değildir. Hükümet Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın Sözleşme kapsamında bir yükümlülüğün gereğini yerine getirmek amacıyla değil tutum tercihi çerçevesinde kabul edilmiş olduğunu açık bir şekilde ortaya koymuştur (bakınız aşağıda paragraf 80). Bu nedenle adı geçen bu yasanın kabulü başvuruçular tarafından iddia edilen Sözleşme ihlalinin kabulü olarak telakki edilemez. Sonuç olarak Mahkeme, Hükümetin başvuruçuların iddia ettikleri 8.maddeyle bağlantılı olarak 14.madde ihlalinin mağduru olduklarını ileri süremeyecekleri itirazını reddeder.

3. Sonuç

73. Mahkeme tarafların sunumları ışığında yakınmanın Sözleşme kapsamında ciddi hukuki ve maddi meseleler ortaya koyduğunu, bunların tespitinin de esasa dair bir incelemeyi gerektirdiğini hüküm altına almıştır. Mahkeme bu nedenle iş bu yakınmanın Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının anlamı çerçevesinde açık bir şekilde mesnetsiz olmadığına karar verir.

B. Esas

1. Tarafların Sunumları

74. Başvuruçular, yakınmalarının özünde eşcinsel bir çift olmaları nedeniyle ayrımcılığa maruz bırakılmış olduklarını belirtmiştir. Başvuruçular 14. maddenin 8. madde ile bağlantılı olarak uygulanabileceği hususunda Hükümet ile mutabık kalarak, cinsiyete dayalı farklılıklarda olduğu gibi cinsel yönelime dayanan farklılıkların kabulü ve haklılığı açısından özel bir takım ciddi gerekçelerin varlığının gerekli olduğunu belirtmişlerdir. Başvuruçular itirazlarında evlenme imkanına sahip olamamaları açısından Hükümetin böylesi bir gerekçeyi ortaya koyamamış olduğunu iddia etmişlerdir.

75. Mahkeme'nin *Karner* kararını (yukarıda bahsedilen paragraf 40) takiben geleneksel ailenin korunması yeterince ciddi ve haklı bir gerekçedir. Buna karşın bu amaca ulaşılabilmesi için belirli bir farklılığın ayrıca zorunlu olduğunun açık bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Başvurucular, iddialarında eşcinsel çiftlerin evliliğin dışında bırakılmasının geleneksel ailenin korunması açısından zorunlu olduğu savını destekleyecek hiç bir gerekçenin ortaya konulmadığını iddia etmiştir.

76. Başvurucular sözlü sunumlarında Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın kabulüne tepki göstererek kayıtlı birliktelik ile evlilik arasındaki farkların hala ayrımcı olduğunu iddia etmişlerdir. Başvurucular özellikle Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın evliliğin aksine nişanlanmaya imkan vermediğini, kayıtlı birlikteliklerin Bölge İdare Birimi Medeni Durumlar Bürosunda akdedildiğini belirtmektedirler. Partnerin kusurlu eylem sonucu ölümü halinde tazminat talep etme hakkı bulunmamaktadır. "Ailelere" sağlanan bazı ödencelerin kayıtlı birlikteliklere ve partnerlerden birisinin aynı evde yaşayan çocuklarına sağlanıp sağlanmayacağı hususu açık değildir. Her ne kadar cinsel yönelime dayanan farklılıklar hatırı sayılır gerekçeleri gerektirse de Hükümet tarafından böylesi bir gerekçe ortaya konulmamıştır.

77. Hükümet, Sözleşme'nin 8.maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin konuya uygulanacağını kabul etmiştir. Bu güne kadar Mahkeme içtihatları homoseksüel ilişkileri "özel hayat" kavramı içinde ele almıştır. Buna karşın birlikte yaşayan eşcinsellerin ilişkilerinin "aile yaşamı" kavramı içine dahil edilmesi için makul gerekçeler bulunmaktadır.

78. 8. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin gereklerine uygunluk hususunda Hükümet, eşcinsel çiftlere evlilik dışında, ilişkilerinin hukuk tarafından tanınması olanağının verilir verilmeyeceği hususunun yasa koyucunun takdir yetkisinde olduğunu ifade etmiştir. Avusturya Yasama Meclisi, eşcinsel çiftlere böylesi bir imkanı sağlayacak bir tutum tercihi yapmıştır. 1 Ocak 2010 tarihinde yürürlüğe giren Kayıtlı Birliktelik Yasası uyarınca eşcinsel çiftler evliliğe çok benzer olan bir kayıtlı birlikteliği tesis edebilirler. Yeni yasa medeni hukuk, ceza hukuku, iş ve sosyal güvenlik hukuku, mali hukuk, idari yargılama usulü hukuku, bilgilerin korunması hukuku, kamu hizmet-

leri hukuku, pasaport ve kayıt meseleleri ile yabancılar hukuku gibi çok farklı alanları kapsamaktadır.

2. Üçüncü Tarafların (Katılanların) Sunumları

79. 8. maddenin uygulanabilirliği hususunda katılan Birleşik Krallık Hükümeti, her ne kadar Mahkeme içtihatları eşcinsel ilişkileri “*aile yaşamı*” kavramı içinde ele almamış olsa da, gelecekte bu ilişkilerin bu kavramın dışında bırakılmaması gerektiğini belirtmiştir. Hal böyle olmakla birlikte 14. maddeyle bağlantılı olarak 8.madde evlilik tesis etmeyi veya eşcinsel birlikteliklerin hukuksal olarak tanınması için alternatif usullerin yaratılmasını sağlayacak şekilde yorumlanmamalıdır.

80. Muameledeki işbu farklılığın haklılığı hususunda katılan Hükümet başvurucunun Mahkeme'nin (*Karner*) kararından çıkarımla ileri sürdüğü iddiaya itiraz etmiştir. Dayanılan davada Mahkeme, kira yasası uyarınca eşcinsel çiftlerin heteroseksüel çiftlere sağlanan korumanın dışında bırakılmasının geleneksel anlamda ailenin korunması meşru amacının temini açısından zorunlu olmadığını belirtmiştir. İşbu davadaki mesele farklıdır. Mesele evlenme veya başka bir şekilde hukuki tanınma imkanına sahip olunmasıdır. Eşcinsel ve karşıt cinsiyeteki çiftler arasındaki bu farklı muamelenin gerekçesi Sözleşme'nin 12. maddesi tarafından bizzat ortaya konulmuştur.

81. Son olarak müdahil Hükümet, Birleşik Krallık'ta Aralık 2005 tarihinde yürürlüğe giren 2004 tarihli Medeni Birliktelik Yasası'nın eşcinsel çiftler açısından bir kayıt sistemi getirdiğini belirtmiştir. Hal böyle olmakla birlikte adı geçen yasa, Sözleşme'nin bu tür bir olanağın sağlanmasına yönelik pozitif bir yükümlülük getirdiğini dikkate almadan, sosyal adalet ve eşitliği iyileştirmek amacıyla bir tutum tercihi olarak telakki edilmiştir. Hükümetin görüşüne göre bu yaklaşım Mahkeme'nin *Courten / Birleşik Krallık* (no.4479/06, 4 Kasım 2008) davasına ilişkin kararıyla da desteklenmiştir.

82. Dört sivil toplum kuruluşu Mahkeme'ye sundukları ortak değerlendirmelerinde Mahkeme'nin birlikte yaşayan partnerler arasındaki eşcinsel ilişkinin “*aile yaşamı*” kavramı içine girip girmediği meselesi hususunda bir hüküm tesis etmesinin gerekli olduğunu belirt-

mişlerdir. STK'lar, *Karner* kararında işbu sorunun cevapsız bırakıldığına dikkat çekmişlerdir (yukarıda bahsedilen, paragraf. 33). Müdahiller, eşcinsel çiftlerin aynı heteroseksüel çiftlerde olduğu gibi uzun süreli duygusal ve cinsel ilişkiyi ihtiva eden bir birlikteliği tesis edebileceklerinin şu an itibarıyla genel olarak kabul gördüğünü ve dolayısıyla da aynı heteroseksüel çiftlerde olduğu gibi ilişkilerinin hukuk tarafından tanınması ihtiyacı içerisinde olduklarını ileri sürmüşlerdir.

83. Mahkeme 12. maddenin sözleşen devletler açısından eşcinsel çiftlerin evlenmesine müsaade edilmesini gerektirdiği yolunda bir tespit yapmaması durumunda, 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. madde altında eşcinsel çiftlerin hukuki tanınmasına yönelik alternatif bir yönetim tesis edilmesi yükümlülüğünün mevcut olup olmadığı meselesine açıklık getirmelidir.

84. Sivil toplum kuruluşları aşağıdaki şekilde bu soruya yanıt vermişlerdir: İlk olarak, hak sahibi olmalarını sağlayacak her hangi bir alternatif yol sağlanmaksızın (örneğin hayatta kalan eşin ölen eşin maşını alma hakkı gibi) evliliğe bağlı olan bazı hak ve kolaylıklardan eşcinsel çiftlerin yoksun bırakılması dolaylı ayrımcılığa neden olacaktır (bakınız *Thlimmenos / Yunanistan* [BD], no.343/67, paragraf.44, AİHM 2000-IV). İkinci olarak müdahiller, başvurucuların *Karner* (yukarıda bahsedilen) kararına dayandırdıkları iddiaları ile mutabıktırlar. Üçüncü olarak müdahiller, Avrupa mutabakatının, evlilik tesis etme konusunda olmasa bile, hukuki tanımaya dair alternatif yolların sağlanması hususunda üye Devletlerin bir yükümlülük altında olduğu fikrine verilen desteğin arttığını belirtmektedirler. Şu ana kadar neredeyse devletlerin neredeyse %40'ı eşcinsel çiftlerin, evlilik veya başka alternatif bir isim altında ilişkilerinin kayıt altına alınmasına müsaade etmiştir (bakınız yukarıda paragraflar 27-28).

3. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

a. 8. Maddeyle Bağlantılı Olarak 14. Maddenin Uygulanabilirliği

85. Mahkeme cinsel yönelime dayanan ayrımcılık konusunda çok sayıda davayı ele almıştır. Bunlardan yetişkinler arasındaki homoseksüel ilişkilerin ceza kanununca yasaklanması (bkz. *Dudgeon / Birleşik*

Krallık, 22 Ekim 1981, Dizin A no. 45; *Norris / İrlanda*, 26 Ekim 1988, Dizin A no. 142; ve *Modinos / Kıbrıs*, 22 Nisan 1993, Dizin A no. 259) ve homoseksüellerin ordudan çıkarılması (bakınız *Smith ve Grady / Birleşik Krallık*, no. 33985/96 ve 33986/96, AİHM 1999-VI) konularını ihtiva edenler sadece 8.madde altında incelenmiştir. Diğerleri 8.madde ile bağlantılı olarak 14.madde altında incelenmiştir. Bunlar ceza kanununda homoseksüel ilişki açısından rıza yaşı farklılıkları (*L. ve V. / Avusturya*, no. 39392/98 ve 39829/98, AİHM 2003-I), ebeveynlik haklarının verilmesi (*Salgueiro da Silva Mouta / Portekiz*, no. 33290/96, AİHM 1999-IX), evlat edinme izni (*Fretté / Fransa*, no. 36515/97, AİHM 2002-I, ve yukarıda anılan *E.B. / Fransa*) ve ölen partnerin kiracılığına devam etme hakkı (yukarıda anılan) konularını ele alan kararlardır.

86. Görülmekte olan davada başvuruçular yakınmalarını 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. madde altında ileri sürmüşlerdir. Mahkeme bu yaklaşımın uygun olduğu düşüncesiyle, konuyu bu bağlamda ele alacaktır.

87. Mahkemenin tutarlı bir şekilde hükmettiği üzere, 14. madde Sözleşme ve Sözleşme Protokolleri'ndeki esasa dair diğer hakları tamamlamaktadır. Sadece bu hükümler tarafından korunan "*hak ve özgürlüklerin kullanılmasıyla*" bağlantılı olarak etki doğurması nedeniyle bağımsız bir mevcudiyeti bulunmamaktadır. Hal böyle olmakla birlikte 14.maddenin uygulanması adı geçen bu maddelerin ihlalini ön koşul olarak gerektirmez ve bu kapsamda da madde otonom bir özelliğe sahiptir. Buna karşın mesele konusu edilen olaylar adı geçen maddelerden bir veya birden fazlasının kapsamı içine girmediği sürece 14. maddeye başvurulmasının olanağı olmayacaktır (örneğin bakınız *E.B. / Fransa*, yukarıda bahsedilen, paragraf 47; *Karner*, yukarıda bahsedilen, paragraf 32; ve *Petrovic / Avusturya*, 27 Mart 1998, § 22, *Raporlar* 1998-II).

88. İşbu davada başvuruçular gibi bir eşcinsel çiftin ilişkilerinin Sözleşme'nin 8. maddesinin anlamı çerçevesinde "*özel hayat*" kavramı içine girdiği hususunda herhangi bir anlaşmazlık olmamıştır. Hal böyle olmakla birlikte Mahkeme tarafların yorumları ışığında, mesele'nin başvuruçuların ilişkilerinin ayrıca "*aile yaşamı*" teşkil edip etmediği açısından ele alınmasının uygun olacağını tespit eder.

89. Mahkeme farklı cinsiyetten olan çiftlere dair yerleşik içtihatlarını yinelemektedir. Mahkeme bu içtihatlarında evlilik kavramını bu madde bağlamında sadece evliliğe dayalı olan ilişkilerle sınırlandırmamış ve kavramın evli olmamalarına rağmen birlikte yaşayan kişiler arasındaki fiili aile bağlarını içine alabileceğini belirtmiştir. Böylesi bir ilişkiden doğan bir çocuk doğumdan itibaren bu ilişkiden doğmuş olması nedeniyle kendiliğinden “*aile*” birliğinin bir parçasıdır (bakınız *Elsholz / Almanya* [BD], no. 25735/94, paragraf 43, AİHM 2000-VIII; *Keegan / İrlanda*, 26 Mayıs 1994, § 44, Dizin A no. 290; ve ayrıca *Johnston ve Diğerleri / İrlanda*, 18 Aralık 1986, § 56, Dizin A no. 112).

90. Buna karşın Mahkeme içtihatları bir eşcinsel çift arasındaki duygusal ve cinsel ilişkinin sadece “özel hayat” teşkil edebileceğini kabul etmiş ve uzun süre birlikte yaşayan çiftlerin durumunda dahi bu birlikteliğin “*aile yaşamı*” teşkil ettiğine dair bir tespit bulunmamıştır. Bu sonuca ulaşırken Mahkeme, çok sayıda Avrupa devletinde homoseksüeller arasındaki düzenli fiili birlikteliklerin hukuki ve adli bakımdan tanınmasına dair artan bir eğilim olmasına rağmen ve sözleşen devletler arasındaki çok küçük bir ortak zeminin varlığını dikkate alarak, bu alanı halen ülkelerin geniş takdir yetkisine sahip olduğu bir alan olarak gözlemlemektedir (bkz. *Mata Estevez / İspanya* (incelenbilirlik hakkında karar) no.56501/00, AİHM 2001-VI). Eşcinsel bir çiftten hayatta kalanına, “*ev*” kavramı içine giren ölen partnerinin kiracılık haklarının intikalini konu alan *Karner* davasında Mahkeme bariz bir şekilde davanın aynı zamanda başvurusunun “özel hayat ve aile yaşamını” ilgilendirip ilgilendirmediği hususunu karara bağlamamıştır.

91. Mahkeme 2001 yılından, yani *Mata Estevez* davasında karar verilmesinden bu yana çok sayıda üye devlette eşcinsel çiftlere yönelik sosyal tutumlarda hızlı bir evrim olduğunu belirtmektedir. O tarihten bu yana hatırı sayılır sayıda Avrupa devleti eşcinsel çiftlerin hukuki tanınmasını kabul etmiştir (bakınız yukarıda paragraflar 27-30). Ayrıca bazı AB hukuku hükümleri ayrıca eşcinsel çiftlerin “*aile*” kavramına dahil edilmesi hususunda giderek artan bir eğilimi yansıtmaktadır (bkz. yukarıda paragraf.26).

92. Bu evrim açısından Mahkeme bir eşcinsel çiftin, heteroseksüel çiftin aksine, 8. madde çerçevesinde “*aile yaşamına*” sahip olamayacağı görüşünü sürdürmenin yapay olacağı kanaatinde. Sonuç olarak,

birlikte yaşayan ve düzenli fiili bir birlikteliğe sahip olan başvuru-
cuların ilişkisi, aynı durumdaki bir heteroseksüel çiftte olacağı gibi “aile
yaşamı” kavramı içine girmektedir.

93. Bu nedenle Mahkeme işbu davanın maddi vakıalarının 8.mad-
denin anlamı çerçevesinde “*özel hayat*” kavramı içine girdiği kadar
“*aile yaşamı*” kavramı içine de gireceği sonucuna ulaşmaktadır. Sonuç
olarak 8.madde ile bağlantılı olarak 14.madde uygulanır.

b. 8. madde ile bağlantılı olarak 14. maddeye uygunluk

94. Mahkeme, bir meselenin 14. madde altında ileri sürülebilme-
si için aynı durumda olan kişilere yapılan muamele açısından bir fark-
lılığın olması gerektiğini içtihatlarıyla ortaya koymuştur. Objektif ve
haklı bir gerekçenin mevcut olmaması, meşru bir amaç güdülmeme-
si veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmeye çalışılan amaç arasında
makul bir oranlılık ilişkisinin bulunmaması durumunda böylesi farklı
bir muamele ayrımcılık teşkil edecektir. Sözleşen Devletler diğer ben-
zer durumlardaki farklılıkların, farklı bir muameleyi haklılaştırıp hak-
lılaştırmadığının ve ne kapsamda haklılaştırdığının değerlendirilme-
sinde geniş bir takdir yetkisine sahiptirler (bakınız yukarıda bahsedilen
Burden paragraf.60).

95. Bir taraftan Mahkeme müteaddit defalar, tıpkı cinsiyete daya-
lı farklılıklarda olduğu gibi, cinsel yönelime dayalı farklılıkların mal-
kul gerekçelendirme yoluyla özel bir takım nedenler gerektirdiğine
hükmetmiştir (yukarıda bahsedilen *Karner* kararı paragraf.37, yukarı-
da bahsedilen *L ve V / Avusturya* kararı paragraf.45, ve yukarıda bahse-
dilen *Smith ve Grady* kararı paragraf.90). Diğer taraftan, meselenin eko-
nomik veya sosyal bir stratejiyi ilgilendirmesi durumunda genellikle
Devlete Sözleşme uyarınca geniş bir takdir yetkisi bahsedilmektedir
(bakınız örneğin, *Stec ve Diğerleri / Birleşik Krallık* [BD], no.65731/01,
paragraf.52, AİHM 2006-VI).

Takdir yetkisinin kapsamı koşullara, konuya ve arka plana göre
değişecektir. Bu bağlamda konuyla ilgili faktörlerden birisi, sözleşen
devletlerin hukukları arasında ortak bir dayanağın var olup olmayaca-
ğıdır.(bkz. yukarıda bahsedilen *Petrovic*, paragraf 38).

96. Her ne kadar taraflar, başvuruçuların büyük oranda heteroseksüel çiftlerle aynı durumda olup olmadığı meselesine açık bir şekilde değinmemiş olsalar da, Mahkeme eşcinsel çiftlerin tıpkı heteroseksüel çiftlerde olduğu gibi, düzenli bir ilişkiye sahip olma hususunda ehil oldukları noktasından başlayacaktır. Sonuç olarak başvuruçular ilişkilerinin hukuk tarafından tanınması ve korunması açısından heteroseksüel çiftlere oldukça benzer bir durumdadırlar.

97. Başvuruçular ilk olarak evlenmelerinin halen mümkün olması nedeniyle, ikinci olarak Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın yürürlüğe girmesine kadar ilişkilerinin tanınmasına dair alternatif bir yolun kendilerine sağlanmamış olması nedeniyle ayrımcılığa maruz bırakıldıklarını iddia etmişlerdir.

98. Her ne kadar başvuruçular 12. maddeye evlenme hakkına dair herhangi bir husus dahil edilmemiş olsa dahi adı geçen bu hakkın 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddeden çıkarılabileceğini ileri sürer gibi gözükseler de Mahkeme bu görüşü paylaşmamaktadır. Mahkeme Sözleşme'nin bir bütün olarak okunması gerektiğini, bu nedenle de Sözleşme maddelerinin birbiriyle harmoni içerisinde anlaşılmasının gerekli olduğunu yineler (bkz. yukarıda bahsedilen *Johnston ve diğerleri*, paragraf 57). Yukarıda ulaşılan Sözleşme'nin 12. maddesinin sözleşen devletler üzerinde eşcinsel çiftlerin evlenmelerine müsaade edilmesi yükümlülüğü yaratmayacağı yolundaki sonucu dikkate alındığında, 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. madde -ki bu madde daha geniş kapsam ve amaçlıdır- böylesi bir yükümlülük ihdas edecek şekilde yorumlanamaz.

99. Hukuki tanımının mevcut olmayışı olarak isimlendirilen başvuruçuların yakınmalarının ikinci ayağına dönüldüğünde, Mahkeme başvuruçuların işbu başvuruyu sunduklarında ilişkilerinin Avusturya hukuku uyarınca tanınmasını sağlamak üzere herhangi bir olanağa sahip olmadıklarını tespit etmiştir. Bu durum Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın yürürlüğe girdiği 1 Ocak 2010 tarihine kadar devam etmiştir.

100. Mahkeme bu bağlamda, bireysel başvurudan kaynaklanan bir başvuruda faaliyetini mümkün olduğunca önündeki somut davanın incelenmesiyle sınırlamak zorunda olduğunu yinelemektedir (bkz. *F./ İsviçre*, yukarıda bahsedilen, § 31). Şu anda bir kayıtlı birlikteliğin

tesisinin başvuruçular bakımından mümkün olmasına rağmen, eşcinsel çiftlerin hukuken tanınmasına dair herhangi bir yolun olmayışının, böylesi bir tanıma bugün itibarıyla elde edilmiş olsa bile, 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddeyi ihlal edip etmeyeceğine dair bir inceleme yapılması hususunda Mahkeme'ye herhangi bir talep sunulmamıştır.

101. İşbu davanın koşulları çerçevesinde incelenmek üzere geride kalan davalı devletin, başvuruçuların birlikteliğinin hukuki tanınması hakkındaki Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın yürürlüğünden önce alternatif bir yolu temin etmesinin gerekli olup olmadığıdır.

102. Mahkeme eşcinsel çiftlerin hukuken tanınmasına dair her geçen gün artan bir Avrupa mutabakatı konsensüsü olduğunu not etmeden geçemez. Dahası bu eğilim geçen on yıl içerisinde hızla yayılmıştır. Hal böyle olmakla birlikte eşcinsel çiftlere hukuki tanıma imkanı sağlayan devletler çoğunlukta değildir. Bu nedenle mesele konusu bu alanın, devletlerin yasal değişikliklerin zamanlaması açısından geniş bir takdir yetkisine de sahip olduğu hala kati bir mutabakatı içermeyen, evrilmekte olan haklardan birisi olarak telakki edilmesi gerekmektedir (bkz. *Courten*, yukarıda bahsedilen; bkz. ayrıca *M.W. / Birleşik Krallık* (incelenebilirlik hakkında karar), no. 11313/02, 23 Haziran 2009, her iki kararda Birleşik Krallık'taki Medeni Birliktelik Yasası ile ilgilidir).

103. 1 Ocak 2010 tarihinde yürürlüğe giren Avusturya Kayıtlı Birliktelik Yasası yukarıda bahsedilen evrimi açıkça tarif etmektedir ve bu nedenle de yeni yeni ortaya çıkmakta olan Avrupa mutabakatının bir parçasıdır. Buna karşın Avusturya Meclisi, Kayıtlı Birliktelik Yasası'nı daha önce kabul etmediği için kınanamaz (bkz. diğerleri arasında, *Petrovic*, yukarıda bahsedilen, paragraf.41).

104. Son olarak Mahkeme, başvuruçuların evlilik statüsünün sağladığı bazı farklılıklar ve kayıtlı birliktelik yasası nedeniyle hala ayrımcılığa maruz bırakıldıkları iddialarını inceleyecektir.

105. Mahkeme, Sözleşme'nin 12. maddesi ve ayrıca 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesi uyarınca devletlerin, eşcinsel çiftlerin evlenmelerini yasaklamada hala özgür olduklarına dair yukarıdaki tespitlerinden başlayacaktır. Hal böyle olmakla birlikte başvuruçular, bir devletin eşcinsel çiftler açısından alternatif bir hukuki tanıma imkanı sağlamayı tercih etmesi durumunda, bunun her yönden ve her alan-

da, her ne kadar farklı bir isim altında da olsa, evliliğe karşılık gelecek bir statüyü sağlayacak şekilde tesisinin zorunlu olduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkeme bu argüman hususunda ikna olmamıştır. Tam aksine Mahkeme, tanımaya dair alternatif yolların sağlayacağı kesin statü açısından devletlerin geniş bir takdir yetkisine sahip olacakları kanaatindedir.

106. Mahkeme, Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın başvuruçulara pek çok açıdan evlilikle eşdeğer veya evliliğe benzer bir hukuki statü edinme imkanı verdiğini gözlemektedir (bakınız paragraflar 18-23). Maddi sonuçlar açısından çok küçük bir takım farklılıklar olsa da, ebeveynlik hakları bağlamında hatırı sayılır farklılıklar hala mevcuttur. Hal böyle olmakla birlikte bu durum bütünsel olarak diğer üye devletlerdeki eğilime karşılık gelmektedir (bakınız yukarıda paragraflar 32-33). Dahası işbu davada adı geçen bu farklılıkların her birini incelemesi hususunda Mahkeme'den herhangi bir talepte bulunulmamıştır. Örneğin, başvuruçuların suni dölleme veya evlat edinme hususlarındaki yürürlükte kalan sınırlandırmalardan doğrudan etkilenmiş olduklarını ileri sürmemeleri nedeniyle Mahkeme, bu farklılıkların haklı olup olmadığını incelenmesi hususunda işbu davanın kapsamı ötesine gidecektir. Bütün olarak, Mahkeme davalı devletin kayıtlı birliktelik vasıtasıyla sağlanan hak ve yükümlülükler dair tercihinde takdir yetkisini aştığına dair her hangi bir ibare görmemektedir.

107. Sonuç olarak Mahkeme 8. maddeyle bağlantılı olarak bir 14.madde ihlalinin mevcut olmadığını tespit eder.

IV. 1 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 1. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

108. Başvuruçular, evli çiftlerle karşılaştıklarında mali alanda özellikle vergi hukuku bağlamında dezavantajlara sahip oldukları yakınmasında bulunmuşlardır. Başvuruçular aşağıda aktarılan 1 no.'lu Protokol'ün 1. maddesine dayanmaktadırlar.

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle-

le ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez. "

İncelenabilirlik (Kabul Edilebilirlik)

Hükümet yazılı sunumlarında başvuruçuların maruz kaldığı mali alandaki olası ayrımcılığa dair ileri sürmüş oldukları yakınmalarının iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle incelenemez (kabul edilemez) olarak ilan edilmesi gerektiğini iddia etmişlerdir. Hal böyle olmakla birlikte Hükümet, bu iddiasını Mahkeme huzurundaki duruşmada yinelememiştir.

109. Mahkeme başvuruçuların mali alanda özellikle de vergi hukuku alanındaki ayrımcılık meselesine, Anayasa Mahkemesi huzurunda ileri sürdükleri eşcinsel bir çift olarak evlenmelerine izin verilmemesi nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldıkları şeklinde özetlenebilecek esas yakınmalarını tasvir etmek amacıyla değindiklerini belirtmektedir.

110. İşbu davanın koşulları çerçevesinde Mahkeme'ye, başvuruçuların iç hukuk yollarını tüketip tüketmemiş oldukları meselesine dair karar verme hususunda herhangi bir talepte bulunulmamıştır. Mahkeme başvuruçuların Mahkeme'ye sunmuş oldukları başvurularında iddia ettikleri 1 no.'lu Protokol'ün 1. maddesi ihlali bağlamında herhangi bir ayrıntı vermediklerini dikkate alır. Mahkeme bu nedenle işbu şikayetin kanıtlanamamış olduğuna hükmeder.

111. Mahkeme devamla, işbu şikayetin temelsiz olduğuna ve Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. ve 4. paragrafları uyarınca incelenemez (kabuledilemez) olarak ilan edilmesinin zorunlu olduğuna hükmeder.

BU NEDENLERLE MAHKEME

1. Başvurunun kayıttan düşürülmesine dair Hükümet talebinin oybirliği ile *reddine*;

2. Başvurucuların yakınmalarının Sözleşme'nin 12. maddesi altında incelenebilir olduğunun 6'ya karşı 1 oyla ilanına;

3. Başvurucuların yakınmalarının Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. madde altında incelenebilir olduğunun oybirliğiyle ilanına;

4. Başvurunun geri kalanının incelenemez olarak ilanına;

5. Oybirliği ile Sözleşme'nin 12. maddesinin ihlal edilmediğine;

6. 4'e karşı 3 oyla Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edilmediğine hükmeder.

Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca 24 Haziran 2010 günü İngilizce dili ile yazılı olarak ilan edilmiştir.

Andre Wampach
Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Christos Rozakis
Başkan

HAKİMLER ROZAKİS, SPIELMANN VE JEBENS'İN ORTAK MUHALEFET ŞERHİ

1. Bizler kararın 6. numaralı kısmının aksi yönünde oy kullandık. Aşağıda belirtilen gerekçelerle Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak bir 14. madde ihlalinin olmadığı şeklindeki çoğunluk görüşüyle mutabık değiliz.

2. İş bu çok önemli davada Mahkeme, önceki içtihatlarına dair dikkatli bir inceleme yaptıktan sonra eşcinsel çiftleri "*aile yaşamı*" kavramına dahil ederek içtihatları açısından çok ileri bir adım atmıştır. Özellikle Avrupa Birliği hukukundaki gelişmelere dayanarak Mahkeme kararının 93. paragrafında "*eşcinsel çiftlerin aile kavramına dahil edilmesi hususunda giderek artan bir eğilim*" olduğunu tespit etmiştir (bkz. 22 Eylül 2003 tarihli ailelerin tekrar birleşmesi hakkına dair 2003/86/EC sayılı Yönerge ve Birlik vatandaşlarının ve ailelerinin üye devlet-

lerin toprakları içerisinde serbestçe seyahat ve ikamet haklarına dair 2004/38/EC sayılı Yönerge).

3. Mahkeme bu yaklaşımı kararının 94. paragrafında bir kez daha yinelemiştir:

“Bu evrim açısından Mahkeme bir eşcinsel çiftin, heteroseksüel çiftin aksine, 8. madde çerçevesinde “aile yaşamına” sahip olamayacağı görüşünü sürdürmenin yapay olacağı kanaatinde dir. Sonuç olarak, birlikte yaşayan ve düzenli füli bir birlikteliğe sahip olan başvuruçuların ilişkisi, aynı durumdaki bir heteroseksüel çiftte olacağı gibi “aile yaşamı” kavramı içine girmektedir.”

4. Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın (“Yasa”) yürürlüğünden önce herhangi bir yasal çerçevenin bulunmayışı ciddi bir problem arz etmiştir. Bu bağlamda bizler Mahkeme'nin gerekçesinde bulunan bir çelişkiye dikkat çekiyoruz. 94. paragrafta “başvuruçuların ilişkisi ‘aile yaşamı’ kavramına girmektedir” şeklinde karar verdikten sonra, Mahkeme bu tespitten bir takım çıkarımlarda bulunmuştur. Hal böyle olmakla birlikte her hangi bir ihlalin bulunmadığına karar vererek Mahkeme aynı zamanda davalı devlete başvuruçulara en azından belirli bir çerçevede de olsa her hangi bir ailenin sahip olması gereken korumayı sağlayacak, konuyla ilgili tatmin edici bir yasal çerçeve sağlanmasına dair olumlu bir yükümlülük tesis etmeksizin mevcut hukuki boşluğu onaylamıştır.

5. Paragraf 99'da Mahkeme ayrıca aşağıdaki yaklaşımı ciddiyetle onaylamıştır:

“Her ne kadar taraflar, başvuruçuların büyük oranda heteroseksüel çiftlerle aynı durumda olup olmadığı meselesine açık bir şekilde değinmemiş olsalar da, Mahkeme eşcinsel çiftlerin tıpkı heteroseksüel çiftlerde olduğu gibi, düzenli bir ilişkiye sahip olma hususunda ehil oldukları noktasından başlayacaktır. Sonuç olarak başvuruçular ilişkilerinin hukuk tarafından tanınması ve korunması açısından heteroseksüel çiftlere oldukça benzer bir durumdadırlar.”

6. Başvuruçular evlenme hakkından yoksun bırakılmaları nedeniyle ayrımcılığa maruz bırakıldıklarından şikayet etmekle kalmayıp ayrıca –ki bu önemlidir– söz konusu Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce aralarındaki ilişkinin hukuk tarafından tanınmasına dair her hangi bir imkana sahip olmadıkları hususunda yakınmışlardır.

7. Bizler 2010 yılında yürürlüğe giren söz konusu Yasa'nın etkileri ve özellikle de Mahkeme'nin kararının 18-23 paragraflarında tespit etmiş olduğu Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte 14. maddesine uyulup uyulmadığı meselesine dair, her halükarda iş bu Yasa'nın yürürlüğünden önce bu hükümlerin ihlal edilmiş olması nedeniyle, her hangi bir görüş belirtmek istemiyoruz.

8. *"Hatırı sayılır benzer durumların"* (paragraf 99) tespit edilmiş olması nedeniyle ve *"cinsel yönelime dayalı farklılıkların özellikle bir takım gerekçelerle haklılaştırmayı"* (paragraf 97) gerektirmesine vurgu yapan Mahkeme, davalı devletin iş bu farklı muameleyi maruz gösterecek her hangi bir haklı neden ileri sürmemesiyle ve sadece bu bağlamda sahip olduğu takdir yetkisine dayanmış olması nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak bir 14. madde ihlalini tespit etmeliydi (paragraf 80). Hal böyle olmakla birlikte farklı muameleyi haklılaştıracak her hangi makul bir nedenin davalı Hükümet tarafından ortaya konulamamış olması nedeniyle takdir yetkisi kavramına başvurulmamalıdır. Sonuç olarak *"Sözleşen devletlerin hukukları arasında ortak bir zeminin mevcut oluşu veya olmayışı"* konuyla ilgili değildir; çünkü bu tür hususlar takdir yetkisi kavramına başvurulması açısından sadece alt derecede bir dayanak teşkil etmektedirler. Gerçektende Mahkeme bir ortak yaklaşımın mevcudiyeti veya yokluğunu dikkate alarak ulusal makamların meselenin ele alınmasında dair mahkemeden daha iyi bir konumda olmasını dikkate alarak ulusal makamlarca böylesi bir haklılaştırmaya ilişkin sunulan gerekçelerden tatmin olabilir.

9. Günümüzde eşcinsel çiftlerin düzenli bir ilişkiye sahip olabileceği hususu toplum tarafından kabul edilmekte ve geniş bir şekilde tanınmaktadır. Eşcinsel çiftlere evliliğe bağlı olan imkanları ve hakları, en azından belli bir kapsamda, sağlayan her hangi bir yasal çerçevenin bulunmayışı (bakınız iş bu muhalefet şerhinin 4. paragrafı), özellikle Avrupa'da bu tür hakları veya imkanları sağlayan bir takım yolların tesisi edilmesine yönelik artan eğilim dikkate alındığında, kuvvetli bir gerekçeyi gerektirmektedir.

10. Sonuç olarak kanaatimize göre Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak bir 14. madde ihlali bulunmaktadır.

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 Ö N E T M E L İ K L E R

RG 16 Ağustos 2010/27674

- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 17 Ağustos 2010/27675

- İstanbul Bilgi Üniversitesi Çift Anadal, Yan Dal ve Üstün Başarı Programları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Namık Kemal Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Niğde Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Ağustos 2010/27676

- Eskimiş, Solmuş, Yırtılmış ve Kullanılamayacak Duruma Gelmiş Bayrakların Yok Edilmesi Usul ve Esaslarını Gösterir Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İçişleri Bakanlığı Merkez ve Taşra Teşkilatı Arşiv Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Organik Tarımın Esasları ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
- Büyük Endüstriyel Kazaların Kontrolü Hakkında Yönetmelik

- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Teftiş ve Gözetim Kurulu Yönetmeliği
- Atılım Üniversitesi Kıbrıs Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Bezmiâlem Vakıf Üniversitesi Ana Yönetmeliği
- Çankaya Üniversitesi İngilizce Hazırlık Sınıfı Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Kariyer Planlama Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Ağustos 2010/27677

- Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Satın Alma ve İhale Yönetmeliği
- Elektrik Piyasası Şebeke Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Yan Hizmetler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Akdeniz Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Bozok Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Ağustos 2010/27678

- Galatasaray Üniversitesi Meslek Yüksekokulu Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Sabancı Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 21 Ağustos 2010/27679

- Dışişleri Bakanlığı Sınav Yönetmeliği
- Sağlık Bakanlığı Sertifikalı Eğitim Yönetmeliği
- Türk Bayraklı Gemilerde Bayrak Devleti Adına Hareket Edecek Kuruluşların Seçimi ve Yetkilendirilmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Zirai Karantina Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Alan Kılavuzlarının Seçimi, Eğitimi, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Huzurevleri ile Huzurevi Yaşlı Bakım Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Ağustos 2010/27680

- Melikşah Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Zirve Üniversitesi Nanoteknoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 23 Ağustos 2010/27681

- Ankara Üniversitesi Akarsu, Göl ve Denizlerde Jeolojik Araştırma Merkezi (AGDEJAM) Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Balıkesir Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çankaya Üniversitesi Öğrenci Sağlık İşleri ve Sağlık Raporları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Doğu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Ağustos 2010/27682

- Millî Eğitim Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Bilgi Üniversitesi Kültür Politikaları ve Yönetimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Bilgi Üniversitesi Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Ondokuzmayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Ağustos 2010/27683

- Örtüaltı Üretimine Kayıt Altına Alınması Hakkında Yönetmelik
- Meslek Yüksekokulları ve Açıköğretim Ön Lisans Programları Mezunlarının Lisans Öğrenimine Devamları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Ağustos 2010/27684

- Sulak Alanların Korunması Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Basın İlan Kurumu Eğitim, Araştırma, Yayın ve Dokümantasyon Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Nişantaşı Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 27 Ağustos 2010/27685

- Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Ana Yönetmeliği
- Pamukkale Üniversitesi Kalite Yönetimi ve Veri Değerlendirme Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Ağustos 2010/27686

2010/786 Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıyan Araçların Seyir, Konaklama, Denetleme, Güvenlik ve Gümrük İşlemlerine Ait Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmelik
- Hava Trafik Emniyeti Elektronik Personeli Sertifika ve Lisans Yönetmeliği (SHY-5)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- TEKEL Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü ve Bağlı Anonim Şirketler Sicil Raporları Doldurmaya Yetkili Amirler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- TEKEL Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü ve Bağlı Anonim Şirketler Sözleşmeli Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri (TTA) Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri (TTA) Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Kadrolu Personel Disiplin Amirleri Yönetmeliği

RG 29 Ağustos 2010/27687

- Yayaların ve Diğer Korunmasız Karayolu Kullanıcılarının Korunması Hakkında Motorlu Araçların Tip Onayı Yönetmeliği ((AT) 78/2009)
- Bazı Tehlikeli Maddelerin, Müstahzarların ve Eşyaların Üretimine, Piyasaya Arzına ve Kullanımına İlişkin Kısıtlamalar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sporcu Lisans, Tescil, Vize ve Transfer Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Tekstil Mühendisleri Odası Mesleki Eğitim ve Belgelendirme Yönetmeliği
- Dicle Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Öğretim Sınav ve Staj Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Bilgi Üniversitesi Çevre Enerji ve Sürdürülebilirlik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 31 Ağustos 2010/27688

- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Türk Dünyası Değerlerini Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 01 Eylül 2010/27689

- Karayolları Trafik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bezmialem Vakıf Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 02 Eylül 2010/27690

- Batı Balkan Menşe Kümülyasyon Sistemi Kapsamı Ticarete Eşyanın Tercihli Menşenin Tespiti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Anadolu Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Anadolu Öğretmen Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Fen Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Sosyal Bilimler Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Güzel Sanatlar ve Spor Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Özerk Spor Federasyonları Çerçeve Statüsünde Değişiklik Yapılmasına Dair Statü
- Kırıkkale Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Temel İngilizce Bölümü Hazırlık Sınıfı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Yabancı Dil ve Hazırlık Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Eylül 2010/27691

2010/811 Özürlülerin Devlet Memurluğuna Alınma Şartları ile Yapılacak Yarışma Sınavları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Özürlülerin Bakımı, Rehabilitasyonu ve Aile Danışmanlığı Hizmetlerine Dair Yönetmelik

RG 04 Eylül 2010/27692

- Millî Eğitim Bakanlığı Orta Öğretim Kurumları Sınıf Geçme ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Özel Kurslar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kokuya Sebep Olan Emisyonların Kontrolü Yönetmeliği
- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Meslek Personeli Sınav, Görev, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye İhracatçılar Meclisi ve İhracatçı Birlikleri İnsan Kaynakları Sınav Yönetmeliği

RG 05 Eylül 2010/27693

- Artvin Çoruh Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Eylül 2010/27694

- Haliç Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 07 Eylül 2010/27695

- Dış Ticaret Müsteşarlığı Personelinin Yurt Dışı Sürekli Göreve Atanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım Havzaları Yönetmeliği

- Sinema Filmlerinin Desteklenmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu Hizmetlerinin Tanımı ve Bu Hizmetlere Atanacak Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo - Televizyon Kurumunda Memur Statüsünde İstihdam Edilen Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*
- Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*
- Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*

RG 08 Eylül 2010/27696

- 2010/800 Ulusal ve Resmi Bayramlarda Yapılacak Törenler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 2010/801 Mahalli Kurtuluş Günleri, Atatürk Günleri ve Tarihi Günlerde Yapılacak Törenler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 2010/802 Resmi Bayramlar ve Anma Günlerinde Anıtlara Konulacak Çelenklerin Hazırlanma, Taşınma ve Sunulması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Askerî Hâkim Adaylarının Seçimi ve Yetiştirilmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Uzman Yardımcılığı, Yurt Dışı İşçi Hizmetleri Uzman Yardımcılığı ile İş Sağlığı ve Güvenliği Uzman Yardımcılığı Giriş ve Uzmanlık Yeterlik Sınavları Hakkında Yönetmelik
 - Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik

* Bkz. Ekler.

- Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kafkas Üniversitesi Türk Halk Bilimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 13 Eylül 2010/27698

- Başkent Üniversitesi Ana Yönetmeliği
- Özyeğin Üniversitesi İngilizce Dil Hazırlık Programı Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Rize Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Eylül 2010/27699

- Denetim Görevlilerinin Uyacakları Meslekî Etik Davranış İlkeleri Hakkında Yönetmelik

RG 15 Eylül 2010/27700

- Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Çift Anadal Programı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 16 Eylül 2010/27701

- Borsa Dışı Teşkilatlanmış Menkul Kıymetler Piyasalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Akdeniz Üniversitesi İş Dünyası ile İşbirliği Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Akdeniz Üniversitesi Gen ve Hücre Tedavisi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

DÜZELTME (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Uzman Yardımcılığı, Yurt Dışı İşçi Hizmetleri Uzman Yardımcılığı ile

İş Sağlığı ve Güvenliği Uzman Yardımcılığı Giriş ve Uzmanlık Yeterlik Sınavları Hakkında Yönetmelik ile ilgili)

RG 17 Eylül 2010/27702

- Kocaeli Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yabancı Diller Eğitimi Bölümü İngilizce Hazırlık Programı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Rize Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Eylül 2010/27703

- Yükseköğretim Kurumları Devlet Konservatuvarları Müzik ve Bale İlköğretim Okulu ile Müzik ve Sahne Sanatları Liseleri Yönetmeliği

RG 19 Eylül 2010/27704

- Hakkari Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

RG 20 Eylül 2010/27705

- Bahçeşehir Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği

RG 21 Eylül 2010/27706

- Gazikent Üniversitesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Gazikent Üniversitesi Yabancı Dil Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Turgut Özal Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 22 Eylül 2010/27707

- Türkiye ile Suriye Arasında Yürütülen Bölgelerarası İşbirliği Programı Çerçevesinde Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Bütçesinde Yer Alan Ödeneğin Kullanılması Hakkında Yönetmelik
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Rüzgâr Enerjisine Dayalı Üretim Tesisi Kurmak Üzere Yapılan Lisans Başvurularına İlişkin Yarışma Yönetmeliği
- Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 23 Eylül 2010/27708

- Özel Hastaneler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Eylül 2010/27709

- Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Konseyleri ve Yükseköğretim Kurumları Ulusal Öğrenci Konseyi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bayburt Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bilecik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bilecik Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bilecik Üniversitesi Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Bilim Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Kadın Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 25 Eylül 2010/27710

- Harp Okulları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Astsubay Meslek Yüksek Okulları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Enfeksiyöz Madde ile Enfeksiyöz Tanı ve Klinik Örneği Taşıma Yönetmeliği
- Tarım Reformu Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Eylül 2010/27711

- Melikşah Üniversitesi Yabancı Diller Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 27 Eylül 2010/27712

- Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Yabancı Diller Bölümü İngilizce Hazırlık Programı Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 28 Eylül 2010/27713

- Polis Meslek Eğitim Merkezleri Giriş Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Refik Saydam Hıfzısıhha Merkezi Başkanlığı Merkez ve Taşra Teşkilatında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Havaalanları Yer Hizmetleri Yönetmeliği (SHY-22)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Güvenlik Uzman Yardımcılığı ve Sosyal Güvenlik Uzmanlığı Sınav, Atama, Yetiştirilme, Görev ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Türkiye İş Kurumu İstihdam ve Meslek Uzmanlığı ile Uzman Yardımcılığı Atama, Görev ve Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. Genel Müdürlüğü Personelinin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Anadolu Üniversitesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bezmialem Vakıf Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Erciyes Üniversitesi Eczacılık Fakültesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Farmakovijilans ve Klinik Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Eylül 2010/27714

- 3194 Sayılı İmar Kanununa Göre Düzenlenmiş Bulunan İmar Yönetmeliklerine Sığınaklarla İlgili Ek Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Sağlık Bakanlığı Taşra Teşkilatı Yatak ve Kadro Standartları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mustafa Kemal Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 30 Eylül 2010/27715

- Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Orman Kanununun 16. Maddesinin Uygulama Yönetmeliği
- Ankara Üniversitesi Yabancı Dil Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Erciyes Üniversitesi Orta Anadolu Biyoteknoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Şehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 01 Ekim 2010/27716

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Yasama Uzmanlığı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İl Özel İdareleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Kontrol Laboratuvarlarının Kuruluş, Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esaslarının Belirlenmesine Dair Yönetmelik
- Çevre Kanununun 29 uncu Maddesi Uyarınca Atıksu Arıtma Tesislerinin Teşvik Tedbirlerinden Faydalanmasında Uyulacak Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik
- Sosyal Güvenlik Kurumu Taşra Teşkilatı Kuruluş ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Gelişen İşletmeler Piyasası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Kotasyon Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çankaya Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 02 Ekim 2010/27717

- Takograf Cihazları Servis Hizmetleri Hakkında Yönetmelik
- Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Selçuk Üniversitesi Hastaneleri Yönetmeliği

RG 03 Ekim 2010/27718

- Dicle Üniversitesi Kadın Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Dicle Üniversitesi Sosyal Araştırmalar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Fatih Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Ekim 2010/27719

- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Kazdağı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 05 Ekim 2010/27720

- Kaçak Petrolün Tespit ve Tasfiyesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Basın İlan Kurumu Eğitim, Araştırma, Yayın ve Dokümantasyon Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bayburt Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Ekim 2010/27721

- Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Hak Edinimine İlişkin Yönetmelik
- Geleneksel Bitkisel Tıbbi Ürünler Yönetmeliği
- Milli Kütüphane Hizmetlerinden Yararlanılmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Atıkların Yakılmasına İlişkin Yönetmelik
- Adnan Menderes Üniversitesi Botanik Bahçesi ve Herbaryum Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Adnan Menderes Üniversitesi Üniversite Sanayi İşbirliği Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Teknik Üniversitesi Deprem Mühendisliği ve Afet Yönetimi Enstitüsü Yönetmeliği

RG 07 Ekim 2010/27722

2010/643 Enerji ile İlgili Ürünlerin Çevreye Duyarlı Tasarımına İlişkin Yönetmelik

2010/912 Yedek Personel Erteleme Yönetmeliği

- Hâkim ve Savcılara Dizüstü Bilgisayar Verilmesi Hakkında Yönetmelik
- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Deney Hayvanları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Dicle Üniversitesi Ziya Gökalp Eğitim Fakültesi Yabancı Diller Bölümü Zorunlu Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Galatasaray Üniversitesi Karar Analizi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kocaeli Üniversitesi Çocuk Koruma Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Koç Üniversitesi İşletme Enstitüsü Eğitim Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Rize Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zirve Üniversitesi İngilizce Hazırlık Bölümü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 08 Ekim 2010/27723

- Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Yalova Üniversitesi Önlisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Yalova Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 09 Ekim 2010/27724

- Adalet Bakanlığı Memur Sınav-Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirmelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür ve Turizm Bakanlığı Resim ve Heykel Müzeleri Yönetmeliği

RG 10 Ekim 2010/27725

- Gediz Üniversitesi Önlisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gediz Üniversitesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karabük Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 11 Ekim 2010/27726

- Mustafa Kemal Üniversitesi Deniz Kaplumbağaları İlk Yardım Tedavi ve Kurtarma Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 12 Ekim 2010/27727

- Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye İş Kurumu İşgücü Uyum Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Spor Birliği Kulübü Yönetmeliği

RG 13 Ekim 2010/27728

- Ödeme Gücü Olmayan Vatandaşların Tedavi Giderlerinin Devlet Tarafından Karşlanması ve Yeşil Kart Uygulaması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gediz Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

DÜZELTME (Gıda Güvenliği ve Kalitesinin Denetimi ve Kontrolüne Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik ile İlgili)

RG 14 Ekim 2010/27729

- Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Bezmîâlem Vakıf Üniversitesi Yabancı Diller Bölümü Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Kapadokya Meslek Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uludağ Üniversitesi Kent Tarihi ve Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 15 Ekim 2010/27730

- Özel Beden Eğitimi ve Spor Tesisleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Yan Hizmetler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'nin Ekler bölümü, elimizin altında bulunmasını istediğimiz, ancak gözümüzün önünde bulunmasını istemediğimiz önemli bilgileri, metinleri bünyesinde saklayacaktır. Dergi'nin okunmasını zorlaştıracak, ancak kimilerinin ayrıntılarına önem verdiği uzun metinlere, yasalara, tüzük ve yönetmeliklere burada yer verilecektir. Biz bu bölüme kendi aramızda, eski evlerin vazgeçilmez temiz, düzenli, ancak göz önünde bulunmayan bölümünden esinlenerek **"Kiler"** diyoruz. Büyük ihtiyaçlara cevap verecek bölümün geleceği de sizlerin öneri ve dilekleriyle şekillenecektir.

YÖNETMELİKLER
TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
AVUKATLIK KANUNU
YÖNETMELİĞİNDE
DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA
DAİR YÖNETMELİK

MADDE 1 - 19/6/2002 tarihli ve 24790 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliğinin, 73/A maddesinin üçüncü fıkrasının (h) bendi yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 2 - Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3 - Bu Yönetmelik hükümlerini Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu yürütür.

RG 7 Eylül 2010/ Sayı: 27695

TÜRKİYE BAROLAR
BİRLİĞİ REKLAM YASAĞI
YÖNETMELİĞİNDE
DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA
DAİR YÖNETMELİK

MADDE 1 - 21/11/2003 tarihli ve 25296 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin 4 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 4 - Avukat, müvekkillerini bürosunda kabul eder. Bunun mümkün olmaması halinde müvekkille görüşme yapılacak yerin, bu amaca elverişli ve mesleğin saygınlığına yaraşır nitelikte olması gerekir.

Avukat büroları; avukatlık hizmetinin bağımsızlığına aykırı olacak şekilde, meslek hizmetleri dışındaki iş ve amaçlara tahsis edilemez."

MADDE 2 - Aynı Yönetmeliğin 5 inci maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Tabela, fiziki imkansızlık hallerinde bina cephelerine, büro balkonu ve pencerelerine asılabilir. Fiziki imkansızlık halleri dışında, büronun bulunduğu binanın giriş kapısının yanına, giriş holü veya koridoruna, büro giriş kapılarının yanına asılabilir.”

MADDE 3 - Aynı Yönetmeliğin 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasında geçen “vergi sicil numarası” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve Türkiye Barolar Birliği ve/veya kayıtlı bulunduğu baronun amblemi” ibaresi eklenmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra ilave edilmiştir.

“Bu Yönetmelik kapsamında olanlar mühür biçiminde damgalar kullanamazlar.”

MADDE 4 - Aynı Yönetmeliğin 8 inci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir.

“f) Bu Yönetmelik kapsamında olanlar iş sağlama amacına yönelik olmamak ve meslektaşlarıyla haksız rekabete yol açmamak kaydıyla, baro veya Türkiye Barolar Birliği organ ve başkanlık seçimleri ile genel veya yerel seçimlerdeki adaylıklarına ilişkin bilgileri seçim tarihinden azami 2

ay önce başlayıp seçimi izleyen 10 gün içinde sona erdirmek kaydı ile yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçları veya internet yoluyla duyurabilirler. Bu duyurular amaca elverişli ve mesleğin saygınlığına yararlı nitelikte olur.”

MADDE 5 - Aynı Yönetmeliğin 9 uncu maddesinin; ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve üçüncü fıkrasının (a) bendine “e-posta adresi” ibaresinden sonra gelmek üzere aşağıdaki ibare eklenmiştir.

“Bu Yönetmelik kapsamında olanlar, mesleki faaliyetlerini internet üzerinden sürdürmek, müvekkillerini bilgilendirmek, mesleki makalelerini ve bilimsel çalışmalarını yayımlamak amacıyla internet sitesi açabilir. Tabela da, basılı evraklarında ve internet sitesinde tercih ettiği e-posta adreslerini kullanabilir. İnternet sitesi üzerinden mesleki faaliyetini yürütürken avukatlık mesleğinin onur ve kurallarına, avukat unvanının gerektirdiği saygı ve güvene aykırı olmamak şartı ve gerekli güvenlik tedbirlerini alarak, sır saklama yükümlülüğüne uygun davranmak kaydı ile internetin kendine özgü araçlarını ve sadece ilgili kişinin ulaşabileceği, şifre-algoritma ile korunan internet sitesinin geri planında kişiselleştirilmiş “sanal ofis” benzeri

uygulamaları kullanabilir. Bu uygulamalar ilgisinin dışındakilerin kullanımına açılmaz.”

“, baro ve Türkiye Barolar Birliği seçimlerine yönelik oy verecek üye ve delegeleri kendileri ve diğer adaylar hakkında bilgilendirme”

MADDE 6 - Aynı Yönetmeliğin 12 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 12 - Bu Yönetmelik hükümlerine aykırılık tespiti halinde barolar tarafından ilgilie bir uyarı yazısı gönderilir ve söz konusu aykırılığın 15 gün içerisinde giderilmesi gerektiği aksi takdirde baro tarafından resen soruşturma açılacağı bildirilir. Uyarı yazısının ilgisine tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde aykırılığın giderilmediği tespit edilirse, baro tarafından resen soruşturma başlatılır. Bu Yönetmeliğe aykırı fiil veya fiilleri birden fazla işleyenler hakkında uyarı yazısı

gönderilmez, derhal ve resen disiplin soruşturması açılır.

Türkiye Barolar Birliğine yapılan şikayet başvuruları içerik incelemesine tabi tutulmaksızın avukatın kayıtlı olduğu baroya gönderilir”

MADDE 7 - Aynı Yönetmeliğin geçici 1 inci maddesi yürürlükten kaldırılmış ve aynı Yönetmeliğe aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“Kesinleşmemiş disiplin soruşturmaları

GEÇİCİ MADDE 2 - Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmemiş disiplin soruşturmaları hakkında da 12 nci madde hükümleri uygulanır.”

MADDE 8 - Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 9 - Bu Yönetmelik hükümlerini Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu yürütür.

RG 7 Eylül 2010/ Sayı: 27695

**Umberto ECO /
J.-C. CARRIÈRE**
**KİTAPLARDAN
KURTULABİLECEĞİNİZİ
SANMAYIN**

Can Yayınları
Kırkmerak Dizisi
Çev.: Sosi Dolanoğlu,
İstanbul 2010

Editions Grasset&Fasquelle tarafından 2009 yılında ilk bas-kısı yapılan kitap, elektronik kitap-basılı kitap arasındaki iliş-kiyi veya başka bir bakışla çeliş-kiyi ve çatışmayı bütün ayrıntı-ları ve çıplaklığı ile ortaya koyu-yor. Bu kitabın yayımlanmasından sonra *Financial Times*'ta, John Makison adlı bir yazar, Penguin Kitapevi'nin 75. yaş günü par-tisi dolayısıyla, e-kitap sorununu ve basılı yayınlara sorunlarını gündeme taşıyor. Bu yazıdan öğrendiğimize göre, çeşitli ünlü yayınevleri ABD'de "muazzam" bir dijital kitap pazarı yaratmış bulunmaktadır. Amazon yayınevi şu an e-kitapların basılı ki-taplardan çok sattığını ilan ediyor.

Bu bağlamda yayıncılık sektörünün en büyük uluslar ara-sı buluşma yeri olarak tanımlanan Frankfurt Kitap Fuarı'nda da bu yıl e-teknoloji ve dijital yayın haklarına her zamankinden daha fazla odaklanıldı.

Umberto Eco ve J.-C.Carrière'in söyleşilerinden oluşan *Ki-taplardan Kurtulabileceğinizi Sanmayın* başlıklı kitap bu ortamda büyük önem taşımaktadır. Bir yazarın deyimiyle "neşeli bilgi"nin yoğun biçimde yer aldığı bu söyleşileri bütün kitap severlere önermekteyiz.

Kitap şu başlıkları içeriyor: Açılış: Kitap Ölmeyecek; Ka-



lıcı Veri Depolama Ortamlarından Daha Geçicisi Yoktur; Tavuklar Yolun Karşısına Geçmemeyi Bir Asırda Öğrendi; Waterloo Muharebesi'ne Katılmış Olan herkesin İsmi Saymak; Elenmişlerin Rövanş; Bugün yayımlanan Her Kitap Bir *post-incunabula*'dır;¹ İlle de Bize Ulaşmayı İsteyen Kitaplar; Geçmişle İlgili Bildiklerimizi Alıklara, Ahmıklara ya da Hasımlara Borçluyuz; Kendini Gösterme Merakını Hiçbir Şey Durduramaz; Aptallığa Övgü; İnternet ya da *damnatio memoriae*'nin² İmkânsızlığı; Ateş Vasıtasıyla Sansür; Okumadığımız Bütün Kitaplar; Mihraptaki Kitap ve "Cehennem"deki Kitaplar; İnsan Öldükten Sonra Kütüphanesine Ne Olur?

Başlıklar bile, iki kitap koleksiyoncusu ve iki kitap sevdalısı, ünlü bir yazar Umberto Eco ile tanınmış senarist, tiyatro adamı, denemeci Carriére, "kitap" üzerinde emsalsiz bilgilerle donatılmış, bir şölen sunuyorlar okuyucuya. Vardıkları sonuç ise kitabın başlığında özetlenmiş: *Kitaplardan Kurtulabileceğinizi Sanmayın!*

Anlatılmakla olmayacak bir kitap, okunmalı. Eminim ki zevkle okunacak!

Kitaptan Seçmeler

- Şayet bir yazar elenme mağduru olmak istemiyorsa, ona ittifak kurması, bir gruba katılması, tek başına kalmaması tavsiye edilir.
- Her şeyden ve herkesten uzakta bir dahi tasavvur edilemez.

¹ Latince "beşik" anlamına gelen *incunabula*, kitapta XV. yüzyılda, yani matbaanın henüz "beşikte" olduğu devirde basılmış kitaplar için kullanılan bir terim olarak tanımlanmıştır.(s. 9)

² *Damnatio memoriae*, Roma Senatosu'nda birini öldükten sonra sessizliğe, unutuluşa mahkûm etmek anlamına geliyordu.

- Devlet çok güçlü olduğunda şiir susar. Devlet tümenden krizdeyse ... o zaman sanat söylemesi gereken şeyi söylemekte özgürdür.
- Gelecek eskiden daha iyidir.
- Her şey daha önce de söylendi, ama herkes tarafından değil.
- İrfan, bilginin bir hayat tecrübesine dönüşmesidir.
- Küreselleşme ortak deneyimin parçalanmasına katkıda bulunuyor.
- Kültür ebediyen kaybolmuş kitaplar ve diğer nesnelere mezarlığıdır.
- Anlamsız olan kadar üzerinde yorum üretebilecek bir şey yoktur.
- Anlamsızlığı üretme konusunda yorumun üzerine yoktur.
- Tarihe geçmek, süredurmak için kapalı, anlaşılmasız olmak gerekir.
- Birilerinin düşmanı olan herkes eskiden beri hep çocuk yemiştir.
- Geçmişle ilgili bildiklerimizin büyük kısmını alıklara, ahmaklara veya fanatik hasımlara borçluyuz.
- Büyük ateistlerin hepsi din adamı yetiştiren okullardan çıkmıştır.
- Her kütüphanenin kaderi yanmaktır belki de...
- Romanın üç uygarlığı hiç şüphe yok ki, Fransa, İngiltere ve Rusya'dır.
- Edebiyat ve resimle ilgili türler taklit veya etkilenme yoluyla yaratılır.