

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

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

- 7 **EDİTÖRDEN / FROM THE EDITOR**
9 **HABERLER / NEWS**
27 **BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT**

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

- 31 **Ali İhsan ERDAĞ**
İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi / Two Important Problems Relating to Control of Communication: Detection of Communication of the Victim and Recording of Communication by the Victim
- 62 **Sacit YILMAZ**
5237 Sayılı TCK'nın 244. Maddesi Kapsamında Bilişim Suçları / Offences Against Information Systems Prescribed Under Article 204 of the Turkish Criminal Code
- 101 **Murat BALCI**
Ceza Muhakemesi Hukukunda Gaip veya Kaçak Sanığa Güvence Belgesi Verilmesi (CMK m. 246, m. 248/7) / In Law of Criminal Procedure Issuance of Assurance Certificate for the Accused That is Absentee or Fugitive
- 118 **Fahri Gökçen TANER**
Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu / Blackmail Crime in Turkish Criminal Law
- 157 **Duygu Çağlar DOĞAN**
Ceza Muhakemesinde Adli Arama / Judicial Search in Criminal Procedure Law
- 181 **Sedat ÇAL**
İdare Hukukunda Bilimsel Yaklaşım Sorunu / The Issue of Scientific Approach in Administrative Law
- 223 **Elvin Evrim ÖZCAN**
İdari Yargılama Hukukunda İslah / Amendment in Administrative Jurisdiction
- 238 **S. Sinan KOCAOĞLU**
Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde Silahların Eşitliği İlkesini Gerçekleştirebilmek İçin Bir Reform Önerisi / A Reform Proposal for Realizing the Equality of Arms Principle in the Turkish Criminal Procedural System
- 287 **Uğur BAYILLIOĞLU**
Uluslararası Adalet Divanı Kosova'nın Kendi Kaderini Tayin Hakkını Onayladı mı? / Did International Court of Justice Acknowledge the Self Determination Right of Kosovo?

312 Suat ŞİMŞEK
Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından
1982 Anayasası ve AİHS: Karşılaştırmalı Bir Analiz - II / 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

350 Murat ORUÇ
Spor Tahkim Mahkemesi'nin (CAS) Del Bosque vs. Beşiktaş AŞ Uyuşmazlığına
İlişkin Vermiş Olduğu Kararın İncelenmesi / An Analysis of the Arbitral
Award Pronounced by CAS in the Arbitration Between Besiktaş AS and Del
Bosque at All

MAKALELER / ARTICLES

377 Süha TANRIVER
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyeleri (Elemanları) Mahkemelerde Bilirkişilik
Görevini Kabule Zorlanabilirler mi? / Can Members of He Law School be
Obliged to Accept the Duty of Expert by Courts?

384 Ş. Cankat TAŞKIN
Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu / Irresponsibility of The President in 1982
Constitution

419 Engin ÜNSAL
Grev Hakkının Geleceği / The Future of the Right Strike

431 Tennur KOYUNCUOĞLU
Doktor Sigortası mı, Hasta Sigortası mı? / Doctors Liability Insurance or
Patients Compensation Insurance?

451 Turan ŞAHİN
Konsorsiyum Sözleşmesi / Consortium Contract

KARARLAR / DECISIONS

485 Anayasa Mahkemesi Kararları / Decisions of the Constitutional Court
Karar Analizi: Ozan ERGÜL

499 Yargıtay Kararları / Decisions of the Court of Cassation

505 Disiplin Kurulu Kararları / Decisions of the Disciplinary Committee

511 YASALAR, TÜZÜKLER, YÖNETMELİKLER / LEGISLATION

535 EKLER / APPENDIX

536 KİTAPLAR, DERGİLER / BOOKS, PERIODICALS

editör'den

Geçen sayımızda *"Baro Başkanları Toplantısı Yapıldı"* başlıklı haberde, toplantı tarihi konusunda bir yanlışlık yapılmıştır. Toplantı 17 Eylül 2010'da yapıldığı halde 21 Eylül tarihi verilmiştir.

Haberin ilk yazıldığı andaki tarihle, faaliyetin yapıldığı tarihin farklılaşması, bilgisayar kolaylığından kaynaklanan bir ihmale, gözden kaçmasına neden olmuştur. Bu yanlışlıktan dolayı okuyucularımızdan özür dileriz.

* * *

2003 Eylül sayısından bu yana aynı formatla çıkan dergimiz, bu yıl Eylül ayında TUBİTAK- ULAKBİM tarafından öngörülen yeni formatla çıkmaya başlamıştır. Almış olduğumuz övücü sözler ve eleştiriler bizi yeni arayışlara sevk etmekle birlikte mevcut düzenimizi de bozmak istememekteyiz. Bu konuda somut önerilere açığız ve bu önerileri Yönetim Kurulu'na götürerek uygulamaya da çalışacağız. Dergimizde bazı farklılıklar göreceksiniz olursanız bunun bir yeniliğin başlangıcı olarak kabul etmenizi rica ediyorum.

Dergimizin bu sayısında yine biri birinden ilginç bilimsel makaleler, görüşler bulacaksınız. Bunları burada tek tek yazmak mümkün olmamakla beraber bazılarını değinmekle diğerlerine haksızlık yapmak da istememekteyiz.

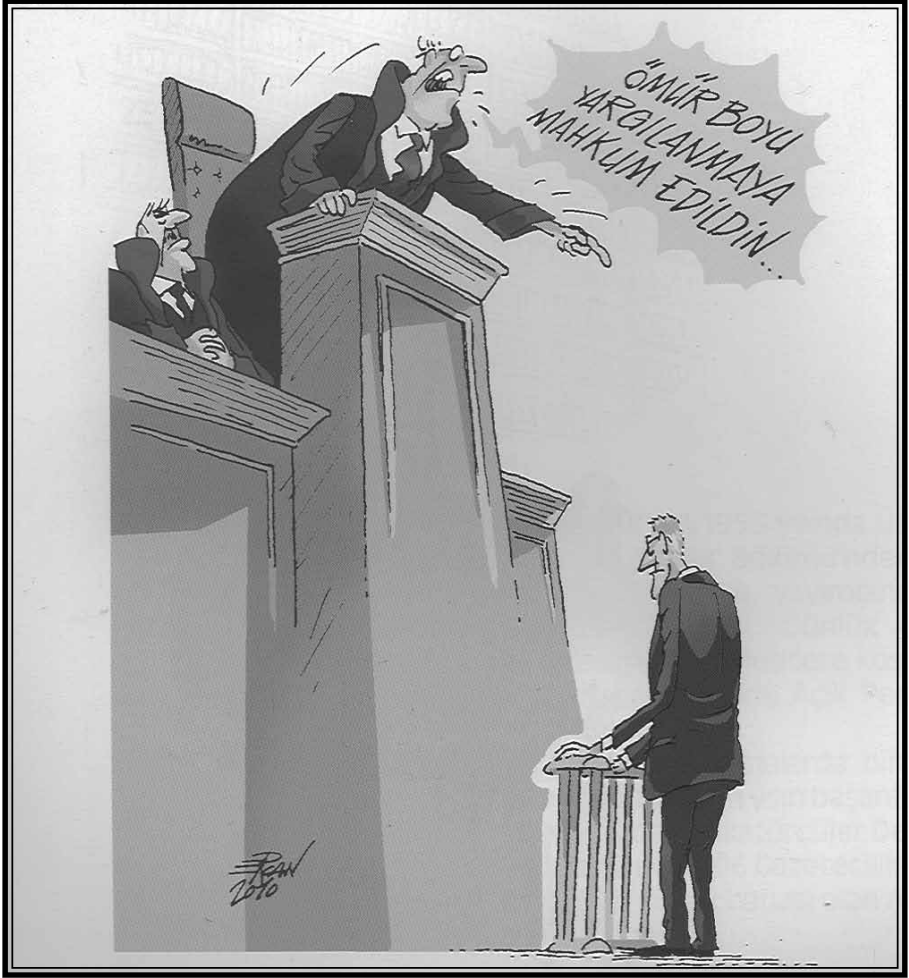
Çağımızın birbiri ile bağlantılıları bulunan iki önemli konusu iletişim ve bilişim hakkında Yrd. Doç. Dr. Ali İhsan Erdağ ile Dr. Sacit Yılmaz'ın iki makalesi *"hakemli"* olarak yayımlanmaktadır.

Yine *"hakemli"* olarak Yrd. Doç. Dr. Murat Balcı'nın *"Ceza Muhakemesi Hukukunda Gaip veya Kaçak Sanığa Güvence Belgesi Verilmesi (CMK. m. 246, m. 248/7)"*; Fahri Gökçen Taner'in *"Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu"*; Duygu Çağlar Doğan'ın *"Ceza Muhakemesinde Adli Arama"*; Dr. Sedat Çal'ın *"İdare Hukukunda Bilimsel Yaklaşım Sorunu -I"*; Yrd. Doç. Dr. Elvin Evrim Özcan'ın *"İdari Yargılama Hukukunda Islah"*; Av. Dr. Sinan Kocaoğlu'nun *"Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde Silahların Eşitliği İlkesini Gerçekleştirebilmek İçin Bir Reform Önerisi"*; Dr. Uğur Bayılloğlu'nun *"Uluslararası Adalet Divanı Kosova'nın Kendi Kaderini Tayin Hakkını Onayladı mı?"*; Suat Şimşek'in *"Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz -II"*; Av. Murat Oruç'un *"Spor Tahkim Mahkemesi'nin (CAS) Del Bosque vs. Beşiktaş AŞ Uyuşmazlığına İlişkin Vermiş Olduğu Kararın İncelenmesi"* adlı makaleleri yayımlanmaktadır.

"Hakemli" olmayan makaleler bölümünde Prof. Dr. Süha Tanrıver, Av. Ş. Cankat Taşkın, Dr. Engin Ünsal, Av. Dr. Tennur Koyuncuoğlu, Turan Şahin imzalı yazıları zevkle okuyacağınıza eminim.

Yeni bir sayıda buluşmak umut ve dileğiyle, saygılar sunarım.

Teoman Ergül



TBB CUMHURİYET BAYRAMINI KUTLAMA MESAJI YAYINLADI

Türkiye Barolar Birliği, 29 Ekim 2010 günü, Cumhuriyetimizin kuruluşunun 87. yıldönümü dolayısıyla yayımladığı mesaj ile Cumhuriyetimizi kutladı.

“Uygar bir duruş ile yurttaşlık erdeminin, halkın haklarını ve özgürlüğünü ayakta tutan adli, idari, siyasi ve ekonomik kurumlara ve yaşam tarzına duyulan sevginin ifadesi olan, tiranlığın, despotizmin, adaletsizliğin, hoşgörüsüzlüğün, yozlaşmanın karşısında duran, demokrasi, hukuk devleti/hukukun üstünlüğü, insan hakları gibi çağdaş ve evrensel değerlerle bütünleşerek kendisini geliştiren ve daha da geliştirecek olan laik Cumhuriyetimiz; Büyük Atatürk’ün Cumhuriyetin Onuncu Yıl Nutkunda ifade ettiği üzere; ‘... daha büyük şereflerle, saadetlerle, huzur ve refah içinde’ sonsuza kadar yaşayacaktır.”

TBB TAKSİM SALDIRISINI KINADI

Ekim ayının son günü, İstanbul’da Taksim meydanında görevli polis memurlarına düzenlenen “canlı bomba” saldırısı infial ile karşılındı. Bu konuda Türkiye Barolar Birliği’nin yayımladığı bildiri aşağıdadır.

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

Buna göre, 31 Ekim 2010 tarihinde İstanbul Taksim’de güvenlik güçlerine yönelik olarak yapılan eylem, az yukarıda içeriğine değindiğimiz uluslararası nitelikteki sözleşmelerin tanımladığı anlamda bir terör eylemidir.

Türkiye Barolar Birliği olarak, meşru dil ve yöntemleri kullanmak yerine teröre başvuranları, başta yaşama hakkı olmak üzere diğer bütün hak ve özgürlükleri yok sayanları şiddetle lanetliyor, herkesi bir insanlık suçu olan teröre karşı durmaya ve kesin biçimde tavır almaya davet ediyoruz.”

10 KASIM’DA ATATÜRK’Ü ANMA ETKİNLİKLERİ YAPILDI

Türkiye Barolar Birliği, Atatürk’ün ölümünün 72. Yıldönümü dolayısıyla 10 Kasım 2010 günü TBB Av. Özdemir Özek Kongre ve Kültür Merkezi’nde bir dizi etkinlik düzenledi.

Toplantıda TBB Başkanı Av. V. Ahsen Coşar açış konuşmasını yaptı. Ardından Doç. Dr. Kemal Arı “Atatürk’ün Düşünce Dünyasında Halk ve Demokrasi” başlıklı bir konferans verdi.

TBB Başkanı V. Ahsen Coşar ile Doç. Dr. Kemal Arı’nın konferans metni Dergimizin bu sayısında ek olarak okuyucularımıza verilmektedir.

TBB İSTİHBARİ DİNLEME SONU ELDE EDİLEN BİLGİLERİN DELİL OLARAK KABULÜNE KARŞI ÇIKTI

Erzurum C.Savcısı’nın “İstihbari dinlemelerin mahkemeler tarafından delil sayılması” yolunda yaptığı temyiz başvurusu üzerine TBB bir bildiri yayımladı.

Bildiri metni aşağıdadır.

“Haberleşme özgürlüğü, haberleşmenin

ve özel hayatın gizliliği ile korunması Türkiye Cumhuriyeti Anayasasıyla güvence altında olan temel hak ve özgürlüklerdendir. Anayasamızın getirdiği düzenlemeye göre, yasanın açıkça gösterdiği durumlarda ve usulüne göre verilmiş yargıç kararı olmadıkça, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda da yasayla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça haberleşmenin gizliliğine dokunulamaz.

Anayasamızın açık hükmüne aykırı biçimde yapılan dinlemeler suç niteliğindedir. O

nedenle gerek bu yolla, gerekse istihbari/önleme dinlemesi yoluyla elde edilen telefon konuşmaları tek başına kanıt olarak kabul edilemez ve buna dayalı olarak mahkûmiyet kararı verilemez. Aksine uygulama hukuka, hukuk devletine ve yargıya olan güveni zedeler.

Bütün bu nedenler ile Erzurum Savcısı Osman Şanal'ın "istihbari dinlemelerin mahkemeler tarafından delil sayılması" yönünde yaptığı temyiz başvurusunun hukuka açıkça

AÜHF'NİN KURULUŞ YILDÖNÜMÜNDE AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK ANILDI

Türkiye Barolar Birliği önceki başkanlarından rahmetli Avukat Özdemir Özok'u anmak üzere, Ankara Hukuk Fakültesi'nin kuruluşunun 82. Yıldönümü etkinlikleri çerçevesinde 01 Kasım 2010 tarihinde "Bir Hukuk Savaşçısı Av. Özdemir Özok Anma Toplantısı" düzenlendi.

Toplantı Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Mustafa ve Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. V. Ahsen Coşar'ın açılış konuşmaları ile başladı.

TBB Başkanı V. Ahsen Coşar, konuşmasında şunları söyledi: "Meslektaşımız, üstadımız, ağabeyimiz, başkanımız rahmetli Özdemir Özok'un aziz hatırası için düzenledikleri bu etkinlik nedeniyle Ankara Hukuk Fakültesi'nin değer bilir, hatır bilir, vefa bilir dekanı Sevgili Mustafa Hocama, Türkiye Barolar Birliği adına, kendi adıma ve izinizle sizlerin adına teşekkür ediyorum.

"O gider, bu gider, şu gider, dostluk, sen yanı başımızda kalırsın" diyor ya hani şiir ustası Nazım, tıpkı onun söylediği gibi Faruk Hoca gitti, Eralp Hoca gitti, Teoman Ağabey gitti, Özdemir Ağabey gitti ve dostluk, onların dostlukları kaldı yanı başımızda.

Bugün bu etkinliğin düzenlenmiş olmasının nedeni, hepimizin burada bir araya gelmemizin nedeni dostluktur, Özdemir Özok'un dostluğudur, onun dostumuz olmasıdır, ona duyduğumuz sevgidir, saygıdır. Bir de yaptıklarıdır, geride bıraktıklarıdır, eserleridir.

"Yaşam bana her zaman kendi rizom, yani yeraltındaki gövdem üzerinde yaşayan bir bitki gibi görünmüştür. Esas canlılığı görünmez, rizomun içinde gizlenmiştir çünkü. Toprağın üzerinde boy gösteren kısmı sadece tek bir yaz boyu yaşar. Sonra solar, kurur ve çürür; çünkü o gelip geçici bir hayaldir yalnızca. Yaşamın ve uygarlığın sonu gelmeyen bu doğup büyüme ve sona erme sürecini düşününce, her şeyin boş olduğunu düşünmekten kurtulamıyorum. Ama yine de bu sonsuz akışın altında yaşayan ve kalıcı olan bir şeyin hissini

aykırı olduğunu belirtir, bu talebin kabul edilmesinin yargı yoluyla polis devletine gidişin başlangıcı olacağı hususundaki endişemizi kamuoyu ile paylaşıyoruz.”

TBB “KADINA YÖNELİK ŞİDDETİN ÖNLENMESİ” İÇİN YASAL DÜZENLEME İSTEDİ

“Kadına Yönelik Şiddete Karşı Uluslararası Mücadele ve Dayanışma Günü” dolayısıyla Türkiye Barolar Birliği’nin yayımladığı

bildiri aşağıdadır.

“Şiddet, sadece bir suç değil, aynı zamanda ve hatta daha çok bir utanç, bir insanlık utançtır. Karl Marks’ın özlü ifadesiyle “İnsanın yaptığı en büyük duygusal devrim, utanma duygusudur.” Şiddet, bu duygusal devrimi yapamayanların, yani utanma duygusu olmayanların başvurduğu insanlık dışı bir araçtır.

Umursamazlık, duyarsızlık, istismar, cehalet, cüret, yanılğı, özensizlik, sevgisizlik, if-

asla yitirmedim. Bizim gördüğümüz çiçektir, geçer. Rizom ise kalır.”

Bu satırlar analitik psikolojinin kurucusu Carl Jung’a ait. Anılar, Rüyalar, Yansımalar isimli kitabında yazıyor bunları. Jung’un bıraktığı yerden, ama onun yazdıklarını esin alarak devam eder isek eğer, bizim gördüğümüz, tanıdığımız Özdemir Özok bir çiçektir, gelip geçmiştir. Ama onun esas canlılığı kendi rizosu içinde gizli kalmıştır. Onun rizosu yaptıklarıdır, eser olarak bize bıraktıklarıdır. Onlar yaşıyor ve hep de yaşayacak.

“Kimileri çok erken ölür, kimileri de çok geç” diyor Nietzsche ve ekliyor: “Doğru zamanda öl.” Her doğan potansiyel ölüm adayıdır. Yani hepimiz ölümlüyüz. Sevgili Özdemir Ağabey de bir gün gelip ölecekti. Nitekim öldü de. Ama doğru zamanda ölmedi. Daha yapacak çok işi, söyleyecek çok sözü varken öldü. Onun ölümünün üzücü olan yanı, hepimizi üzen yanı bu.

Bir güneşin, bir de ölümün yüzüne doğrudan bakamayız. Onun ölümüne de doğrudan bakamadık. Kabullenemedik yani. Ölüm ona hiç yakışmadığı için kabullenemedik. Ama kader bu. “Amor fati”, yani “kaderinizi sevin” diyor Nietzsche. Diğer bir deyişle “sevebileceğiniz bir kader yaratın” diyor. Özdemir Ağabey sevebileceği bir kader yaratmıştır kendine. Mesleğinde başarılı olmuştur, meslek örgütünde zirveye gelmiştir. İyi bir eş, iyi bir baba, iyi bir evlat, iyi bir ağabey, iyi bir dost olmuştur. Yaşarken değdiği insanlara sevgiyle dokunmuş, dokunarak geçtiği her insanda izler, iyi izler bırakmıştır. Biz dostları, sevenleri için tek teselli de budur, bu olmuştur.”

Konuşmaların ardından Av. Turan Tanyer ile Erhan Saydam tarafından hazırlanan ve Av. Özdemir Özok’un özel ve mesleki hayatını özetleyen bir CD slayt gösterisi ilgi, özlüm ve üzüntü ile izlendi.

Slayt gösterisinden sonra Anayasa Mahkemesi önceki Başkanı Yekta Güngör Özden’in yönetiminde yapılan panelde Av. Sami Kahraman, Avukat Ayça Özek, Avukat Zeki Saatçioğlu, Emekli Cuyhmuriyet Savcısı Ahmet Tercümanoğlu, Av. Özdemir Özok ile ilhili anlattılar.

tira, dedikodu, yalan gibi boyutları olan şiddet; şiddete uğrayanın, "ötekiliği" kabul edilen, saygı gören bir özne olmaktan çıkarılıp duygularına ve bedenine zarar verilebilecek ve hatta ortadan kaldırılabilir bir nesne olarak ele alındığı ilişkisel bir eylemdir.

Şiddet; aşiret, töre, pusu ve namus kültürü gibi geleneksel nedenlerin yanı sıra modern toplumun yarattığı tatminsizliğin, yalıtılmışlığın, ikiyüzlü ahlakın, saldırganlığın, ne aşkı, ne sevgiyi, ne arkadaşlıkları ve ne de dostlukları becerebilen bir toplumun cinnetidir.

Şiddetin bir türü de, yakınlık veya ikili ilişkilerde uygulanan terörizm olarak isimlendirilebileceğimiz kadınlara karşı uygulanan şiddettir. Şiddetin bu türü, evrensel insan haklarının ayrılmaz bir parçası olan kadınların insan haklarının korunmasının ve geliştirilmesinin önündeki en büyük engellerden birisidir.

Kadınlara yönelik şiddet, Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Kaldırılmasına Yönelik Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde de ifade ve işaret edildiği üzere, kadınlara erkek arasındaki eşit olmayan güç ilişkisinin bir tezahürü olup kadınların birey olarak kendilerini geliştirmesinin önündeki en büyük engeldir.

Kaba güce dayanan bu iktidar ilişkisinin ve kadına karşı şiddet kullanımının ortadan kaldırılması için gerekli yasal düzenlemelerin yapılması, bu şiddetin nedenlerini ve sonuçlarını araştırıp ortaya çıkaracak eğitsel araçların devletin öncülüğünde geliştirilmesi gerekir.

Türkiye Barolar Birliği olarak, "Kadına Yönelik Şiddete Karşı Uluslararası Mücadele ve Dayanışma Günü" olan bugün, en başta kadına yönelik şiddet olmak üzere şiddetin her türlüşünü lanetlediğimizi ve şiddetle mücadelede kararlı olduğumuzu bildirir, kadına karşı

şiddet kullanımının ortadan kaldırılması için gerekli yasal düzenlemelerin ivedilikle yapılmasını talep eder, bu konuda mücadele eden tüm kadınları ve kadın kuruluşlarını saygı ve dayanışma duygusuyla selamlarız. "

AVUKATLARI KREDİ VE AİDAT BORÇLARI İLE İLGİLİ DÜZENLEME YAPILACAK

Geçtiğimiz günlerde Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Ali Babacan düzenlediği basın toplantısı ile vergi ve prim borçlarının yeniden yapılandırılması hususunda sürdürülen çalışmaları kamuoyu ile paylaşmıştır.

Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin gündemine "torba kanun" ile gelecek olan bu konudaki yasal düzenlemeler içine, meslektaşlarımızın büyük bölümünü ilgilendirmekte olan; süresinde ödenmeyen Baro keseneği ile staj kredi borçlarının faizlerinin de dahil edilmesi konusunda girişimler bulunmuştur. Buna göre aşağıdaki maddelerin kanunlaşması gerekmektedir.

1- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 65. maddesine geçici bir madde eklenerek; "Ödenmemiş baro keseneği borcunun tamamının, bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren bir ay içinde ödenmesi halinde, işlemler faiz borcu silinir. Baro keseneğinin ödenmesine bağlı olarak yürütülen levhadan ve sicilden silme işlemleri bir ay süreyle durdurulur."

2- Staj kredi borcu ile ilgili olarak, Türkiye Barolar Birliği'nde bulunan verilere göre, 10.482.640,00.-TL anapara, 1.595.520,00.-TL de faiz alacağı bulunduğundan, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 27.maddesine geçici bir madde eklenerek; "Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla ödenmemiş staj kredi borcunun tamamının, bu maddenin yürürlük

tarihinden itibaren bir ay içinde ödenmesi halinde, işlenmiş faiz borcu silinir. Staj kredi borcunun ödenmemesine bağlı olarak yürütülen levhadan ve sicilden silme işlemleri ile yasal takip işlemleri bir ay süreyle durdurulur.” Türkiye Barolar Birliği Başkanı'nın hükümet ve TBMM Bütçe Komisyonu Başkanı ve milletvekilleri nezdinde yaptığı girişimler sonucunda olumlu sonuçlar alınacağı anlaşılmaktadır.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ POLİSİN ÜNİVERSİTE ÖĞRENCİLERİNE “ORANTISIZ GÜÇ KULLANMASINI” KINADI

4 Aralık 2010 tarihinde İstanbul Dolmabahçe Sarayı'nda Başbakan ve üniversiteler rektörlerinin yapacakları toplantı öncesinde görüş ve dileklerini bildirmek üzere gelmiş bulunan öğrencileri dağıtmak amacıyla polisin “orantısız güç kullanması” üniversitelerde huzursuzluğa neden olmuştur.

Bu konuda Türkiye Barolar Birliği geleceğe de ışık tutacak bir basın bildirisi yayımlamıştır.

Bildiri metni aynen aşağıya alınmıştır: “Toplanma ve gösteri yürüyüşü düzenleme ve yapma hakkı; modern siyasi demokrasinin varlığı bağlamında -asgari usul- olarak kabul edilen unsurlar arasında yer alan ve yurttaşların en geniş anlamıyla siyasal meseleler hakkında, ciddi bir ceza tehdidi ve korku altında olmaksızın, rejimin, sosyo-ekonomik düzenin ve yürürlükte bulunan ideolojinin eleştirisi de dahil olmak üzere, kendi düşüncelerini ifade edebilme hakkı olarak tanımlanan anlatım hakkının/ifade özgürlüğünün özel bir türüdür.

Düşüncelerin buluşması ve değişimi ile ortak çıkarları savunmak için silahsız ve sal-

dırsız olarak bir araya gelmek suretiyle belli fikir ve kanaatler çerçevesinde kamuoyu oluşturmayı veya siyasal karar organlarını etkilemeyi amaçlayan bu hak, gerek Anayasamız, gerekse taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile düzenlenmiş ve güvence altına alınmış olan temel haklardandır.

Anayasal ve demokratik bu hakkı kullanmak amacı ile bir araya gelen üniversite öğrencilerine yönelik olarak polis tarafından 04 Aralık 2010 tarihinde İstanbul Dolmabahçe'de kullanılan ve şiddet düzeyine varan orantısız güç, bu hakkı sınırlayan millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korunması amacıyla açıklanamayacak boyuttadır, polise verilen yetkinin sınırları dışındadır ve mutlak bir hak olan insanlık dışı veya onur kırıcı herhangi bir davranışa muhatap olmama hakkına aykırıdır.

Dahası polis tarafından kullanılan bu orantısız güç; Birleşmiş Milletlerin 10.12.1984 tarihinde kabul ettiği ve ülkemizin 16.06.1988 tarihinde onayladığı İşkence ve Diğer Zalimce, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Davranış veya Cezalara Karşı Sözleşme'nin 1. maddesi hükmüne: “Hiç kimseye işkence veya insanlık dışı veya onur kırıcı bir muamele yapılamaz...” diyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3.maddesine açıkça aykırı ve yine “Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları” suç sayan Türk Ceza Yasası'nın 94. maddesi kapsamındadır ve suçtur.

Açıklanan nedenler ile ülkemizin geleceği olan üniversite öğrencisi gençlere yönelik olarak polis tarafından orantısız güç kullanılmasını Türkiye Barolar Birliği olarak kınıyor,

sorumluları hakkında idari ve cezai takibat yapılmasını talep ediyoruz.”

TBB CMK ÇALIŞMA GRUBU TOPLANDI

Türkiye Barolar Birliği bünyesinde oluşturulmuş bulunan CMK Kurulu, 11.12.2010 Cumartesi günü Birliğimiz hizmet binasında toplanmıştır.

Türkiye Barolar Birliği CMK Kurulu çalışmalarında “*CMK Sisteminde yaşanan sorunların katlanılmaz hale geldiği, illerdeki farklı uygulamalar nedeniyle, Türkiye barolarına kayıtlı avukatların farklı sorunlar yaşadığı, bu sorunlara yönelik acil çözüm planlarının hazırlanması için tüm Baroların 25.12.2010 tarihinde Türkiye Barolar Birliği hizmet binasında toplantıya çağırılması, Baroların bu toplantıda CMK’den sorumlu Yönetim Kurulu Üyeleri tarafından temsil edilmesinin uygun olacağına, tüm Baroların CMK sistemindeki sorun ve çözüm önerilerini mutlaka yazılı olarak bildirmeleri hususunun Barolara duyurulmasına*” oybirliği ile karar verilmiştir.

Bu karar doğrultusunda 25.12.2010 tarihinde saat 10:00’da Barolarımızın CMK’den sorumlu Yönetim Kurulu üyelerinin katılımıyla Türkiye Barolar Birliği hizmet binasında bir toplantı yapılacaktır.

10 ARALIK DÜNYA HAKLARI GÜNÜ KUTLANDI

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi 10 Aralık İnsan Hakları günü dolayısıyla düzenlenen törenin ardından “*Özel Yetkili Mahkemeler*” konulu bir panel ve Karikatür Vakfı ile ortaklaşa düzenlenen “*İnsan Hakları, Tutuklu ve Hükümlü Hakları*” konulu bir sergi açtı.

İnsan Hakları Günü dolayısıyla düzenlenen törende İnsan Hakları Merkezi Başkanı Prof. Dr. Rona Aybay bir konuşma yaptı.

TBB Başkanı Av. V. Ahsen Coşar yaptığı konuşmada insan hakları ve özel yetkili mahkemeler bağlamında şunları söyledi: “*Geride bıraktığımız yirminci yüzyıl, teknoloji alanında getirdiği olağanüstü buluşların yanında, rakipsiz bir siyasal örgütlenme modeli olarak demokratik ve katılımcı yönetimlerin kurulmasına tanıklık etti. Bu gelişme ve değişmelere bağlı olarak insan hakları ve siyasal özgürlük başta olmak üzere, diğer hak ve özgürlükler yirminci yüzyılla birlikte egemen retoriğin önemli ve vazgeçilmez parçası haline geldi.*

Devlet, piyasa, hukuk sistemi, siyasi partiler, medya, sivil toplum kuruluşları, diğer kamusal çıkar grupları, bugün yaptığımız türden kamusal tartışma forumları; en başta insan hakları olmak üzere diğer hak ve özgürlükler ile demokrasi hususunda getirilen düzenlemelerin sunduğu yararların pasif alıcılığı olmaktan daha çok, değişimin aktif öznelere olarak görülen bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin artırılmasına, insan haklarının evrensel düzeyde kabul edilerek güvence altına alınmasına ve demokratikleşme sürecine önemli katkılarda bulundu.

Türkiye Barolar Birliği olarak İnsan Hakları Günü nedeniyle yaptığımız basın açıklamasında da ifade edildiği üzere, kategorik hukuk ilkeleri olarak hukuk felsefesinin merkezinde yer alan, özgürlük, eşitlik, adalet gibi ontolojik ve ahlaki değerden türeyen insan hakları, diğer bütün hak iddialarına göre ahlaki öncelik taşır. En geniş anlamda siyasal meşruluğun da ölçütü olan insan hakları, her insanın, sadece insan olması nedeniyle sahip olduğu özgürlük ve eşitlik değerlerinin başkalarınca tanınmasını ve her türden dış saldırıya karşı korunmasını gerektiren en üstün ahlaki

taleptir ve diğer bütün ahlaki, hukuki ve siyasi taleplerden önce gelir.

Yaşamak için değil, onurlu bir yaşam sürmek için gereksinim duyduğumuz insan hakları, Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinde de vurgulandığı üzere, "insanın, insan olarak özündeki onurdan" kaynaklanır. Bu öz insanın ahlaki doğasıdır.

İnsan hakları, sadece hayalleri, umutları, emelleri, önerileri, talepleri, övgüye değer düşünceleri değil, aynı zamanda haklara dayanan toplumsal değişim taleplerini de ifade etmekle, bu talepleri en başta kendi siyasal iktidarlarımız olmak üzere uluslararası topluma yöneltmemiz ve bu suretle insan hakları standartlarının egemen olduğu bir dünyanın gerçekleşmesine hep birlikte katkıda bulunmamız gerekir. Zira yirminci ve yirmi birinci yüzyılın egemen retoriği haline gelen insan hakları, modern toplumun standart tehditlerine karşı kişi onurunu korumak için insan zekasının bugüne kadar geliştirdiği en iyi ve tek yetkin siyasal ve hukuksal araçtır.

Amerikalı siyaset bilimci Jack Donnely'nin ozlü yaklaşımı ile insan hakları, birey ile devlet arasındaki ilişkinin temelini, insan hakları ile korunan alanlarda bireyin devlete önceliğine dayandırır. İnsan haklarının topluma ve devlete karşı ahlaki önceliği ve üstünlüğü vardır ve bunlar, aşırılığa kaçması halinde onları devlete karşı kullanabilen bireylerin sahipliğinde ve denetimindedirler. Bu, bütün bireylerin yalnızca eşit olduklarını değil, aynı zamanda özerk olduklarını -devletin veya yöneticilerin çıkarlarından farklı çıkar ve amaçlara ve bunları gerçekleştirme hakkına sahip olduklarını- da ifade eder.

Yine Donnely'den ödünç alarak ifade etmek isterim ki, insan hakları talebi burjuvazinin kendi sınıf çıkarlarını koruma taktiği olarak başlamış olsa da, evrensel ve vazgeçil-

mez kişi hakları mantığı bu kökenlerden çoktan kopmuş durumdadır. Sosyo-politik bireyselleşme ve devlet kurma süreçleri Batıda gerçekleşmiş olmakla birlikte, bunlar zamanla bütün dünyaya yayılmıştır. Eşit ve özerk bireylerden oluşan bir toplumun yapısal temeli böylece, kökeninin tarihsel bakımdan özgül ve rastlantısal olmasına rağmen evrenselleşmiştir. O nedenle insan hakları, gitgide artan ölçüde, yalnızca ahlaki idealler olarak görünmemekte, aynı zamanda ve hatta daha çok insan onurunu korumak ve gerçekleştirmek için hem objektif ve hem de subjektif bir zorunluluk olarak görülmektedir.

Tüm insanların dünyevi güçlerden ve ülkelerden özgürlük ve adalet konusunda doğru dürüst davranış standartları beklemeye, insan haklarına saygılı olmalarını istemeye hakları vardır. Bu standartların, hukukun ve insan haklarının kasti veya gayri ihtiyari ihlallerine tanıklık etmek ve cesaretle karşı koymak biz hukukçuların ve Baroların en önde gelen görevidir. Nitekim Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesi hükmü de salt bu nedenle olsa gerek insan haklarını savunma görevini Barolara vermiştir.

Türkiye Barolar Birliği olarak, Barolar olarak bu görevin bilincinde ve ayırtında olduğumuz için dün İnsan Hakları Günü'nü kutladık, insan hakları ihlalleri ile mücadelede kararlı olduğumuzu kamuoyuna bildirdik, bugün düzenlediğimiz bu etkinlikle evrensel insan hakları kapsamında olan adil yargılanma, masumiyet karinesi, keyfi tutuklama, savunma gibi temel korunma hakları yönünden son derece tehlikeli gördüğümüz, tehlikeli görmenin ötesinde pratikte bu hakların çiğnendiğine tanıklık ettiğimiz "Özel Yetkili Mahkemeleri" teorik ve pratik yönleriyle ülkemiz kamuoyunun gündemine taşıyor ve bu amaçla tartışmaya açıyoruz.

Geride bıraktığımız yüzyılda demokrasinin başlıca muhalifi olan totalitarizmin, insanlığa yaşattığı derin ve unutulmaz acılardan hareket eden uygar dünya, insanların adaletsiz ve haksız biçimde ceza ve önlemlere maruz kalmamaları amacı ile başta anayasaları olmak üzere, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşme ve belgelerde, bireyi ceza yasalarının keyfi uygulamalarına karşı güvence altına alan hükümlere yer vermiştir.

Bu gelişmelerin dışında kalmayan Türkiye, 1926 yılında İtalyan Ceza Kanunu'ndan iktibas ettiği Türk Ceza Kanunu ile Almanya'dan iktibas ettiği Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nu, Avrupa Birliği hedefi ve uyum paketleri çerçevesinde yenilemek suretiyle 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu ile 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemeleri Kanunu'nu kabul etmek suretiyle yürürlüğe koymuştur.

Bu değişiklikler kapsamında 12 Mart 1970 ara rejimi döneminde 1961 Anayasası'na ithal edilen, oradan da 1982 Anayasası'na taşınan Devlet Güvenlik Mahkemeleri, 5190 sayılı "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılması ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kaldırılmasına Dair Kanun" ile lağvedilmiştir. Ne var ki, kaldırılan Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin yerine, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'ni de aratan biçimde Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri getirilmiştir. İhtisas mahkemesi niteliğinde olmayan bu mahkemeler, hem bu nedenle gereksiz ve hem de yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile getirilen insan odaklı yargılama modelinin amacına ve ruhuna aykırıdır.

Şimdilerde Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemeleri Hukuku'nun en tartışmalı konu-

larından birisi olan Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nin görev, yetki ve yargılama usulleri, temel hak ve özgürlükler yönünden ciddi tehdit ve tehlikeler içermektedir. Öyle ki, Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin tabi olduğu usulle, diğer Ağır Ceza Mahkemelerinin tabi olduğu usul, gerek savunma hakkının kullanılması, gerekse sanık haklarının güvence altına alınması ve gözaltı süreleri yönünden tamamen birbirlerinden farklıdır. O nedenle Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri ve bu mahkemelerin tabi olduğu usul, yargılama birliği ilkesine, kanun önünde eşitlik ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırıdır.

Özel soruşturma ve yargılama usulleriyle, savunma hakkının kısıtlanması niteliğindeki gizlilik kararlarıyla, siyasi tehdit aracı gibi çalışan tarzlarıyla hiç de demokratik olmayan ve mahkemeden daha çok devletin ideolojik aygıtı ve hatta ihtilal mahkemeleri gibi çalışan bu mahkemelerin bir an önce kaldırılması gerekir.

Bu vesile ile ifade etmek isterim ki, sadece özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin değil, özel yetkili mahkemelerin bir diğer türü olan askeri ceza mahkemelerinin de kaldırılmaları gerekir. Dünya genelindeki gelişmeler de bu yöndedir...

Benim kişi olarak, avukat olarak askeri mahkemelere karşı olmamın nedeni az yukarıda da işaret ettiğim üzere doğrudan demokrasi anlayışından ve yargı birliğinden yana oluşumdan dolayıdır. Değil ise ülkemiz pratiği yönünden askeri mahkemeler; gerek işleyişi ve adalet dağıtışı yönünden, gerekse içti-hat yaratma bağlamında gerçekten çok iyi sınav vermiştir ve hatta sivil mahkemelerden çok daha iyi sınav vermiştir, sıkıyönetim dönemleri dahil verdiği kararlarla ülkemiz yargısının yüz akı olmuştur. Bunu da bu vesileyle ifade etmek isterim."

"İnsan Hakları, Tutuklu ve Hükümlü Hakları" konulu sergi, TBB Av. Özdemir Özok Kültür ve Kongre Merkezi salonlarında 11 Ocak 2011 gününe kadar devam edecektir.

Türkiye Barolar Birliği ayrıca aşağıdaki bildiriye de yayınlamıştır:

"Kategorik hukuk ilkeleri olarak hukuk felsefesinin merkezinde yer alan, özgürlük, eşitlik, adalet gibi ontolojik ve ahlaki değerden türeyen İnsan Hakları, diğer bütün hak iddialarına göre ahlaki öncelik taşır. En geniş anlamda siyasal meşruluğun da ölçütü olan İnsan Hakları, her insanın, sadece insan olması nedeniyle sahip olduğu özgürlük ve eşitlik değerlerinin başkalarının tanınmasını ve her türden dış saldırıya karşı korunmasını gerektiren en üstün ahlaki taleptir ve bu yönüyle diğer bütün ahlaki, hukuki ve siyasal taleplerden önce gelir.

Yaşamak için değil, onurlu bir yaşam sürmek için gereksinim duyduğumuz insan hakları, Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinde de vurgulandığı üzere, "insanın, insan olarak özündeki onurdan" kaynaklanır. Bu öz insanın ahlaki doğasıdır.

İnsan hakları, sadece hayalleri, emelleri, önerileri, talepleri, övgüye değer düşünceleri değil, haklara dayanan toplumsal değişim taleplerini de ifade etmekle, bu talepleri kendi siyasal iktidarlarımız başta olmak üzere uluslararası topluma yöneltmemiz ve bu suretle insan hakları standartlarının egemen olduğu bir dünyanın gerçekleşmesine hep birlikte katkıda bulunmamız gerekir.

Zira tüm insanların dünyevi güçlerden ve ülkelerden özgürlük ve adalet konusunda doğru dürüst davranış standartları bekleme-ye, insan haklarına saygılı olmalarını isteme-ye hakları vardır. Bu standartların, hukukun ve insan haklarının kasti veya gayri ihtiya-

ri ihlallerine tanıklık etmek ve cesaretle karşı koymak biz avukatların ve meslek örgütümüz olan Baroların en önde gelen görevidir.

Bütün bu nedenler ile Türkiye Barolar Birliği olarak bu görevin bilincinde ve ayırtında olduğumuzun, insan hakları ihlalleri ile müca- delede kararlı bulunduğumuzun ülkemiz kamuoyu tarafından bilinmesini ister, tüm insanların İnsan Hakları Günü'nü kutlarız. "

BARO BAŞKAN VE YÖNETİCİLERİ TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ'Nİ ZİYARET EDİYORLAR

Yeni göreve gelen Ankara, İstanbul, İzmir, Isparta, Şırnak, Bartın, Adana, Giresun, Eskişehir, Kastamonu, Ordu, Aksaray, Karabük, Kars baro başkan ve yönetim kurulu üyeleri Türkiye Barolar Birliği'ni ziyaret ederek Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. V. Ahsen Coşar ve Yönetim Kurulu üyeleri ile çeşitli mesleki ve yurt sorunları ile ilgili görüş alış- verişinde bulunmuşlardır.

Ayrıca gelen heyetler hizmet binası, Lİ-TAİ Konukevi ve tesislerini gezmişler bilgi almışlardır.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ ELEKTRONİK İMZA SERTİFİKASI İÇİN ALTYAPI OLUŞTURUYOR

Türkiye Barolar Birliği kendi bünyesinde oluşturduğu ISO 27001 sertifikalı, yüksek standartlı ve güvenli altyapı birimi ile her türlü iş ve ilişkilerde kullanılması giderek yaygınlaşan elektronik imza üretimine geçmeyi planlamış ve bu konuda TürkTrust'la işbirliğine başlamıştır.

Bu amaçla Türkiye Barolar Birliği tarafından verilecek elektronik sertifika hizmetlerinin teknolojik altyapısı anahtar teslimi ve bedel-

siz olarak, TürkTrust tarafından kurulacak ve en geç iki ay içinde hizmete girecektir.

Bu konudaki anlaşma TBB Başkanı Vedat Ahsen Coşar ile TürkTrust Yönetim Kurulu Başkanı Sabri Demirezen arasında 17.12.2010 tarihinde düzenlenen basın toplantısında imzalanmış bulunmaktadır.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ VE TÜRK TABİBLER BİRLİĞİ ÜÇLÜ KARARNAMEYE KARŞI ÇIKTILAR

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. V. Ahsen Coşar ile Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanı Dr. Eriş Bilaloğlu; 13 Aralık 2010 Pazartesi Günü, “*Terör ve Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Amacıyla*” çıkarılan kararnameye ilişkin ortak basın açıklaması yaptılar

“Terörle ve çıkar amaçlı suç örgütleriyle mücadele amacıyla Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı tarafından imzalanan “Üçlü Protokol”ün, terörle mücadele ve çıkar amaçlı suç örgütleriyle mücadele kapsamındaki tutuklu ve hükümlülerin muayenesi sırasında yalnız olamayacaklarını öngören 61.maddesi hükmü, insan hakları ile hekimlik mesleğinin ilkelerine aykırı olmasının yanı sıra hekimle hasta arasında bir tür “güvenlik duvarı” oluşturmakta ve sonuç olarak hastanın en temel insan haklarından olan tıbbi yardım ve tedavi alma hakkını ortadan kaldırmaktadır.

Terörle ve çıkar amaçlı suç örgütleriyle mücadele amacının gereklerini fazlasıyla aşan bu düzenleme, hastanın en temel insan haklarından olan tıbbi yardım ve tedavi alma hakkını ortadan kaldırmasının yanı sıra; tıp mesleğinin etik ilkelerini, bu bağlamda hasta/hekim ilişkisinin gizli kalması gereken niteliğini ve anayasal güvence altında olan özel

hayatın mahremiyetini ihlal eden sonuçlara yol açmaktadır.

Yürürlüğe girdiği tarihten itibaren cezaevlerinde sağlık hakkı ihlallerine, ölümlere ve meslek ilkelerini savunan hekimlerin haksız biçimde yargılanmalarına neden olan “Üçlü Protokol” az yukarıda belirtilen gizlilik ve mahremiyet ilkelerine aykırı olmasının yanı sıra hekimlik mesleğinin yürütülmesine ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelere, bu bağlamda Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’na, Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği’ne, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’ne, Hasta Hakları Yönetmeliği’ne, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği’ne, Dünya Tabipler Birliği’nin Lizbon, Amsterdam, İstanbul Bildirgeleri’ne de aykırıdır.

Ulusal nitelikteki bu mevzuat ile ülkemin taraf olduğu ve o nedenle Anayasamızın 90.maddesine göre bağlayıcılığı olan uluslararası nitelikteki; İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 25. maddesi, Avrupaİnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesi, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin 2, 4, 8, 10. maddeleri hükümleri; hastaların, ırk, dil, din ve mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, ekonomik ve sosyal durumları ile diğer farklılıkları dikkate alınmadan muayene ve tedavi edilmelerini, gizlilik ilkesine uyulmasını, kişilik haklarına saygılı olunmasını öngörmektedir.

Ulusal ve uluslararası nitelikteki bu sözleşmeler ile yasa, tüzük ve yönetmelik hükümlerine göre polis ya da diğer kolluk görevlilerinin muayene odasında bulunmaması gerekir. Hekimin, bu koşulların sağlanması için ilgililerden istekte bulunma hakkı vardır ve bu hak, aynı zamanda hekim için meslek kurallarına uyma zorunluluğundan kaynaklanan bir sorumluktur.

“Sağlık hakkı” en temel insan haklarından ve bu hakkın korunması devle-

tin en başta gelen ödevleri arasındadır. Bu hakkın, normlar hiyerarşisindeki yeri yönetmeliğin dahi altında olan "Üçlü Protokol" olarak adlandırılan düzenleme ile kısıtlanması çok açık bir hukuk ihlalidir. Bu bağlamda, üzerinde durulması gereken bir diğer husus, Anayasamızın 13.maddesinde öngörülen "ölçülülük" ilkesidir. Bu ilkeye göre, güvenlik güçlerince alınması gereken önlemlerin, insanların temel haklarını zedelemeyecek bir ölçü içinde alınmasıdır.

Birey ile hasta/hekim ilişkisinin gizlilik ortamında yürütülmesinin sağlanması devletin görevi olmakla, kaçma şüphesi, güvenlik veya benzeri nedenler ile alınması zorunlu önlemlerin bu temel ilke zedelenmeksizin alınması gerekir.

Özetle, hekimleri meslek kurallarına aykırı davranmak ve dolayısıyla disiplin suçu işlemek zorunda bırakan, insan haklarına, evrensel hukuk ilkelerine, etik değerlere, ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümlerine açıkça aykırı olan "Üçlü Protokol"ün ivedilikle yürürlükten kaldırılmasını, tutuklu ve hükümlülerin muayenesinin ulusal ve uluslararası mevzuatta öngörülen insan onuruna uygun biçimde yapılmasının sağlanmasını talep eder, bütün bu hususları kamuoyunun bilgi ve takdirlerine arz ederiz."

AVUKAT STAJYERLERİNE SOSYAL GÜVENLİK DESTEĞİ

Türkiye Barolar Birliği tarafından uzun süredir üzerinde çalışılan ve 2011 Bütçe çalışmaları aşamasında AK Parti Sinop Milletvekili Sayın Kadir Tıngıroğlu tarafından hazırlanan ve Türkiye Barolar Birliği tarafından da desteklenen avukat stajyerlerinin sağlık güvenliğine kavuşmalarını sağlayacak olan kanun teklifi, TBMM Bütçe Plan Komisyonu Alt Komisyonu tarafından ilkesel olarak uygun bulunmuştur.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. V. Ahsen Coşar, Başkan Yardımcısı Av. Talay Şenol, Hukuk Müşaviri Av. Özcan Çine ve Sağlık Danışmanı Dr. Cengiz Yavuz, 5510 sayılı Sosyal Güvenlik Kanunu'nun 60. maddesine eklenecek bir fıkra ile avukat stajyerlerinin sigortalı olmaları ve primlerinin Türkiye Barolar Birliği tarafından ödenmesi için TBMM Bütçe Plan Alt Komisyonu'nun 16 Aralık 2010 tarihli toplantısına katıldılar.

Teklifin TBMM Bütçe Plan Üst Komisyonu ve TBMM Genel Kurulu tarafından kabul edilmesi ve kanunlaşması durumunda, avukat stajyerleri genel sağlık sigortalısı sayılarak sosyal güvenlik güvencesine kavuşacak ve sigorta primleri Türkiye Barolar Birliği tarafından ödenecektir.

Türkiye Barolar Birliği yönetiminin, teklifin kanunlaşması yönünde TBMM nezdinde çalışmalarını devam ettirmektedir.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ, STAJ KURULU BAŞKANLARI/TEMSİLCİLERİ İLE ANKARA'DA TOPLANDI.

Türkiye Barolar Birliği'nin daveti üzerine Ankara'da toplanan barolarımızın staj kurulu temsilcileri, Avukatlık Stajı'nın gerek ülke, gerekse barolarımız düzeyinde sorunları, bu sorunların çözümü ile ilgili görüş ve önerilerini konuşup tartıştılar.

Toplantıda bilgi birikimlerini ve deneyimlerini paylaşan Staj Kurulu temsilcileri Türkiye Barolar Birliği'nin staj kurulu olmayan barolarda staj kurulu oluşturulması, ihtiyaç duyan barolara eğitim desteği verilmesi staj eğitiminin özellikle müfredat düzeyinde standart hale gelmesi hususunda görüş birliğine vardılar.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ İNSAN HAKLARI MERKEZİ İZMİR'DE "İNSAN HAKLARI İZLEME, RAPORLAMA VE ARŞİVLEME PROJESİ" İHİRAP'ı TANITMA TOPLANTISI DÜZENLEDİ

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi'nin oluşturduğu "İnsan Hakları İzleme, Raporlama ve Arşivleme Projesi" İHİRAP'ın tanıtılması amacıyla planladığı toplantılardan ilkinin İzmir'de 18 Aralık 2010 günü İzmir'de yapıldı. Toplantıya TBB Yönetim Kurulu üyeleri ve bölge barolarının başkan ve yöneticileri katıldılar. Toplantıda bir konuşma yapan TBB Başkanı Av. V. Ahsen Coşar, programın başarılı olması konusunda dileklerini iletti ve şunları söyledi:

"İHIRAP, yani İnsan Hakları İzleme, Raporlama ve Arşivleme Projesi, ülkemizdeki insan hakları ihlallerini izlemeyi, izleme sürecinde tespit ettiği ihlalleri raporlamayı ve arşivlemeyi amaçlamaktadır. Bu projenin uygulanmasında, barolarımızın ve insan hakları alanında çalışan avukat meslektaşlarımız ile insan hakları aktivistlerinin desteklerinin sağlanması projenin başarıya ulaşması yönünden son derece önemlidir. Esasen bugün ilkini gerçekleştirdiğimiz bölgesel nitelikteki bu toplantıların düzenlenmesinin nedeni de, projenin tanıtılması suretiyle hem barolarımızın ve hem de insan hakları alanında çalışan meslektaşlarımızın ve insan hakları aktivistlerinin proje sürecine katılımlarının sağlanmasıdır.

Hepimizin çok iyi bildiği üzere, bütün hak iddiaları bir anlamda son çare niteliğindedirler. Zira her hak, bu haktan yararlanmanın tehlikede olduğu veya inkar edildiği durumda ileri sürülür. İnsan hakları iddiası da haklar alanındaki son çaredir. Kaldı ki, bundan daha yüksek bir hak başvurusu da yoktur. O nedenle insan hakları mücadelesinin nihai amacı, bu haklara hukuken işlerlik ve geçerlilik

kazandırmaktır.

İnsan hakları, siyasal meşruluğun ölçütü olmakla, siyasal iktidarlar ve onların uygulamaları insan haklarını korudukları ölçüde meşrudurlar... Bütün bu hususlar dikkate alındığında, ulusal düzeyde insan hakları ihlallerini izlemenin, bunları raporlamanın ve arşivlemenin, yani İHIRAP'ın önemi ve işlevi daha kolay anlaşılacaktır.

İnsan hakları konusundaki kuramsal bilgi-mizi genişletmek, zenginleştirmek, argümanlarımızı güçlendirmek için, bu konuda yazılmış ve yazılacak kitaplara, makalelere, tercümelere elbette gereksinmemiz vardır. Ama en az bunun kadar insan hakları ihlallerini izleyen, bunları raporlayan ve arşivleyen saha çalışmalarına da gereksinmemiz vardır. Zira somut olay temelinde yapılan bu nitelikteki çalışmalar, bu çalışmalarda saptanan ihlallerin raporlanması, ihlallerin ve bu ihlallerin faillerinin yasal olarak üzerine gidilmesini hem kolaylaştıracak ve hem de önemli ölçüde caydırıcılık sağlayacaktır.

Geride kalan yıllarda yasal yönden yapılan iyileştirmelere rağmen ülkemizde gerek insan hakları ihlalleri, gerekse temel hak ve özgürlüklere ilişkin sorunlar devam etmektedir. Kanımca bunun en büyük nedeni mevzuatta yer alan düzenlemeler veya mevzuattaki eksiklikler değil, toplumda bir hukuka adanmış bilincinin oluşturulamamış, hukuk devleti ilkesinin yerleştirilememiş ve içselleştirilememiş olmasıdır. Hukuk devleti ve hukuk toplumu olamamanın sancılı ve sıkıntılı, bir yandan devlet ile sivil toplum arasında kopukluklara ve kırılmalara neden olmakta, diğer yandan hakların temellendirilmesini zorlaştırmaktadır. Elbette bu konuda en büyük görev ve sorumluluk devlete, devletin temel organları olan yasamaya, yürütmeye ve yargıya, yargının üç kurucu unsurundan birisi savunma olmakla, biz avukatlara ve meslek

örgütümüz olan barolara aittir. Nitekim Avukatlık Kanunu'nun 76.maddesi hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunma ve koruma görevini barolara vermiştir. O nedenle, avukat olarak, baro olarak, Barolar Birliği olarak biz görevimizi yapalım, hükümete, hükümet ve devlet organlarına yönelik şikayet ve eleştiri hakkımız saklı kalmak üzere hukuka, hukuk devleti ilkelerine, anayasa hükümlerine önce biz saygılı olalım. Türkiye'nin içine sürüklendiği hesaplaşmaya entelektüel cep-hane taşıyan taraf konumunda olmayalım. Bu mevzii tuttuğumuzda, günlük siyasal çekişmelerin ve kutuplaşmaların dışında kaldığımızda, güne dair şeyleri değil, ilkeleri konuştuğumuzda, eylem ve söylemlerimizi ilkelere üzerine kurduğumuzda, inanıyorum ki toplum üzerinde daha etkili ve inandırıcı olacağız. Türkiye'nin böyle bir sese ihtiyacı var ve o ses de biz olmalıyız.”

İSTANBUL BARO BAŞKANLIĞINA AV. DOÇ. DR. ÜMİT KOCASAKAL SEÇİLDİ

Dergimiz 91. sayısında yeni seçilen ve yeniden seçilen baro başkanlarının listesini yayımlamıştı. Seçimi Kasım ayında yapılan İstanbul Barosu Başkanlığı'na Av. Doç. Dr. Ümit Kocasakal seçilmiştir.

Sayın Başkan'ı ve yönetim kurulu üyelerini başarılarından dolayı kutlarız.

KALEM HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNE DAİR YÖNETMELİK DEĞİŞTİRİLDİ

Avukatlar açısından büyük önem taşıyan “Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk

Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik”in “Soruşturma Evrakının İncelenmesi” kenar başlıklı 45. maddesinin “savunma hakkı”nı kısıtlayıcı hükmü, TBB ile Adalet Bakanlığı arasındaki görüşmeler sonucunda aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Soruşturma evrakının incelenmesi

Madde-45- 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek şartıyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir.

Şüpheli yada müdafii soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

Şüpheli ya da müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek almasına ilişkin yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi ve ilgili hâkimin kararıyla kısıtlanabilir.

Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında üçüncü fıkra hükmü uygulanmaz.

Bu maddenin içerdiği haklardan mağdur ya da şikâyetçi ile suçtan zarar gören ve vekilleri de yararlanır.

Soruşturma evrakı soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla Cumhuriyet savcısının belirleyeceği personel huzurunda kalemde incelenir...”

Değişik hüküm *Resmi Gazete*'de yayımlanmak üzere Başbakanlığa gönderilmiş bulunmaktadır.

* Değişiklikler altı çizili ve italik olarak dizilmiştir.

AVRUPA'DAN VE CCBE'DEN HABERLER*

CEPEJ HAKKINDA

Bileneceği gibi, Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (CEPEJ), Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 18 Eylül 2002 tarih ve 2002/12 sayılı kararı ile oluşturulmuştur. CEPEJ; yasal hakların etkin bir şekilde kullanılmasını sağlayarak, vatandaşların adli sisteme güveninin artmasına yönelik çalışma ve değerlendirmeler yapmaktadır.

Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin adli sistemlerini iki yılda bir ayrıntılı şekilde değerlendiren CEPEJ bu değerlendirmelerini bir rapor halinde yayımlamaktadır.

Bu bağlamda, 2008 yılı verileri esas alınmak suretiyle, üye ülkelerin sorulan sorulara verdiği yanıtlar ve istatistikî bilgilerin değerlendirilmesi sonucunda oluşturulan 2010 yılı Raporu, 25 Ekim 2010 tarihinde yayımlanmış bulunmaktadır.

Söz konusu Rapora ve CEPEJ'in faaliyetlerine ilişkin ayrıntılı bilgiye www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/ erişilebilmektedir.

CEPEJ KRİSTAL TERAZİ ÖDÜLÜ

2005 yılından beri, Avrupa Konseyi ve AB Komisyonu tarafından ortaklaşa olarak düzenlenen ve adalet alanında verilen Kristal Terazi Ödülü (Crystal Scales of Justice) ilk defa adli ceza ve hukuk alanında verilmiştir.

Avrupa Konseyi'ne üye 20 ülkeden yarışmaya katılan 50 aday arasında yapılan değerlendirmeler sonucunda birincilik ödülü Bulgaristan Yambol İdare Mahkemesi'ne verilmiştir. Ödül, kullanıcıların adli prosedürü daha iyi anlamaları konusunda gösterilen gayretlerinden ötürü verilmiştir.

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

Diğer taraftan;

- Avusturya Linz Bölge Mahkemesi ve Mobil Araştırma Kurumu,
- Finlandiya Teknoloji Üniversitesi ve Adalet Bakanlığı
- Slovenya Yüksek Mahkemesi mansiyon ödülü almıştır.

AB KOMİSYONU'NUN 2010 TÜRKİYE İLERLEME RAPORU'NUN DEĞERLENDİRİLMESİ

AB Komisyonu tarafından 1998 yılından buyana ülkemiz için düzenli olarak hazırlanan ve müktesebata (*acquis communautaire*) uyum konusunda son bir yıl içinde kat edilen mesafeyi yansıtan İlerleme Raporu'nun on üçüncüsü 9 Kasım 2010 tarihinde yayımlanmıştır.

100 sayfadan oluşan Rapor'da; politik kriterler, AB Türkiye ilişkileri, demokrasi ve hukukun üstünlüğü, insan hakları ve azınlık haklarının korunması, bölgesel konular ve uluslar arası yükümlülükler, piyasa ekonomisi gibi genel değerlendirmelerin ardından AB üyeliğimiz kapsamında müzakere konusu olan 33 başlık altında değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir.

I. İNSAN HAKLARI VE AZINLIĞIN KORUNMASI

Rapor'un 16-30 sayfaları arasında insan hakları ve azınlık hakları irdelenmiştir. Bu bağlamda yapılan değerlendirmeler aşağıdaki gibidir:

a. BM İşkencenin Önlenmesine ilişkin Konvansiyona ek seçimlik Protokol ile AİHS'ne ek üç seçimlik Protokol'ün de onaylanmadığı hususuna dikkat çekilmektedir.

b. AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen kararlar doğrultusunda; Türkiye'de AİHS'nin artarak ihlal edildiği vurgulanmaktadır. Anılan Mahkeme tarafından verilen 553 karar AİHS'nin ihlal edildiği yönünde olmuştur. Ekim 2009 tarihinden itibaren toplam 5,728 yeni başvuru yapılmıştır. Eylül 2010 itibarıyla, 16,093 dava

derdest bulunmaktadır. Bu bakımdan, Anayasa'da yapılan değişiklik doğrultusunda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının getirilmesi, AİHM'ne yapılacak başvuruları azaltacak niteliktedir.

c. İnsan Hakları Savunucuları ceza davalarına muhatap olmaktadır, sendikacı ve insan hakları savunucularının tutuklanmaları kaygı vericidir.

d. Bununla beraber, uluslar arası insan hakları kanunu göz önüne alınmakla beraber birkaç yıldır pek çok reform devam etmektedir. İnsan hakları kurumlarına ilişkin yasal düzenlemelerin BM ilkeleri ile uyumlaştırılması gerekmektedir.

e. İnsan hakları derneklerinin imkanları, bağımsızlıkları ve etkileri bulunmamaktadır.

f. Adli yardım konusunda yeterli ilerleme kaydedilmemiştir. Adli yardım miktar ve kalite olarak yetersizdir. Konuya ilişkin sorunları değerlendirmek üzere bir denetim sistemi bulunmamaktadır.

g. Tutukevlerine ilişkin reform çalışmaları devam etmektedir. Ancak, duruşma öncesi gözaltılar hala önemli bir sorun arz etmektedir.

h. İfade özgürlüğü konusundaki açık ve özgür tartışmalar devam etmiştir. Ancak, gazeteciler aleyhine açılmış bulunan davalar ve medya üzerindeki baskılar basın özgürlüğünü etkilemektedir.

i. Ergenekon davası kapsamında gazeteciler aleyhine sürdürülen soruşturma ve davalar endişe vericidir.

j. Dernekler ve dernek kurma özgürlükleri AB düzenlemeleri ile uyumlu bulunmaktadır.

k. Din hürriyetine saygı gösterilmektedir.

II. ADLİ SİSTEM/YARGI VE TEMEL HAKLAR

Rapor'un 23. Bölümünde Adli Sistem/Yargı ve Temel Haklar (*Judiciary and Fundamental Rights*) değerlendirilmiştir. Bu bölümde yer alan en önemli değerlendirme adli sistemde olumlu ilerlemelerin kaydedildiği hususudur.



a. Yargı bağımsızlığı kapsamında Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda yapılan değişiklik ve üye sayısının yediden yirmi ikiye çıkarılması ve üyeliklerin birinci derece hakimler, Adalet Akademisi, hukuk fakülteleri ve avukatları da kapsamı olumlu değerlendirilmiştir.

b. Diğer taraftan, HSYK'nın bağımsızlığına ilişkin soru işaretlerinin doğduğu Şemdinli davasının devam ettiği belirtilmektedir.

c. Yargının tarafsızlığı kapsamında yapılan değerlendirmede; askeri mahkemelerin sivilleri yargılamasına olanak tanıyan hükümlerin Anayasa'dan çıkarılarak, yapılan değişikliklerle bu tür yargılamaların açıkça yasaklandığı belirtilmektedir.

d. Yapılan Anayasa değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesinin üye sayısının on yedi olarak belirlendiği, atamaların Cumhurbaşkanı ve Parlamento tarafından yapılacağıdır.

e. Yargının hızı ve verimliliği kapsamında bilişim teknolojilerinin yargılamaları hızlandırdığına işaret edilmektedir.

f. Yargıda yolsuzlukla mücadele bağlamında ilerlemeler kaydedildiği, Haziran 2010 tarihi itibarıyla GRECO raporunda yer alan 21 öneriden 15 tanesinin yerine getirilmiş olduğu belirtilmektedir.

g. Temel haklar konusunda bazı olumlu ilerlemelerin kaydedildiği vurgulanmış, işkence ve kötü muamelenin önlenmesi yönünde olumlu gelişmeler olduğu kaydedilmektedir.

Yargı başlığı altında yapılan eleştirinin toplu olarak değerlendirilmesi sonucunda; Anayasa'da yapılan değişiklikle HSYK'nın yapısı ve askeri yargı yetkisinin kısıtlanması olumlu birer adım olarak değerlendirilmektedir. Ancak, yargının tarafları (hakimler-savcılar-avukatlar) ve sivil toplum örgütleri ile etkin bir diyalog kurulmasına özen gösterilmesi ve bu konuda Avrupa standartlarında reformlar yapılması önerilmektedir. Diğer taraftan, yolsuzluğun azaltılması için bir strateji oluşturulmasının zorunlu olduğu vurgulanmaktadır. Temel haklar alanında ilerlemeler kaydedildiği, Anayasa'da yapılan değişikliklerle; verilerin korunması, sendikal haklar, kadın ve çocuk hakları konularında önemli değişiklikler yapıldığı değerlendirilmektedir. Bununla beraber ifade ve din özgürlüğü alanında yapılacak önemli değişikliklere ihtiyaç duyulduğu, azınlık hakları konu-



sunda çok fazla sınırlamaların yer aldığı değerlendirilmektedir.

III. ADALET, ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK

24. başlık altında değerlendirilen adalet, özgürlük ve güvenlik alanlarında istikrarsız bir gelişme kaydedilmiştir. Vize konusunda yeterli ilerleme kaydedilmemiştir. Ceza ve hukuki konulardaki adli işbirliğinde bir ilerleme kaydedilmemiştir. Yapılması gereken pek çok yasal düzenleme ve onaylanması gereken uluslararası sözleşme beklemektedir. Bu başlık kapsamında;

a. Mülteciler ve sığınma isteyenler konusunda modern, etkin ve adil bir yönetim sisteminin sağlanması, uluslar arası ve AB standartları uyum sağlanması gerekmektedir.

b. 1 Haziran 2010 tarihinden itibaren uygulanmakta olan yeni pasaportlar vize konusunda çok sınırlı da olsa ilerlemeler sağlanmıştır. Ancak, bu konuda müktesebata uyum için henüz erkendir.

c. Polis işbirliği konusunda Türkiye pek çok ikili anlaşma imzalamıştır.

d. Organize suçlarla mücadele konusunda fazla ilerleme kaydedilmemiştir. Bu konuda gayret gösterilmesi gerekmektedir.

e. Terörizmle mücadele konusunda da fazla gelişme kaydedilmemiştir. Türkiye 2010 yılında PKK'nın terörist saldırılarına hedef olmuştur.

30. AVRUPA KONSEYİ ADALET BAKANLARI KONGRESİ

30. Avrupa Konseyi Adalet Bakanları Konferansı, ülkemiz ev sahipliğinde 24-26 Kasım 2010 tarihlerinde İstanbul'da gerçekleştirilmiştir. İki gün süren konferans sonucunda "Modern, Şeffaf ve Etkin Adalet, Bugünün Avrupa'sında Cezaevi Politikası, Üçüncü Binyılda Veri Korunması ve Gizlilik başlıklı" nihai kararlar yayınlanmıştır. Konuya ilişkin daha detaylı bilgi http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/minjust/mju30/Default_en.asp adresinden temin edilebilir.

DEĞİŞEN, DEĞİŞTİRİR

THE EYE ALTERING, ALTERS ALL

Vedat Ahsen COŞAR*

başkandan / from the President

Geride bıraktığımız yüzyılın en önemli yönetim bilgelerinden olan Peter F. Drucker'ın özlü anlatımı ile bilgi, arkasında yazılı hiçbir şey bırakmamasına rağmen 2500 yıldan daha fazla bir zamandan bu yana insanlığı etkileyen ve aydınlatan Sokrates'e göre, *'kendini bilmek'*, yani *'insanın entelektüel ve ahlaki yönden büyümesi'*dir.

Sokrates'in en büyük rakibi Protagoras'a göre bilgi, *'mantık, dilbilgisi, konuşma sanatı'*dir.

Tao ve Zen felsefesine göre bilgi, *'aydınlığa, bilgeliğe, hikmete giden yol'*, yani *'kendini bilmek'*tir.

Doğulu bilge Konfüçyüs'a göre bilgi, *'neyi, ne zaman ve nasıl söyleyeceğini bilmek'*tir.

Batı ve Doğu felsefesindeki bu algılanma ve tanımlanma biçimleriyle bilgi, Drucker'ın de vurgu yaptığı üzere *'yapma, yapabilme yeteneği, işe yararlılık'* değildir. *'Yapmaya, aletlere, süreçlere, ürünlere'* uygulanan bir şey de değildir. Yani *'yapmak'* değildir. Sadece *'var olmaya'* uygulanan bir şeydir.

Onun için geleneksel bilginin yapısı geneldir. Oysa şimdi bilgi dediğimiz şey, son derece ihtisaslaşmış bir şeydir. Eskiden bir kimseden söz ederken *'bilgili insan'* demez, *'okumuş insan'* veya *'eğitilmiş insan'* derdik. Zira okumuş insanlar genel olarak pek çok konu hakkında bilgi sahibidirler, hemen her şey üzerine konuşabilirler, yazabilirler, ama yapmaya gelince, hiç de bir şey yapmazlar.

Eski Yunan'da *'sanatlar üzerine konuşma'* anlamına gelen teknoloji günümüzde, *'bilimin, pratik yaşam gereksinimlerini karşılaması ya da insanın, çevresini denetleme, biçimlendirme, değiştirme çabalarına yönelik uygulamaları ve yine bilimsel araştırmalardan elde edilen somut ve yararlı sonuçlar ile bunlara ilişkin araç, yöntem ve süreçlerin bütünü'* olarak tanımlanıyor.

Yunanlıların *'techne'* dedikleri şey olan *'beceriyle, işe yararlılıkla, zanaatla/sanatla'*, *'organize, sistematik, amaçlı bilgi'* anlamına gelen *'loji'* sözcüklerinin birleşmesinden oluşan teknoloji, gerçekte bilginin, aletlere, süreçlere,

* Av., Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

ürünlere uygulanması sonucu doğmuştur.

Sanayi Devrimi ile birlikte üretim yoğunlaşmasını, yani fabrikayı, ardından bugün hepimizin bildiği, çoğumuzun kullandığı büyük buluşları/icatları yaratan teknolojiyi sürükleyen şey ise, Drucker'ın evrimini anlattığı bilginin anlamındaki temel değişikliktir.

Bu temel değişikliğe bağlı olarak üretimin önemli bir ögesi ve hatta klasik, Marksist ve Keynesçi iktisatçıların görüşlerinin aksine sermaye aracı haline gelen bilgi, günümüzde sadece aletlere, süreçlere, ürünlere uygulanmamakta, kendisine de uygulanmakta ve bu suretle bilgiden, bilgilere ulaşılmaktadır.

'Bende bir yumurta olsa, sende de bir yumurta olsa' diyor bir Çin atasözü ve şöyle devam ediyor: *'Sen, sendeki yumurtayı bana versen, ben de, bende ki yumurtayı sana versem, ikimizin de birer yumurtası olur. Ama sen de bir bilgi olsa, bende de bir bilgi olsa, sen, sendeki bilgiyi bana versen, bende, bende ki bilgiyi sana versem, ikimizin de iki bilgisi olur.'*

Bu güzel atasözü, sadece bilginin değerini anlatmıyor, aynı zamanda bilginin, sevgi gibi paylaşıldıkça çoğaldığını da anlatıyor.

Bugün bizim *'bilgi-işlem'* dediğimiz şey, aslında bilginin bilgiye uygulanmasını sağlayan, diğer bir deyişle bilginin dönüşümü için kullanılan yöntemleri ve bu dönüşümleri gerçekleştirmek için kullanılan mekanizmaları inceleyen disiplinin adıdır.

Bilginin işlenmesinde ve iletilmesinde, giderek artmakla birlikte işitmeye dayalı basit seslerden daha çok, fonemleri, sembolleri, bu bağlamda bilgiyi temsil etmek üzere ondalık sayıları, alfabetik harfleri, kimi noktalama işaretlerini ve matematiksel sembolleri kullanan, bu yolla yeni bilgi ağları yaratan, kavramları birbirine bağlayan, yeni diller, yeni kuramlar, yazılımlar, imgeler, simgeler geliştiren, geçmişte olduğundan çok daha fazla bilgiyi biriktirme ve depolama olanağı sağlayan, bilgiyi enformasyon haline getirebilmek için verileri birbirleriyle değişik biçimlerde ilişkilendiren, onlara içerik ve işlerlik kazandıran ve bu suretle oluşan enformasyon kitlelerini daha geniş modeller halinde birleştiren bilgi-işlem mekanizması ve bu mekanizmanın geliştirdiği teknikler, bugün artık hemen bilimin her alanında, yönetimde, sanayide, ticarete, sanat ve fikir yaşamında çok yaygın biçimde kullanılmaktadır.

Marks, devrimin zamanını tanımlarken şöyle diyordu: *'Devrim, toplumsal üretim ilişkileri (yani mülkiyet ve denetim tarzı), üretim araçlarının (yani teknolojinin) gelişmesini engellediği zaman olur.'*

Marks'ın son derece isabetli olan bu tespiti, Sovyet imparatorluğunun çöküş nedenlerini de ortaya koyuyor. Sanayi Devrimi, feodal toplum ya-

pısı ile ilişkilerinin sanayinin gelişmesini engellediği için oldu. Sosyalist toplum yapısı ve ilişkileri, bilgiye, iletişim ve bilgisayar teknolojisine ve özellikle enformasyona dayalı yeni zenginlik yaratma sistemine direndiği için, yani değişimi kavrayamadığı, bu bağlamda Marks'ı iyi anlayıp yorumlayamadığı için çöktü.

Sovyet yöneticileri arasında bunu ilk gören ve itiraf eden Gorbaçov'dur. Onun için Gorbaçov kendi devrimine başlarken: *'Enformasyon çağında, en pahalı ve en değerli varlığın bilgi olduğunu en son anlayanlardan olduğumuz için çöktük'* demiştir.

Günümüzde hammaddeye, emeğe, zamana, mekana, klasik sermaye araçlarına ve öteki girdilere olan gereksinim azaldığı için bilgi, hemen her şeyi ikame etmekte, gelişmiş/ileri ekonomilerin en önemli kaynağı haline gelmekte ve süreç böyle işlediği için bilginin değeri giderek daha fazla artmaktadır.

Bir yandan yeni bilgi ağları yaratılırken, diğer yandan kavramlar birbirleriyle farklı biçimde ilişkilendirilmekte, yerel ve küresel düzeyde yeni hiyerarşiler oluşmakta, yeni düzenler, yeni varsayımlar, yeni diller, kod ve mantıklara dayalı yeni teoriler, hipotezler ve imajlar üretilmektedir. Daha da önemlisi, veriler daha çok yoldan birbirleriyle ilişkilendirilip bağlam içine oturtularak enformasyon haline getirilmekte, böylece oluşan enformasyon kümeleri giderek daha büyük modeller ve bilgi yapıları haline gelmektedir.

Barolar, aynı meslekten olan insanları ortak amaçlar için bir araya getiren kuruluşlardır. Bu nitelikteki kuruluşların işlevi bilgileri verimli kılmaaktır. Bilgiler ne kadar ihtisaslaşmış olurlarsa, o kadar fazla etkin olurlar. Gelişmiş ülkelerde kuruluşlar, bilgileri verimli kıldıkları, bilgileri ihtisaslaştırdıkları, kendi amaçları üzerinde yoğunlaştıkları, bilgiden bilgilere ulaştıkları için toplumun merkezi konumuna gelmişlerdir.

Türkiye Barolar Birliği yönetimi olarak bir süreden beri bu türden, yani bilgi, bilişim ve iletişim teknolojilerinin oluşturulmasına ve kullanılmasına yönelik bir yapılanma içerisindeyiz. Buna göre;

- Birliğimize ait www.barobirlik.org.tr adresli web sitesi, yeni grafik tasarımıyla ve daha ileri teknoloji kullanılmak suretiyle yüksek güvenilirlikli olarak yenilenmiştir.

- Çok kolay biçimde kopyalanmasının mümkün olması nedeniyle Avukatlık Kimlik Kartları, yüksek güvenilirlikli, akıllı, iki adet çipli, manyetik şeritli, yedi adet görsel kopya korumalı, hologramlı biçimde ve "tek kart çok hizmet" anlayışıyla modernize edilmiş, kart başvuru ve üretim süreci başvuru sahibinin süreci Web Sitesi ve SMS yolu ile takip edebilmesine olanak sağlayacak biçimde yapılandırılmış, Petrol Ofisi ve Sodex ile

bağitlanan entegrasyon sözleşmeleri ile kartın kullanım alanları genişletilmiş, nüfus, taşıt, tapu sorgulamalarının, sanal ofis kullanımının, UYAP aracılığı ile sicil ve iletişim bilgi değişikliklerinin ve başkaca kolaylıkların Avukatlık Kimlik Kartı aracılığı ile yapılabilmesi için gerekli alt yapı oluşturulmuştur.

- Türkiye Barolar Birliği ile Barolar arasındaki iletişim ağının kurulmasında kullanılmak üzere VPN (Sanal Özel Ağ) kurulumlarına başlanmış olup bugüne kadar 21 Baromuzda kurulum çalışmaları tamamlanmıştır. Kurulum çalışmalarının tamamlanmasından sonra Birliğimiz ile 78 baromuz arasında hızlı ve güvenli bir iletişim ağı oluşacak ve bu suretle hem digital veriler yedeklenmiş olacak, hem de hizmetin tek merkezden yapılması sağlanacaktır.

- Türkiye Barolar Birliği bünyesinde tutulan sicil bilgilerinin doğruluğu ve sicil/ruhsat işlemlerinin daha hızlı yürütülebilmesi için Ulusal Baro Ağı Projesi (UBAP) bünyesinde yazılım geliştirme çalışmaları tamamlanmış olup halen test çalışmaları sürmektedir.

- Türkiye Barolar Birliği hizmet binasının -1.katında bulunan 250 m2 büyüklüğündeki bölüme, yüksek inşaat teknikleri kullanılarak 4 bölümden oluşan doğal felaketlere ve kötü şartlara dayanıklı olacak şekilde, gelişmiş soğutma ve elektrik sistemli, elektrik kesintisinden etkilenmeyecek sunucu odaları kurulmuştur. ISO 27001 sistem güvenliği sertifikası almaya hazır bu bölümde, Türkiye Barolar Birliği bünyesinde kurulu olan sunucu sistemlerinin yeni gelişen teknoloji ve geliştirilen yazılımlara uygun olacak şekilde yerleştirilmesine başlanmıştır. Sunucu sistemlerimizin kapasitesi ülkemizdeki tüm avukatların kimlik kartları ile yapacakları işlemlere hızlı cevap verecek şekilde artırılmıştır.

- Türkiye Barolar Birliği ile TürkTrust arasında bağitlanan sözleşme ile Birlik bünyesinde elektronik imza alt kök sertifikası üretimine geçilmiş olup, uygun fiyatlı elektronik imza temin işlemlerine 2011 yılının ilk haftası itibari ile başlanılacaktır.

- Yaptırdığımız yazılım sayesinde Birliğimize ait Litai Otel'in rezervasyonlarının internet üzerinden on-line olarak ve şeffaf biçimde yapılması sağlanmıştır.

Şimdilerde, E-Birlik'in işler duruma gelmesi için gerekli olan ve günümüzde pek çok şirket, kurum ve kuruluş tarafından kullanılan bilgi yönetimi projesi, arama ve indeksleme, içerik yönetimi, portal çözümleri, doküman yönetimi sistemi, teknoboard duyuru sistemi, üye ilişkileri yönetim sistemi, kayıtlı elektronik posta sistemi ve benzeri diğer yazılım ve işletim üzerine çalışmalar devam etmektedir.

Saygılarımla.

İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KAPSAMINDA İKİ ÖNEMLİ SORUN OLARAK: MAĞDURUN İLETİŞİMİNİN TESPİTİ VE İLETİŞİMİN MAĞDUR TARAFINDAN KAYDEDİLMESİ

TWO IMPORTANT PROBLEMS RELATING TO CONTROL OF COMMUNICATION: DETECTION OF COMMUNICATION OF THE VICTIM AND RECORDING OF COMMUNICATION BY THE VICTIM

Ali İhsan ERDAĞ*

Özet: Şüpheli veya sanığın iletişimi ceza muhakemesi çerçevesinde denetlenebilmektedir. Bu denetlemenin mağdur bakımından da yapılabilmesi ise tartışmalıdır. Çalışma üç bölüme ayrılmıştır: Öncelikle, genel olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleme ve adli amaçlı olarak denetlenmesi kısaca incelenecektir. Sonra ise önce, mağdurun iletişiminin tespiti meselesi ele alınacaktır. Nihayet daha sonra da iletişimin bizzat mağdur tarafından kaydedilmesi sorunu üzerinde durulacaktır.

Anahtar Sözcükler: Mağdurun iletişiminin tespiti, haberleşme hürriyeti, iletişimi mağdurun kaydetmesi, meşru savunma.

Abstract: Communication with of the suspect or the accused can be controlled within the framework of criminal procedure. But whether such control is also possible in terms of victim is controversial. The study is divided into three parts: First of all, preventive and forensic control of communication through telecommunications will be examined briefly in general. Then, the issue of detection of communication of the victim will be examined. Finally, the problem of recording of the communication by the victim himself will be scrutinised.

Keywords: Detection of victim's communication, freedom of communication, recording of communication by victim, legitimate defense.

* Yrd. Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı öğretim üyesi.

Giriş

Konu bütünlüğü bakımından üzerinde kuşkusuz durulacak olmakla birlikte bu çalışmanın öncelikli amacı ve konusu, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin, bu konudaki doktriner ve içtihadi tartışmaları da kapsayacak şekilde derinlemesine incelenmesi değildir. Asıl konu ve amaç, bu kapsamda önemli bulduğumuz iki sorunun tartışılması ve bunların çözümüne yönelik önerilerde bulunabilmektir. Bunlardan *ilki* kendi talebi ve rızasıyla mağdurun iletişimin *ceza takip organları*¹nca denetlenmesi, özellikle tespit edilmesi (*mağdurun iletişiminin tespiti*) *diğeri ise* yine bir suç mağduru olarak üçüncü kişinin iletişimi bizzat kendisinin denetlenmesi (*iletişimin mağdur tarafından kaydedilmesi*) çerçevesinde hem bu eylemi dolayısıyla cezalandırılabilirliği hem de bu yolla elde etmiş olduğu kayıtların delil değeri kazanıp kazanamayacağı sorundur. Bu yapılırken, öncelikle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) m. 135 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olduğu şekliyle adli amaçlı olarak denetlenmesi (adli denetleme) ve başta kolluk mevzuatı olmak üzere hukukumuzda düzenlenmiş olduğu şekliyle iletişimin önleme amaçlı olarak denetlenmesi (önleme denetlemesi) meselelerine kısaca değinilecektir.

I. Genel Olarak

"İletişimin tespit edilmesi" işlemi, 5353 sayılı Kanun'un 16. Maddesiyle, 22.05.2005 tarihinde CMK'nın 135. maddesinin "*dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi*" işlemlerinin hangi suçlara ilişkin olarak yapılabileceği hususunu bir "*katalog*" suç grubu çerçevesinde tek tek saymak suretiyle belirleyen altıncı fıkrası hükmünden çıkarılmasıyla anılan diğer üç denetleme işleminden açıkça ayrılmış ve farklı bir rejime tabi tutulmuştur.²

¹ Burada ve ceza muhakemesi hukukundaki diğer çalışmalarımızda kullanmayı tercih ettiğimiz *ceza takip organları* ifadesi, Alman ceza muhakemesi hukukunda yaygın olarak kullanılan *Strafverfolgungsorgane* tabirine karşılık olarak ve kolluk, Cumhuriyet savcılığı ve muhakeme makamı olarak soruşturma ve kovuşturma organlarının tümünü ifade etmek için kullanılmaktadır.

² Bu değişikliğe ve bunun gerekçesine ilişkin açıklamalar için bkz. Şahin, Cumhuriyet, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005, (Şahin-I), s. 378 vd.

Bu özelliğinden dolayı iletişimin sadece *tespit* edilmesi işlemi, *bir yandan tüm suçlar* bakımından, özellikle telefonla taciz anlamına gelen rahatsızlık vermek, hakaret veya tehdit etmek gibi olayların aydınlatılabilmesi amacıyla da uygulanabilecek³ *diğer yandan ise* her ne kadar CMK'nın bu konudaki düzenlemelerinde “bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada ... şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilebileceğinden, dinlenebileceğinden, kayda alınabileceğinden ve sinyal bilgileri değerlendirilebileceğinden” (CMK m. 135/1) söz edilse de kararlarında Yargıtay'ın da sıkça ifade ettiği gibi bir suçun *mağdurunun* da telekomünikasyon yoluyla *iletişiminin tespit edilebilmesi* mümkün olabilecektir.⁴

Her ne kadar bu yaklaşım, özellikle suçların aydınlatılması ve böylelikle de maddi gerçeğe ulaşılması bakımından uygulamayı rahatlatığından ilk bakışta yerinde görülse de bu arada gözden kaçırılmaması gereken önemli bir husus daha vardır. Mağdurun iletişiminin bu tür tespitinde, bu tedbirin uygulandığı zaman zarfında sadece *mağdurun arayıcısı* olduğu iletişimler değil, aynı zamanda iletişimin diğer ucundaki *muhataplarının arayıcısı* oldukları iletişimlerinin de zorunlu olarak yapılan tespiti, Anayasa'nın 22. maddesi hükmüyle güvence altına alınmış bulunan haberleşme hürriyetlerine bir müdahale anlamına gelmektedir.

Bunun yanı sıra, kendisine karşı telefonla işlenen bir suçun mağduru olduğundan hareketle bir kimsenin bu görüşmeyi delil elde etme düşüncesiyle kaydetmesi de “*haberleşmenin gizliliğini ihlal*” (Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 132) ve “*kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması*” (TCK m. 133) suçlarıyla bu kayıtların delil değeri “*yasak deliller*” çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulması gereken ayrı bir sorundur.

³ Bkz. Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 630, kn. 1.

⁴ Bkz. Yargıtay 5. CD, 03.10.2005 tarihli ve 2005/14969 esas ve 2005/20489 karar sayılı kararı; 4. CD, 29.11.2006 tarihli ve 2006/4669 esas ve 2006/17007 karar sayılı kararı; 4. CD, 28.03.2007 tarihli ve 2007/1398 esas ve 2007/2879 karar sayılı kararı; 4. CD, 20.06.2007 tarihli ve 2007/4496 esas ve 2007/5905 karar sayılı kararı.

II. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi⁵ Kurumunun Türk Hukukundaki Düzenleniş Şekli

Türk ceza muhakemesi hukukuyla kolluk hukukunda telekomünikasyon⁶ yoluyla yapılan iletişim, ya suç işlenmeden önce önleyici kolluk görev ve yetkileri çerçevesinde önleme amacıyla (*istihbari amaçlı olarak*) ya da suç işlendikten sonra, bu suçu aydınlatmak ve faillerini yakalamak amacıyla (*adli amaçlı olarak*) denetlenebilmektedir.

A. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesi (Önleme Denetlemesi)⁷

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK)'nun Ek 7. maddesine 03.07.2005 tarihli 5397 sayılı Kanun'la eklenen ikinci fıkraya hükmü ve 2803 sayılı *Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu* (JTGvYK)'na yine anılan değişiklik kanunuyla eklenen Ek 5. maddesi hükmü gereği *bazı suçların⁸ işlenmesinin önlenmesi amacıyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir ve kayda alınabilir.*

Aynı şekilde 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun (DİHvMİTK) 6. maddesine 5397 sayılı Kanun'la eklenen ikinci fıkra hükmü gereği bu kanunla verilen görev-

⁵ Bıçak, teknik araçlarla izlemeyle (CMK m. 140) iletişimin denetlenmesi olgularının tamamını kapsayıcı olmak üzere "elektronik takip" kavramını kullanmaktadır, bkz. Bıçak, Vahit, *Suç Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 571.

⁶ Hakeri/Ünver'in sözlük anlamına dayandırarak "*haber, yazı, resim veya her çeşit bilginin tel, radyo, optik ve başka elektro manyetik sistemlerle iletilmesi, bunların yayımı ve alınması*" şeklinde tanımladıkları (bkz. Hakeri, Hakan/Ünver, Yener, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007 s. 229) telekomünikasyon kavramı İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği'nde "*işaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması*" olarak tarif edilmiştir (bkz. m. 4/1-j).

⁷ Önleme denetlemesine yönelik bazı değerlendirmeler için bkz. Yokuş Sevük, Handan, "Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Olarak Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler", *TBBD*, S. 67, s. 97 vd.

⁸ Bunlar, casusluk suçları hariç, CMK'nın 250. maddesinin birinci fıkrasının a, b ve c bentleri hükümlerinde sayılmış bulunan suçlardır.

lerin yerine getirilmesi amacıyla *Cumhuriyet'in, Anayasa'nun 2. maddesi hükmünde belirtilen temel niteliklerine ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir ve kayda alınabilir.*

Nihayet bu yasal düzenlemelerin uygulanmasına yönelik olarak, üzerinde durulan her üç kanunun da ilgili hükümlerinde çıkarılması öngörülmüş bulunan yönetmeliğin Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik adı altında 10.11.2005 tarihinde⁹ çıkarılmasıyla bu tarihten itibaren kanunlarda sözü edilen başkanlık da Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) adıyla kurularak önleme denetlemeleri ile CMK'nın 135-138. maddeleri hükümleriyle belirlenen çerçevede yapılacak olan adli denetlemelere ilişkin tüm faaliyetler tek bir merkezden yürütülmeye başlanmıştır.

B. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli Amaçlı Olarak Denetlenmesi (Adli Denetleme)

1. Hukuksal Dayanak

Türk ceza muhakemesi hukukuna *ilk olarak 1999*¹⁰ yılında ve muhakeme hukukumuzdaki temel muhakeme kanunumuzun dışında bir özel muhakeme kanunu olarak 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun (ÇASÖMK) "*iletişimin dinlenmesi ve tespiti*"ni düzenleyen 2. maddesi hükmüyle giren telekomünikasyon

⁹ 25989 sayılı Resmi Gazete.

¹⁰ Gerek burada üzerinde durulan ve gerekse ceza muhakemesinde özellikle organize suçlulukla mücadelede başvurulan diğer gizli soruşturma tedbirlerinin mukayeseli hukuktaki durumu hakkında geniş bilgi için bkz. Erdem, Mustafa Ruhan, *Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001; Taşkın, Mustafa, *Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 33 vd.

yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi imkanı¹¹ 2005 yılında yürürlüğe giren¹² yeni CMK'nın 135-138. maddeleri hükümlerinde daha genel bir şekilde düzenlenmiştir.¹³

Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği) adı altında 14.02.2007 tarihinde¹⁴ çıkarılan yönetmeliği de bu çerçevede bir diğer hukuksal kaynak olarak anmak gerekmektedir.

2. Kapsam

Bu düzenlemelere göre telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi birbirinden farklı dört işlemle yapılabilmektedir: İletişimi tespit etmek,¹⁵ iletişimi dinlemek, iletişimi kayda almak¹⁶ ve

¹¹ 4422 sayılı Kanun'un bu düzenlemesi hakkında bkz. Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer, "4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, s. 249 vd.

¹² Bilindiği gibi, 04.12.2004 kabul tarihli (RG: 17.12.2004-25673) 5271 sayılı yeni CMK, CMUK'nın temyize ilişkin düzenlemelerinin uygulanmasına devam edilmek üzere (5320 s. Kanun m. 8) 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹³ Ceza muhakemesindeki klasik koruma tedbirlerinin yanında, bu ve diğer yeni koruma tedbirleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bıçak, s. 571 vd.; Hakeri/Ünver, s. 228 vd.; Özbek, Veli Özer, CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, (Özbek-I), s. 565 vd.; Öztürk/Erdem, s. 629 vd.; Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa R./Sırma, Özge/Saygılar, Yasemin F./Alan, Esra, Nazari Ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (Ders Kitabı), Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 452 vd.; Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 270 vd.; Şafak, Ali/Bıçak, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, 6. Baskı, Roma Yayınları, Ankara 2005, s. 255 vd.; Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, (Şahin-II), s. 264 vd.; Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, s. 252 vd.; Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006, s. 265 vd.

¹⁴ 26434 sayılı Resmi Gazete.

¹⁵ İletişimin tespiti, İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği'nde "iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemler" olarak tanımlanmaktadır (bkz. m. 4/1-f).

¹⁶ İletişimin dinlenmesi İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği'nde kayda alınmayla birleştirilerek, "telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi

iletişime ait sinyal bilgilerini¹⁷ değerlendirmek.¹⁸

3. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesinin Şartları

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kişi özgürlüklerine yapılan “ağır”¹⁹ bir müdahaledir. Ağırdır, çünkü hakkında bu tedbir uygulanan kişi bunu *bilmemektedir*, ama örneğin arama tedbirine maruz kalan kişi arandığını bilmektedir. Yine ağırdır, çünkü burada kişinin “*en özeli*” denetlenmektedir.

Bu nedenle de bu tedbirin uygulanabilmesi, CMK’nın 135. maddesinin birinci fıkrasıyla oldukça sıkı şartlara tabi tutulmuştur:

a. CMK’nın bu yeni koruma tedbirine ancak *bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma* kapsamında müracaat edilebilecektir. Kanun koyucunun bu düzenlemesinden açıkça anlaşılmaktadır ki, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim adli anlamda ancak ve sadece bir suçun işlendiği kuşkusunu üzerine “*bastırıcı*” olarak denetlenebilir.

Bu zaman dilimi de CMK’nın benimsemiş olduğu zaman aralığı olarak “*kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesiyle*”²⁰ başlayıp “*hükmün kesinleşmesine kadar*”²¹ devam eden süreçtir.

b. Hakkında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine müracaat edilecek suçun “*işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı*” gereklidir.

ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemler” olarak tanımlanmıştır (bkz. m. 4/1-e).

¹⁷ Sinyal bilgisi kavramı, İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği’ne göre “*bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veri*” ifade etmektedir (bkz. m. 4/1-h).

¹⁸ Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği’nde “*iletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemleri*” olarak tanımlanmıştır (bkz. m. 4/1-ı).

¹⁹ Bkz. Öztürk/Erdem, s. 632, kn. 5.

²⁰ CMK m. 2/1-e.

²¹ CMK m. 2/1-f.

c. Bu koruma tedbirine ancak *son çare* olarak “*başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda*”²² başvurulabilecektir.²³

d. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişiminin denetlenmesi ancak ve sadece *hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde*²⁴ Cumhuriyet savcısının kararıyla mümkün olabilecektir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin bu kararda, *yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkan veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi* belirtilmelidir. Tedbir kararı *en çok üç ay için* verilebilecek ve bu süre, kural olarak *bir defa daha* uzatılabilecektir. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halindeyse, hakim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilmektedir.

e. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişiminin denetlenmesi kapsamında kanunen yapılması mümkün olan dört işlemde “*iletişimin tespiti edilmesi*” dışındaki üçü, yani *dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi* tedbirleri ancak CMK’nın 135. maddesinin altıncı fıkrasında sayılan suçlar bakımından uygulanabilir.²⁵

²² Subsidiaritätsgrundsatz. Alman Yüksek Mahkemesi/Bundesgerichtshof(BGH)’ne göre, *bu tedbirin uygulanmasına karar verecek olan makama, suç şüphesinin ve bu ikinci derecede uygulanabilirlik koşuluna aykırılık bulunup bulunmadığının tespiti hususunda tanınmış bir takdir yetkisi bulunmaktadır*, bkz. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt), 41, S. 30 (= Neue Juristische Wochenschrift/NJW, 1995, S. 1974).

²³ Öğretide “*son çare prensibi*” olarak da adlandırılan (bkz. Kaymaz, Seydi, *Ceza Muhakemesi’nde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, (Kaymaz-I), s. 223) *ikinci derecede uygulanabilirlik* koşulu hakkında bkz. Kaymaz, Seydi, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişiminin Denetlenmesinin Bir Koşulu Olarak Başka Suretle Delil Elde Etme İmkanının Bulunmaması”, *Fasikül, (Aylık Hukuk Dergisi)*, Yıl: 2, S. 3, (Şubat, 2010), (Kaymaz-II), s. 41.

²⁴ “Gecikmesinde sakınca bulunan hal”in tanımı için bkz. İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği m. 3/1-f.

²⁵ Bu düzenlemeye göre; “*Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:*

a) *Türk Ceza Kanununda yer alan;*

1. *Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),*

2. *Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),*

4. Mobil Telefonun Yerinin Tespit Edilmesi

CMK'nın telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine müracaat edebilmenin esaslarını düzenleyen 135. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü *şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yerinin hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilmesine de imkan vermektedir.*

Buradaki "tespit" ile CMK'nın 135. maddesinin birinci fıkrası hükmünde sözü edilen "tespit" birbirinden farklıdır. Zira orada, şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişim, yani kiminle ne zaman iletişim kurduğu tespit edilmeye çalışılırken burada, mobil telefonun yeri tespit edilerek şüpheli veya sanığın yakalanabilmesine uğraşılmaktadır.

5. Gizlilik

CMK'nın 135. maddesi hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, *tedbir süresince gizli tutulur* (CMK m. 135/5).

3. İşkence (madde 94, 95),

4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),

5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

6. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

7. Parada sahtecilik (madde 197),

8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),

9. Fuhuş (madde 227, fıkra 3),

10. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),

11. Rüşvet (madde 252),

12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),

13. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),

14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu.

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar".

6. Tedbirin Sona Ermesi ve İlgiliye Bildirim Yükümlülüğü

CMK'nın 137. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları hükümleri gereği telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı maddenin birinci fıkrasına göre hakim onayının alınmaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhal son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilmelidir.

Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç on beş gün içinde, *Cumhuriyet Başsavcılığı*, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında *ilgisine yazılı olarak bilgi vermek zorundadır*.

7. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbirine Getirilen Sınırlandırmalar

CMK, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenebilmesine bazı hallerde sınırlamalar getirmiştir. Buna göre;

a. Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınmaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halindeyse alınan kayıtlar derhal yok edilir (CMK m. 135/2).

İkinci fıkranın bu lafzından anlaşıldığı kadarıyla kayda alınmayacak olan bu iletişim, CMK'nın 135. maddesi hükmü anlamında tespit edilebilecek, dinlenebilecek ve bu iletişime ilişkin sinyal bilgileri değerlendirilebilecektir.²⁶

Şunu da belirtmek gerekir ki böyle durumlarda iletişimin karşı tarafında bulunan kişi de, yani tanıklıktan çekinme hakkı olan kişi de bu tedbire konu olan suçun şüphelisi ise kendisi hakkında da ayrıca tedbir kararı alınmış olmak şartıyla iletişimi kayda da alınabilecektir.

²⁶ Aynı yönde Öztürk/Erdem, s. 634, kn. 7.

b. CMK'nın 136. maddesi hükmü gereği şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafii bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, bu Kanun'un 135. maddesi hükmü uygulanamaz.

Meslekleri gereği CMK'nın 46. maddesi hükmü çerçevesinde tanıklıktan çekinme hakkı olan avukatlar hakkında da iletişiminin denetlenmesi çerçevesinde bu iletişimin "*kayda alınması*" tedbirinin zaten 135. maddenin ikinci fıkrası hükmü gereği uygulanma imkanı bulunmadığından 136. madde hükmündeki bu ayrı düzenlemenin uygulamada ne anlama gelebileceği meselesini ayrıca değerlendirmek gerekir. Konuyu ikiye ayırarak incelemekte yarar vardır:

Müdafii suç bizzat işlemiş veya bu suça iştirak etmiş olmak şüphesi altında *olmaması* halinde şüpheli veya sanıkla arasındaki iletişimi, CMK'nın 135. maddesinin ikinci fıkrası hükmü gereği her durumda kayda alınmazken, 136. madde hükmünde sayılan yerler, yani müdafii bürosu, konutu ve yerleşim yeri *dışındaki iletişim*leri tespit edilebilecek, dinlenebilecek ve bu iletişime ilişkin sinyal bilgileri değerlendirilebilecektir. Sonuç olarak müdafii, yüklenen suça ilişkin olarak şüpheli veya sanıkla bürosunda, konutunda ve yerleşim yerinde telekomünikasyon yoluyla kurduğu her türlü iletişimin 135. madde hükmü anlamında her türlü denetimin dışında kaldığı söylenebilir.

Müdafii suç bizzat işlemiş veya bu suça iştirak etmiş olmak *şüphesi altında olması halinde ise, bu tedbire ilişkin olarak kendisi hakkında da denetleme kararı alınmış olmak kaydıyla* 135. maddenin ikinci fıkrası hükmündeki engelin ortadan kalkacağı, yani zaten mümkün olan tespit, dinleme ve sinyal bilgilerini değerlendirme tedbirleri yanında kayda alma tedbirinin de uygulanabileceği sonucuna ulaşılabilecekken 136. madde hükmünün *salt lafzi* bir şekilde ele alınması durumunda, müdafii bu sefer kendisinin de şüphelisi olduğu bu suç, *şüpheli veya sanığa yüklenen suç* olma vasfını devam ettirdiği için, kendisiyle bürosunda, konutunda ve yerleşim yerinde telekomünikasyon yoluyla kurduğu her türlü iletişimin yine 135. madde hükmü anlamında her türlü denetimin dışında kaldığı söylenebilecektir.²⁷

²⁷ İletişimin denetlenmesi tedbirinin müdafii açısından uygulanması sorunu hakkında ayrıca bkz. Mahmutoğlu, Fatih Selami, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi", *Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim*

c. Genel Yasak: CMK'nın 135. maddesinin yedinci fıkrası hükmü gereği bu düzenlemelerle belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimi dinleyemez ve kayda alamaz.²⁸

8. Amaca Bağlılık ve Tesadüfen Elde Edilen Deliller Sorunu

Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri sonucunda ulaşılan bilgiler sadece bu tedbire müracaat edilmiş amacın kapsamında kullanılabilir.

Bu tedbir uygulanırken başlangıçtaki tedbir kararında öngörülmemiş olarak tesadüfen ele geçirilmiş olan bilgiler de ancak CMK'nın konuyu düzenleyen 138. maddesinin ikinci fıkrası hükmü çerçevesinde değerlendirilebilecektir.²⁹ Buna göre de;

“Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir”.

Buna karşılık tesadüfen elde edilen delilin, altıncı fıkradaki kataloga dahil olmayan bir suça ilişkin olması halinde ne yapılması gerektiği hakkında yasal bir açıklık yoktur. Bu yüzden sorun, ceza ve ceza muhakeresi hukukunun temel prensipleri dahilinde yorumlanmalıdır.

TCK'nın *“kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde*

Projesi (MUYEP) Tebliğleri-II, EGM Yayın Katalog No: 444, Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayın No: 43, Ankara 2008, s 413.

²⁸ CMK'nın “dinleme” ve “kayda alma”ya getirdiği bu yasak benzer bir şekilde PVSK'nın 7. maddesinin on ikinci, JTGVYK'nın ek 5. maddesinin dokuzuncu ve DİHVMITK'nın 6. maddesinin dokuzuncu fıkraları hükümleriyle de getirilmiştir. Ancak anılan her üç hükümde de sadece “dinlemeler”den söz edilmesine karşılık İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği'nin 4. maddesinin birinci fıkrası hükmünde daha yerinde olarak her dört tedbir de anılmış ve böylece de yasak kapsamına alınmıştır.

²⁹ Daha geniş bilgi için bkz. Öztürk/Erdem, s. 640 vd., kn. 21.

bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi"nin cezalandırılacağına ilişkin "*kamu görevlisinin suçu bildirmemesi*" başlıklı 279. maddesi³⁰ hükmü karşısında kuşkusuz bunun da Cumhuriyet Savcılığına derhal bildirilmesi gerekmektedir. Ancak bu durumda bu bulgu, altıncı fıkra kataloguna CMK m. 138/2'deki açık gönderme dolayısıyla muhafaza altına alınamayacak ve sırf bundan hareketle iddianame de düzenlenemeyecektir. Diğer yandan bunun, suç kuşkusunu gerekçelendirmeye yetecek bir emare olarak bu hususta soruşturmaya geçilmesine yönelik bir hareket noktası sayılmasına ise bir mani bulunmamaktadır.

III. "*Mağdurun İletişiminin Tespiti*" ve "*İletişimin Bizzat Mağdur Tarafından Kaydedilmesi*"

Mevzuatımızdaki düzenleniş şekli yukarıda incelenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine kural olarak ancak ve sadece *şüpheli* veya *sanık* hakkında başvurulabilir.

Bunu da yasal şartları dahilinde yine ancak ve sadece *ceza takip organları* yapabilir.

Dolayısıyla da bu tedbirin hem mağdur hakkında hem de mağdur tarafından uygulanabilmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte öğretide ve uygulamada, bu tedbirin "*iletişimin tespiti*" bakımından talebine dayalı açık rızasının bulunması halinde m. 135'teki usul ve esaslara uyulmadan bazen mağdur hakkında da uygulanabileceği iletişimi bazen mağdurun bizzat kendisinin de kaydedebileceği genel olarak kabul edilmektedir.

A. *Mağdurun İletişiminin Tespiti*

Gerçekten de öğretilerde suçun aydınlatılması, suç faillerinin belirlenebilmesi, delillerin elde edilebilmesi şeklindeki pratik mülahazalarla ve CMK m. 135'teki sınırlamaların yalnızca *şüpheli* veya *sanıklar* ba-

³⁰ Bu suçun adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesinin maddenin ikinci fıkrası hükmüyle *nitelikli hal* olarak tanımlanmış olduğunu da belirtmek gerekir.

kımından öngörülmüş olduğu gerekçesiyle bu kurumun, telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimin tespit edilmesi konusunda talebi, dolayısıyla da rızası bulunan, özellikle telefon vasıtasıyla yapılan huzur ve sükunu bozma, hakaret, tehdit, şantaj, cinsel taciz, rüşvet talebi vb. eylemlerin mağduru bakımından da uygulanabileceği fikri hakimdir.³¹

Bu çerçevede içeriğinin elde edilmesi söz konusu olmadığından, iletişimin tespiti işleminde, kişilerin yapmış oldukları görüşmelerin fatura düzenlemesi amacıyla kaydedildiğini zaten bildikleri, bu yüzden de kiminle, nerede, ne zaman ve ne kadar süreyle görüştüklerine dair iletişimin tespiti bakımından mahremiyet beklentilerinin iletişimin dinlenmesi veya kaydedilmesi kadar olmadığı da ileri sürülmektedir.³²

Bu görüşün, CMK Tasarısının gerekçesinde³³ yer verilmiş olan “te-
lefonla sürekli rahatsız edildikleri için polise başvurarak telefonlarının dinlen-
melerini istemiş bulunan kişiler bakımından, elbette ki bu usul uygulanmayaca-
ktır” şeklindeki yaklaşımdan da destek bulduğu³⁴ kuşkusuzdur.

Nihayet, 10. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü ile “bir soruşturma sırasında delil toplama kapsamında, somut olayın özelliğine göre mad-
di gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için zorun-
lu olduğu takdirde, açık rızasının bulunması ve iletişim aracının kendisine
ait olması şartıyla şikayetçinin iletişiminin tespiti Cumhuriyet savcısının
yazılı kararıyla” istenebileceğini düzenleyen İletişimin Denetlenmesi
Yönetmeliği’nin 2007 yılında çıkarılmasıyla bu görüş, yönetmelik dü-
zeyinde de olsa hukuksal bir dayanağa da kavuşmuş bulunmaktadır.

Bir suçun mağdurunun telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişiminin tespit edilebileceği Yargıtay’ca da kabul edilmektedir.³⁵

³¹ Bkz. Kaymaz-I, s. 169 vd; Özbek, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Ya-
yinevi, Ankara 2006, (Özbek-II), s. 429; Şen, Ersan, “İletişimin Denetlenmesi Ted-
biri”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl 2, S. 4; (Ağustos, 2007), (Şen-I), s. 114; Yenisey, Feri-
dun/Altunç, Sinan, “İletişimin Denetlenmesi Hakkında”, *Sulhi Dönmezer Armağası,
Türk Ceza Hukuku Derneği ve Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk
Araştırma Merkezi Başkanlığı Yayını*, C. II, Ankara 2008, s. 1318.

³² Bkz. Kaymaz-I, s. 170.

³³ Belirtmek gerekir ki, CMK’nın, bu arada da 135 vd. hükümlerinin yeniden düzen-
lendiği Adalet Komisyonu raporunda bu hususta bir gerekçe bulunmamaktadır.

³⁴ Bkz. Kaymaz-I, s. 170.

³⁵ Bkz. dn. 4’te aktarılan kararlar.

Yüksek Mahkeme bu durumda, CMK'nın 135. maddesi hükmünde düzenlenen esas ve usullerin uygulanmayacağını ve Cumhuriyet savcılarının bunu, CMK'nın 160 ve 161. maddeleri hükümlerinde düzenlenen genel soruşturma yetkileri çerçevesinde yapabileceklerini vurgulamaktadır.

İletişimin tespiti amacıyla mağdurun isteğine dayanarak kendisine yöneltilen talepleri Yargıtay'ca bu içtihadın geliştirilmesinden evvel geri çeviren Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın karardan sonraki dönemdeyse gereğini yaptığı da bilinmektedir.³⁶

Kanun'da, mağdurun iletişiminin tespiti ya da genel olarak denetlenmesi konusunda bir düzenleme bulunmadığı gibi, bu konuyu şüpheli veya sanık bakımından ele alan CMK'nın 135 vd. maddelerinde de bir açıklık da yoktur. Dolayısıyla konu yoruma muhtaç ve elverişlidir.

Meseleyi (telefonla arayıcı taraf olarak) mağdur ve mağdurla (kendisini aramak suretiyle) iletişim kurmuş olanlar bakımından ikiye ayırarak incelemeyen önce, bu alanda daha fazla gündeme gelen "*iletişimin tespiti*"nin diğer denetim araçlarına nazaran farklılık gösteren özelliklerine bakmakta yarar bulunmaktadır.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan bir iletişimin, yani örneğin telefonla yapılan bir konuşmanın dinlemek veya kayda almak gibi içeriğine müdahale edilmeksizin ve sadece bu konuşmaların ne zaman ve kimler arasında yapıldığının, yine örneğin telefonla haberleşme hizmeti sunucularının bu hizmetleri kapsamında tutmuş oldukları kayıtlardan yararlanılarak tespiti amacıyla yapılan ve "*dış bağlantı verileri*" olarak da adlandırılan "*iletişimi tespit etmek*" işlemi, az önce de belirtildiği gibi kanun koyucu tarafından, diğer üç benzerinden, yani "*iletişimi dinlemek*", "*iletişimi kayda almak*" ve "*iletişime ait sinyal bilgilerini değerlendirmek*" işlemlerinden nispeten ayrı bir rejime tabi tutulmuştur.

Gerçekten de kanun koyucu, CMK'nın konuyu düzenleyen 135. maddesinin "*dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi*" işlemlerinin hangi suçlara ilişkin olarak yapılabileceği hususunu bir "*katalog*" suç grubu teşkil edilerek tek tek saymak suretiyle belirlediği altıncı fıkrası hükmünde 22.05.2005 tarihinde 5353 sayılı

³⁶ Bkz. Kaymaz-I, s. 171.

Kanun'un 16. maddesi hükmüyle yaptığı değişiklik ile "*iletişimin tespit edilmesi*" işlemini bu kapsamdan çıkararak³⁷ diğerlerinden açıkça ayırmıştır.

Böylelikle iletişimin sadece *tespit* edilmesi işlemi *tüm suçlar* bakımından, özellikle telefonla taciz anlamına gelen rahatsızlık vermek, hakaret veya tehdit etmek gibi olayların aydınlatılabilmesi amacıyla da mümkün olabilmektedir.

Yargıtay'ın da paylaştığı öğretideki bu hakim fikrin, özellikle suçların aydınlatılması ve böylelikle de maddi gerçeğe ulaşılması bakımından uygulamayı rahatlattığı kuşkusuzdur ve prensip olarak tarafımızca da kabul edilmektedir.

Ancak bu sorunun, mağdurun iletişimin tespitinde CMK m. 135'teki usul ve esaslara uyulmasının zorunlu olmadığı ve uygulamanın önünün açılması gibi sadece pratik mülhazalarla halli mümkün görülmemektedir.

Mesele, bazı teorik sıkıntıları da bünyesinde barındırmaktadır. Zira mağdurun iletişiminin tespitiyle, bu tedbirin uygulandığı zaman zarfında gerek mağdurca aranan ama özellikle de mağduru arayan taraf olarak bu iletişimin diğer ucundaki muhatapların da mağdurla kurdukları bu iletişimleri zorunlu olarak tespit edilmiş olmaktadır. Bu da Anayasa'nın 22. maddesi hükmüyle güvence altına alınmış bulunan haberleşme hürriyetlerinin ihlali anlamına gelmektedir.

İşte bu yüzden konuyu, mağdur ve mağdurla iletişim kurmuş olanlar bakımından ayrı ayrı ele alma zorunluluğu bulunmaktadır:

1. Meselenin (Müşteki) Mağdur Bakımından Değerlendirilmesi

Konuya, haberleşme hürriyeti kapsamındaki mahremiyet hakkı üzerinde mutlak surette tasarruf edip vazgeçebileceği de kabul edilerek sadece mağdur açısından bakıldığında herhangi bir hukuksal so-

³⁷ Nitekim Yargıtay da 5. CD'nin, 03.10.2005 tarihli ve 2005/14969 esas ve 2005/20489 karar sayılı kararıyla, "*soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen "tespit" in CMK 135/6 fıkrası kapsamı dışında bırakıldığı*" na açıkça hükmetmiştir.

run gözükmemektedir. Zira mağdurun bu husustaki *talebi üzerine*, iletişiminin tespit edildiği zaman aralığında kendisinin (arayan taraf olarak) kimlerle iletişime geçmiş olduğunun tespit edilmesi *rızası sebebiyle* haberleşme hürriyetinin ihlali anlamına gelmeyecektir. Çünkü, iletişiminin tespiti hakkındaki talebiyle göstermiş olduğu *rıza*, TCK'nın 26. maddesi ikinci fıkrası³⁸ hükmünde düzenlenmiş olduğu şekliyle *bir hukuka uygunluk nedenidir*. Bir hukuka uygunluk sebebinin somut olayda varlığı halindeyse bilindiği gibi, artık fiilin hukuka aykırılığından söz edilememektedir. Hukuka uygunluk nedenleri, fiilin ve dolayısıyla da suçun hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadırlar.³⁹

2. Meselenin (Müşteki) Mağdurla İletişim Kurmuş Olanlar Bakımından Değerlendirilmesi

Asıl sorun, mağdurla iletişim kurmuş olan üçüncü kişiler bakımından baş göstermektedir. Zira mağdurun müracaatı üzerine tespit edilen iletişimlerinin kendisini arayan tarafı olarak onların da kendisini aramaları zorunlu olarak tespit olunacak ve böylece mahremiyet hakları zarara uğramış olacaktır.

Anayasa'nın 22. maddesinin⁴⁰ birinci fıkrasına göre, "*herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır*".

*Negatif statü hakkı*⁴¹ niteliğindeki bu özgürlük, isteyen kişinin istediği zaman istediği kişiyle istediği yolla (posta, telefon, elektronik posta, vs.) haberleşebilmesi demektir. Bu haberleşme engellenemez ve

³⁸ *İlgilinin rızası*: TCK m. 26/2, "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*"

³⁹ Bkz. Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 269. Zaten, örneğin *Alman ceza hukukunda hukuka uygunluk nedenleri için esasen "hukuka uygun hale getiren nedenler"* anlamında *Rechtfertigungsgründe* nitelemesi kullanılmaktadır.

⁴⁰ 4709 sayılı Kanun'la 03.10.2001 tarihinde değiştirilmiştir.

⁴¹ Temel hak ve hürriyetlerin, Jellinek tarafından yapılmış olan tasnifinde, pozitif statü haklarıyla (sosyal ve ekonomik haklar) aktif statü haklarının (siyasi haklar) yanındaki üçüncü grup olan negatif statü hakları (kişi hakları) *kişinin, devletçe müdahale edilmemesi suretiyle kullanabileceği haklardır*, bkz. Küçük, Adnan, *Anayasa Hukuku*, Orion Kitabevi, Ankara 2008, s. 80, 81.

gizlidir.⁴² Haberleşmeye ve bunun gizliliğine hangi hallerde müdahale edilebileceği de Anayasanın yine aynı hükmünün ikinci fıkrasında açıkça gösterilmiştir.⁴³ Bu düzenlemede dikkati çeken en önemli husus, bu müdahalenin ancak hakim kararı üzerine (veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetki kılınmış merciin yazılı emriyle⁴⁴) yapılabileceğidir.

Anayasal olarak güvence altına alınmış bulunan haberleşme hürriyeti sadece *ileriye dönük olarak* istenildiği zaman istenilen kişiyi haberleşebilmek anlamına gelmez. Aynı zamanda *geriye dönük olarak* kişinin, ne zaman kiminle haberleşmiş olduğunun açık rızası dışında veya açık bir yasal sınırlama ya da hakim kararı olmaksızın tespit ve kontrol edilememesini de güvence altına alır.

Her ne kadar bir koruma tedbiri olarak iletişimin denetlenmesi, (gecikmesinde sakınca bulunan hallerde) istisnaen Cumhuriyet savcısının kararıyla da mümkün olsa da unutmamak gerekir ki bu, şüpheli ve sanık bakımındandır ve bundan da önemlisi kanuna dayanmaktadır ve nihayetinde hakim onayına sunulmaktadır.

Ancak benzer prosedür, mağdurun iletişimin Cumhuriyet savcısı tarafından genel soruşturma yetkisi çerçevesindeki tespitiyle muhataplarının da zorunlu olarak yapılan, kendisiyle iletişimlerinin tespiti bakımından uygulanmadığında, bunların haberleşme hürriyetleri Anayasa'da izin verilenin dışında bir şekilde sınırlandırılmış olmaktadır.

Sorunun kökten çözümü için kuşkusuz en iyi ve sağlıklı yol konunun, üstelik müstakil bir hüküm ihdasına da gerek olmaksızın, CMK'nın 135. madde hükmüne yapılacak bir fıkra ilavesiyle yasal disipline kavuşturulmasıdır. Ancak bu yapılan kadar, hatta yapılsa da uygulamada, CMK'da bu yönde zorunluluk getiren bir düzenleme bulunmamasına rağmen, hürriyet sınırlandırması anlamına gel-

⁴² Geniş bilgi için bkz. Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 12 Eylül 2010 Tarihli Halkoylamasıyla Kabul Edilen 5982 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanununa Göre Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2010, s. 148.

⁴³ Bkz. Seyfettinoğlu, Ümit, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Türk Hukukunda Özel Hayat Kapsamında Haberleşmenin Gizliliği*, (Mustafa Kemal Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hatay 2010, s. 53, 54.

⁴⁴ CMK m. 135 çerçevesinde *Cumhuriyet savcısının kararıyla* (f. 1).

diğinden Anayasa m. 22/2'de de belirtildiği üzere *hakim kararına (ya da onayına)*⁴⁵ başvurulması veya en azından *kanuna karşı hile yoluna* başvurulurarak bu konudaki CMK m. 135 vd.'ndaki sınırlayıcı hükümlerin bertaraf edilmesine imkan tanımayacak⁴⁶ ve konuyu, kanuni sınırları dahilinde de olsa *aleniyet kazandırılmadan* olabildiğince gizli tutabilecek bir yol geliştirilmesi zorunludur.

B. İletişimin Bizzat Mağdur Tarafından Kaydedilmesi

Bu kapsamda ele alınması gereken bir diğer önemli sorun da bir suç mağdurunun kendisini telefonla arayan kişiyle yaptığı konuşmayı delil etmek amacıyla kayda alıp alamayacağı devamındaysa yaptığı bu kaydı ceza takip organlarıyla paylaşıp paylaşamayacağı meselesidir.

Telefon vasıtasıyla işlenen bir suçun mağdurunun, aranması üzerine telefonunu açmasıyla yaptığı görüşmeyi kaydedebileceği ve bu kayıtların da pekala delil değeri kazanabileceği öğretide genel olarak ileri sürülmekte ve bu görüş tarafımızca da kabul edilmektedir.

Bilindiği gibi, iki kişi arasındaki bir konuşmanın, konuşmayı yapanlardan biri tarafından kaydedilmesi esasen suçtur.

Gerçekten de bu durumda olan bir kişi, TCK'nın özel hükümleri dokuzuncu bölümünde "Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar" başlığı altında yaptırımı bağlanmış bulunan eylemler çerçevesinde, bir yandan "*kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması*"na ilişkin 133. maddenin "*katılınan aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda almayı*" yasaklayan ikinci fıkrası hükmü gereği, diğer yandan da "*haberleşmenin gizliliğini ihlal*" suçuna ilişkin 132. maddenin "*kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etmeyi*" yasaklayan ikinci fıkrası gereği kural olarak cezalandırılmaktadır.

⁴⁵ Haberleşme özgürlüğüne müdahalenin, ancak anayasal sınırları ve koşulları dahilinde ve hakim kararı veya onayıyla mümkün olabileceği hususunda ayrıca bkz. Seyfettinoğlu, s. 53; Şen, Ersan, *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir*, Genişletilmiş-Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, (Şen-II), s. 62.

⁴⁶ Yerinde olan bu endişe için bkz. Kaymaz-I, s. 169.

Çalışmamız çerçevesinde tartışılması gereken konuya, bir kimse- nin, bunu, kendisine karşı suç işlendiğinde, örneğin telefon vasıtasıyla yapılan huzur ve sükunu bozma, hakaret, tehdit, şantaj, cinsel taciz, rüşvet talebi vb. eylemlerle muhatap olduğunda, bu suçun delili olmak üzere yapmış olması halidir.⁴⁷

Öğretide tartışılmış olan bu durumda genel olarak suçtan söz edilemeyeceği fikri kabul görmekle birlikte konunun, kasta, delil yasaklarına veya meşru savunmaya dayandırılarak farklı şekillerde gerekçelendirildiği gözlemlenmektedir.

1. Konuya “Kast” Çerçevesinde Yaklaşan Görüş

Kasttan hareket eden görüş, *kişinin kendisine karşı yapılan haksız harekete karşı delil toplama niteliğinde bir eylemde bulunduğunu, konuşmaları karşı tarafın rızası olmadan kayda alma kastının olmadığını, kendisine karşı gerçekleştirilen eylemi delillendirme iradesi ve kastının bulunduğunu ve bu yüzden de iki kişi arasındaki konuşmayı bunlardan birinin, failin konuşmalarını delil olarak kayda almasının suç olmayacağını ve bunların mahkemede delil olarak da kullanılabileceğini ifade etmektedir.*⁴⁸

2. Konuya, Bu Kayıtların CMK m. 217/2 Anlamında Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş Bir Delil Olarak Yaklaşılması

Konuya, delil yasakları çerçevesinde de çözüm aranmıştır.

Türk hukukunda ceza muhakemesindeki delil yasaklarına ilişkin olarak iki önemli doğrudan düzenleme bulunmaktadır.⁴⁹

⁴⁷ Benzer durum, bir kimsenin bir suça tanıklığından dönmemesi için konuşur- luy kendinden habersizce kayıt yapılması hali için de geçerlidir, bkz. Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt III (madde 86-146), Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 4096.

⁴⁸ Bkz. Meran, Necati, *Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 683.

⁴⁹ Hukukumuzda delil yasaklarına ilişkin diğer doğrudan düzenleme olarak CMK m. 148/3 ve (CMK m. 206/2-a, 230/1-b ve 289/1-i gibi) dolaylı düzenlemeler hakkında bkz. Erdağ, Ali İhsan, “Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmemiş Olan Delillerin Durumu (Yasak Deliller)”, *Hukuk Dosyası*, Yıl: 1, S. 1, (Ocak, 2009), 24 vd.

Bunlarda ilki Anayasa'nın "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar"ı düzenleyen 38. maddesine, AB müktesebatına uyum çerçevesinde 03.10.2001 tarihinde çıkarılan 4709 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle eklenen altıncı fıkrası hükmüdür. Buna göre "kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez".⁵⁰

Diğeri ise, CMK'nın 217. maddesinin ikinci fıkrası hükmüyle benimsenmiş bulunan "genel yasak"tır ki buna göre de *yüklenen suç, ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delillerle ispatlanabilir*.

2005 yılında yeni CMK'nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde ise, bilindiği gibi durum biraz farklıydı. Delillerin hukuka aykırı olarak üçüncü (özel) kişilerce ele geçirilmesi meselesinin farklı yorumlanmış olması dolayısıyla o döneme de kısaca bakmak gerekmektedir.

Gerçekten de 1992 yılında 3842 sayılı Kanun'la yapılan geniş kapsamlı reformla CMUK'nın 254. maddesine eklenen ikinci fıkrayla *soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağı* prensibi kabul edildikten sonra⁵¹ öğretilerde bir dönem özel kişilerin hukuka aykırı da olsa elde ettikleri delillerin yargılamada kullanılabilceği fikri savunulmuştu.⁵²

⁵⁰ Belirtmek gerekir ki, fıkra metninde geçen "kanun" tabiriyle "maddi kanun" ifade edilmektedir. Yani sadece şekli anlamda kanun değil, bütün pozitif hukuk düzenlemeleri kastedilmektedir.

⁵¹ Delil yasakları konusunda bu değişiklik ile *mutlak yasak* modeline geçilene kadar CMUK'nın *mutlak kabul* sistemini benimsemiş olduğu da burada belirtmekte fayda vardır. Bilindiği gibi, bu iki model arasında bir de *esnek* sistem bulunmaktadır. Örneğin Ceza muhakemesi kanunları *Strafprozeßordnung* (StPO)'un aynı zamanda, bizim eski CMUK'nın 135a maddesi hükmünün mehazı olan 136a maddesi hükmüyle sadece yasak yöntemlerle alınmış ifadelerle ilişkin bir doğrudan değerlendirme yasağı kabul etmiş bulunan *Alman ceza muhakemesi* sisteminin de bir mensubu bulunduğu bu modelde, hukuka aykırı olarak elde edilen bulgular ne her durumda kayıtsız şartsız delil değeri kazanabilmekte ne de tamamen değersiz hale gelmektedir. Bu modelde, elde edilişi sırasında yapılan hukuka aykırılık pek vahim değilse ve bu aykırılıkla insan haklarının özünü de dokunulmamışsa hukuka aykırı olarak ele geçirilen bu bulgu, ilişkin olduğu suçu aydınlatmak için yürütülen muhakeme faaliyeti çerçevesinde zaten bu hukuka aykırılık yapılmamış olsaydı da kuvvetle muhtemel hukuka uygun bir şekilde de ele geçirilebilecek idiye pekala delil değeri kazanabilmektedir, bkz. Erdağ, s. 25, 26; Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, *Strafverfahrensrecht*, 26., völlig neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2009, 5. Kapitel, § 24.

⁵² Özel kişiler tarafından elde edilen delillerle ilgili olarak bkz. Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoglu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi*

Ancak, 2001 yılında Anayasa'nın 38. maddesine az önce anılan ve delillerin elde edilmesinde soruşturma ve kovuşturma organlarıyla özel kişiler arasında bir ayırım tanımayan altıncı fıkra hükmü eklendikten sonra⁵³ bu görüşler de geçerliliğini tamamen yitirmiştir.⁵⁴

Hele bir de yeni CMK'nın yine az önce anılan 217/2 maddesinin ihdasıyla artık hukukumuzdaki bu açık düzenlemeler karşısında, hukuka uygun bir şekilde elde edilmemiş olan delillerin, kim tarafından ele geçirilmiş olduğuna bakılmaksızın ve adil yargılama amacıyla da olsa yargılamalarda değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir.

Dolayısıyla bu yol, bizzat mağdurun kendisi tarafından yapılmış olan iletişim kayıtlarına delil değeri kazandırılabilmesi için yapılacak yorumlara artık tamamen kapalıdır.

CMK gibi yine 2005 yılında⁵⁵ yürürlüğe girmiş bulunan yeni TCK'nın meşru savunma kapsamında benimsemiş olduğu yeni konsept karşısında artık soruna bu yolla çözüm arama gayretine esasen gerek de kalmamıştır.

3. Meşru Savunma (TCK m. 25/1)

TCK'nın 25. maddesinin birinci fıkrası hükmü gereği “*gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu işlenen fiilin*” failine bu meşru savunması dolayısıyla ceza verilmez.

Hukuku, 16. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2008, s. 1099, No.61.3; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 376.

⁵³ Hatta *Anayasa Mahkemesi* 22.06.2001 tarihli ve 1999/2 esas ve 2001/2 karar sayılı kararı ile daha bu değişiklikten önce, özel kişilerce hukuka aykırı surette elde edilen delillerin yargılamada değerlendirilemeyeceğine hükmetmişti, bkz. *AMKD*, 2002, s. 1465.

⁵⁴ Aynı yönde bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 376.

⁵⁵ Bilindiği gibi, 12.10.2004 tarihinde *Resmî Gazete'* de yayımlan (RG 25611) 5237 sayılı TCK, yürürlüğünü düzenleyen 344. maddesi hükmü gereği yayımı tarihinde yürürlüğe giren “imar kirliliğine neden olma” başlıklı 184. maddesi ile yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra yürürlüğe giren “çevrenin kasten kirlenmesi” başlıklı 181. maddesinin birinci fıkrası ve “çevrenin taksirle kirlenmesi” başlıklı 182. maddesinin birinci fıkrası dışındaki diğer hükümleri itibarıyla 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Meşru savunmadan söz edebilmek için saldırının halen mevcut olması⁵⁶ gerekmektedir.

Dolayısıyla saldırı başlamadan önce veya bittikten sonra⁵⁷ yapılan savunmanın meşruluğundan söz edilemez.

Bir kimsenin, kendisini telefonla arayan bir kişiyle yapmış olduğu ve kendine göre içeriği suç olan bir görüşmeyi *kaydetmesi* ile bu kaydı ceza takip organlarına *vermesini* ayrı değerlendirerek, kayıt işleminden sonra haksız saldırının artık esasen bittiğinden bahisle, ilk etapta, *kaydın* meşru savunma *kapsamında* olmasına rağmen *vermenin* bu kapsam *dışında* kalacağı ileri sürülebilir.

Ancak gözden kaçırmamak gerekir ki, meşru savunmanın şartlarından biri olarak saldırı, TCK 25/1'de "*gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak*" şeklinde 765 sayılı (mülga) TCK'nın bu konudaki 49/b.2'deki "*bir taarruzu filhal defî zaruretinin*" ibaresine nazaran daha geniş bir şekilde düzenlenmiştir.⁵⁸

Tekrarı muhakkak" saldırıdan anlaşılması gereken tekrarı beklenmeyecek şekilde tamamen bitmiş olan bir saldırının yeniden yapılması değildir. Saldırı, *saldırı ve savunmanın zaman itibarıyla birebir karşılığı* çerçevesinde, savunmanın yapıldığı an itibarıyla bitmiş gibi görünse de bu savunma yapılmamış olsaydı tekrar edecek idiyse⁵⁹ mevcuttur, yani devam etmektedir.

Bu yeni düzenleme çerçevesinde "*kayıt altına alma*" gerçekleşen bir haksız saldırıya karşı "*kayıtları ceza takip organlarına verme*" ise *tekrarı muhakkak* bir haksız saldırıya karşı yapılmaktadır. Yani her ikisi de *meşrudur*.

⁵⁶ Bkz. Özgenç, s. 303.

⁵⁷ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 273.

⁵⁸ Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 272.

⁵⁹ Daha sonradan, bu saldırının esasen devam etmeyeceği veya edemeyeceğinin her hangi bir şekilde anlaşılması halindeyse, kaydı yapan mağdurun bu hatasından, TCK m. 30/3 çerçevesinde yararlanabileceği de hatırlatılmalıdır.

Netice olarak, meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğinden,⁶⁰ üzerinde durulan sorunda mağdurun eyleminin haberleşmenin gizliliğini ihlal veya kişiler arasındaki konuşmaların kayda alınması ya da benzeri başka bir suçta vücut vermediği gibi yapmış olduğu kayıtların da hukuka uygun olarak ele geçirilmiş olduklarından pekala delil olarak değerlendirilebileceği söylenebilir.

C. Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Alman Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukundaki Durum

1968⁶¹ yılından bu yana bir koruma tedbiri olarak *uzakla iletişimin denetlenmesini* hüküm altında bulunduran Almanya'da bu konuda, bir yandan ceza muhakemesi hukuklarının temel kanunu olan *Strafprozeßordnung* (StPO)'un 100a vd. maddelerinde, tali olarak diğer yandan da *Telekommunikationsgesetz* (TKG)⁶²'te düzenlemeler bulunmaktadır. Alman ceza muhakemesi hukukunun bu konudaki çekirdek hükmü niteliğinde olan 100a maddesi, 21.12.2007 tarihinde yeniden düzenlenmiş⁶³ ve son olarak da 30.07.2009 tarihinde değiştirilmiştir.⁶⁴

StPO'nun 100a maddesi *iletişimin denetlenmesi ve kayda alınması işlemlerinin* hangi suçlara ilişkin olarak yapılabileceğini bizdeki 135. madde hükmüne benzer bir şekilde bir katalog suç grubu ihdas ederek düzenlemektedir. Devamındaysa 100b maddesi hükmüyle *denetleme kararları ve bunların alınması usulü*, 100c ve 100f maddeleri hükümleriyle *şüphelinin içinde bulunduğu konutlarda ve şüphelinin bulunduğu konut dışı alanlardaki konuşulanların dinlenmesi ve kayda alınması* (100d maddesi hükmüyle 100c maddesinde sözü edilen tedbire ilişkin *kara-*

⁶⁰ Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 555; Tezcan, Durmuş/Erden, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Genişletilmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 507; Yaşar/Gökcan/Arıtuç, s. 4097.

⁶¹ Almanya'da bu konuya ilişkin düzenlemeler ilk olarak 13.08.1968 tarihli kanunla CMK'ya ilave edilmiştir.

⁶² 22.06.2004 tarihli (BGBl. I, S. 1190).

⁶³ BGBl. I, S. 3198.

⁶⁴ BGBl. I, S. 2437.

rı ve bunun alınması usulü), 100g maddesi hükmüyle iletişimin tespiti,⁶⁵ 100h maddesi hükmüyle konut dışında görüntüleme ve teknik araçlarla izleme ve nihayet 100i maddesi hükmüyle de mobil telefonun cihaz numarasıyla yerinin ve içindeki SİM kartının numarasının tespit edilmesi konuları düzenlenmiştir.

Alman hukukunun bu düzenlemelerine göre, sadece suç şüphesi altında bulunan bir kimsenin iletişimi yine sadece ceza takip organlarınca denetlenebileceğinden mağdurun iletişimin tespiti ve iletişimin bizzat mağdur tarafından kaydedilmesi, aynen bizde olduğu gibi esasen mümkün değildir.

Buna rağmen, iletişimin delil etmek amacıyla mağdurca kaydedilmesi sorununa *delil yasakları ve meşru savunma* çerçevesinde yaklaşılması mümkündür.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, Anayasa m. 38/6 ve CMK m. 217/2 çerçevesinde delil hukukumuzda hem ceza takip organlarını hem de özel şahısları kapsayacak şekilde hakim olan *mutlak yasak prensibi* benzer düzenlemeleri içermediğinden Alman hukuku bakımından geçerli değildir.

Gerçekten de delil yasakları kapsamındaki doğrudan düzenlemelerimiz çerçevesinde Alman hukukunda sadece CMK m. 148'e karşılık gelecek şekilde Alman CMK 136a maddesi hükmü bulunmakta buna karşılık Anayasa m. 38/6 ve CMK m. 217/2 anlamında bir genel ve mutlak yasaksa bulunmamaktadır.

Bu yüzden de yasak delili bir özel kişinin elde etmiş olması hali Almanya'da pekala bizden farklı olarak yorumlanabilmektedir.

⁶⁵ Önemle belirtmek gerekir ki, TKG'nin, telefon hizmeti sağlayıcılarına, kamuya açık telefonlarla yapılan görüşmelere ilişkin verilerin kayıt altına alınması ve bu kayıtların belirli bir süre saklanması hususunda getirmiş olduğu yükümlülüğü düzenleyen *Speicherungspflichten für Daten* başlıklı 113a maddesi Alman Anayasa Mahkemesi/*Bundesverfassungsgericht* (BVerfG)'nin 02.03.2010 tarihli (BGBl. I, S. 272) kararıyla Almanya Anayasası/*Grundgesetz* (GG)'nin *haberleşme hürriyetini* güvence altına alan *Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis* başlıklı 10. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesiyle bu hükme atf yapan Alman CMK'nun 100g maddesi de birinci fırcasının ilk cümlesindeki bu göndermesi bakımından kısmen iptal edilmiş olmaktadır.

Bu konuda öğretiyeye hakim olan ve mahkemelerce de uygulanan görüş çerçevesinde, CMK'nın delil yasakları konusundaki düzenlemeleri sadece ceza takip organlarına yönelmiş olduğundan, hukuka aykırı yolla da olsa özel şahıslarca elde edilen bulgular yargılamalarda prensip olarak delil değeri kazanabilmektedir.⁶⁶ Ancak, bunun elde edilişi sırasında yapılan hukuka aykırılığın ağır bir insan hakkı ihlali olması hali ise bu uygulamaya istisnadır.⁶⁷

Netice olarak kendisine karşı telefonda bir suç işlendiği düşüncesiyle bu görüşmesini kaydeden kişinin bu kayıtları, pek ağır bir insan hakkı ihlali de ihtiva etmiyorsa, örneğin suç konusu dışında ve çok özel (intim) konuşmalar içermiyorsa, Almanya'da pekala delil olarak değerlendirilebilecektir.

Ancak bu sonuç bizde, az önce de vurgulandığı gibi, Anayasanın 38. maddesinin *kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların, delil olarak kabul edilemeyeceğine* ilişkin altıncı fıkrası ile CMK'nın *yüklenen suçun, ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delillerle ispatlanabileceğinden* söz eden 217/2 hükümlerinin bu açık düzenlemeleri dolayısıyla mümkün değildir.

Haksız saldırının halen devam etmesi şartı bakımından bizde olduğu kadar rahat olmasa da, sorunu meşru savunma çerçevesinde çözmek, Alman hukuku çerçevesinde de mümkündür.

Bir kimsenin biriyle telefonla konuşurken, bu görüşmeyi gizlice kaydetmesi Alman Ceza Kanunu/*Strafgesetzbuch* (StGB)'nin konuşmaların mahremiyetinin ihlalini yaptırım altına alan 201. maddesi çerçevesinde esasen suçtur.

Ancak bu, bir hukuka uygunluk nedeni kapsamında yapıyorsa⁶⁸ ki bir kimsenin, bunu, kendisine karşı, örneğin telefon vasıtasıyla hakaret veya tehdit suçu gibi eylemlerle muhatap olduğunda, bu suçun

⁶⁶ Roxin/Schünemann, 5. Kapitel, § 24, V ve orada zikredilenler.

⁶⁷ Bir kimsenin özel konuşmalarının banda kaydedildiği bir olayda, *Alman Yüksek Mahkemesi* (BGH) bunun ayrıca ceza yargılamasında da kullanılmasını, insan haklarının, kaydetmenin üzerine bundan bağımsız yeni bir ihlali olarak değerlendirmiştir, bkz. BGHSt, 14, S. 358.

⁶⁸ Graf, Jürgen P., *Gesetzes Kommentar, Beck'scher Online-Kommentar* (Stand 11.08.2009), S. 23, Rn. 97.

delili olmak üzere yapmış olması hali orada da meşru savunma içerisinde değerlendirilmektedir,⁶⁹ suçtan söz edilememektedir.

Bu sonuca ulaşmanın, Alman Ceza Kanunu'nun meşru savunmayı düzenleyen 32. maddesinin ikinci fıkrasındaki tanımında *halen devam eden bir haksız saldırıdan*⁷⁰ bahsedilmesine karşılık TCK'da *tekrarı muhakkak haksız saldırılara* karşı yapılan savunmaların da *açıkça* meşru sayılmasından ötürü bizde nispeten daha kolay olduğunu da belirtmek gerekir.⁷¹

Netice olarak ifade etmek gerekir ki, üzerinde tartışılan kayıtlar, bizde yasak delil kapsamında olduğundan, sorun sadece meşru savunma prensipleri çerçevesinde çözülebiliyorken, Almanya'da hem delil yasakları hem de meşru savunma mülahazaları ile benzer sonuca ulaşabilmektedir.

IV. Sonuç

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi imkanı, Türk hukukuna ilk olarak 1999 yılında, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun "*iletişimin dinlenmesi ve tespiti*"ne ilişkin 2. maddesi hükmüyle girmiştir. Kurum daha sonra, 2005 yılında yürürlüğe giren CMK'nın 135-138. maddeleri hükümlerinde genel bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiştir.

CMK'nın bu düzenlemelerine göre telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi birbirinden farklı dört işlemle yapılabil-

⁶⁹ Lackner, Karl/Kühl, Kristian, *Stragesetzbuch (Kommentar)*, 26. neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2007, § 201, Rn. 12.

⁷⁰ § 32/II StGB: "Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen *rechtswidrigen Angriff* von sich oder einem anderen abzuwenden" (Alman CK m. 32/2: "Meşru savunma, kişinin kendisine veya bir başkasına yönelik olarak halihazırda devam eden hukuka aykırı bir saldırıya karşı koyması için zorunlu olan savunmadır).

⁷¹ Tartışmalı olmakla birlikte (bkz. Wessels, Johannes/Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 40. überarbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2010, § 8, V, 1, Rn. 328), saldırının tekrarının muhakkak olmasının da *halen devam eden saldırı* kavramına dahil olduğu kabul edilse bile Almanya bakımından bu, ancak yorumla mümkün olabilmektedir. Bizde ise az önce açıklandığı gibi, kanunda açıkça belirtilmiş olduğundan bu husus tartışmasız kabul edilmektedir.

mektedir: İletişimi tespit etmek, iletişimi dinlemek, iletişimi kayda almak ve iletişime ait sinyal bilgilerini değerlendirmek.

Bu tedbir kapsamındaki bu işlemlere de yasal şartları dahilinde ancak şüpheli veya sanığa karşı başvurabilmektedir.

CMK'nın 135. maddesinin altıncı fıkrası hükmü gereği, dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri sadece orada katalog halinde sayılan suçlara ilişkin olarak yapılabilmektedir. Buna karşılık bu sınırlama, iletişimin tespiti işlemi bakımından geçerli olmayacağından bu tedbire bütün suçlara karşı yürütülen soruşturmalarda başvurulabilmektedir.

Hatta bunun da ötesinde, gerek öğretide gerekse uygulamada suçun aydınlatılması, suç faillerinin belirlenebilmesi, delilerin elde edilebilmesi şeklindeki pratik mülahazalarla ve CMK m. 135'teki sınırlamaların yalnızca şüpheli veya sanıklar bakımından öngörülmüş olduğu gerekçesiyle bu kurumun, telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimin tespit edilmesi konusunda talebi, dolayısıyla da rızası bulunan, özellikle telefon vasıtasıyla işlenen hakaret, tehdit, cinsel taciz vb. suçların mağduru bakımından da uygulanabileceği genel olarak kabul edilmektedir.

Bu yaklaşımın özellikle suçların aydınlatılması ve böylelikle de maddi gerçeğe ulaşılması bakımından uygulamayı rahatlattığı da ayrı bir gerçektir.

Prensip olarak bu görüşü paylaşmakla birlikte ifade etmeliyiz ki, mağdurun iletişimin tespitinde CMK m. 135'teki usul ve esaslara uyulmasının zorunlu olmadığı ve uygulamanın önünün açılması gibi sadece pratik mülahazalarla bu sorunun halli mümkün değildir.

Mesele, bazı teorik sıkıntıları da bünyesinde barındırmaktadır. Zira mağdurun iletişiminin tespitiyle, bu tedbirin uygulandığı zaman zarfında gerek aranan gerekse arayan taraf olarak bu iletişimin diğer ucundaki muhatapların da mağdurla kurdukları iletişimlerinin zorunlu olarak yapılan tespitlerinin Anayasa'nın 22. maddesi hükmüyle güvence altına alınmış bulunan haberleşme hürriyetlerine bir müdahale anlamına geldiği unutulmamalıdır.

Bu kapsamda ele alınması gereken bir diğer önemli sorun da bir suç mağdurunun kendisini telefonla arayan kişiyle girdiği iletişimi

kayda alıp alamayacağı, kayda aldığı bu iletişime ilişkin bilgileri ceza takip organlarıyla paylaşıp paylaşamayacağı meselesidir.

Telefon vasıtasıyla kendisine karşı suç işlenen kişinin, aranması üzerine telefonunu açmasıyla yaptığı görüşmeyi kaydedebileceği ve bu kayıtların da pekala delil değeri kazanabileceği ileri sürülmekte ve bu tarafımızca da kabul edilmektedir.

Meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğinden, üzerinde durulan sorunda mağdurun eyleminin haberleşmenin gizliliğini ihlal veya kişiler arasındaki konuşmaların kayda alınması ya da benzeri başka bir suça vücut vermediği gibi yapmış olduğu kayıtların da hukuka uygun olarak ele geçirilmiş olduklarından pekala delil olarak değerlendirilebileceği kuşkusuzdur.

KAYNAKLAR

- Bıçak, Vahit, *Suç Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- Erdağ, Ali İhsan, "Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmemiş Olan Delillerin Durumu (Yasak Deliller)", *Hukuk Dosyası*, Yıl: 1, Sayı: 1, (Ocak, 2009), s. 23-26.
- Erdem, Mustafa Ruhan, *Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.
- Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer, "4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi", *Prof.Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını*, İzmir, 2000, s. 249-303.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 12 Eylül 2010 Tarihli Halkoylamasıyla Kabul Edilen 5982 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanununa Göre Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2010.
- Graf, Jürgen P., *Gesetzes Kommentar, Beck'scher Online-Kommentar* (Stand 11.08.2009), S.1-37.
- Hakeri, Hakan/Ünver, Yener, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- Kaymaz, Seydi, *Ceza Muhakemesi'nde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, (Kaymaz-I).

- Kaymaz, Seydi, "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişiminin Denetlenmesinin Bir Koşulu Olarak Başka Suretle Delil Elde Etme İmkânının Bulunmaması", *Fasikül, (Aylık Hukuk Dergisi)*, Yıl: 2, Sayı:3, (Şubat, 2010), (Kaymaz-II), s. 41-46.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2008.
- Küçük, Adnan, *Anayasa Hukuku*, Orion Kitabevi, Ankara, 2008.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian, *Stragesetzbuch (Kommentar)*, 26. neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2007.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi", *Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri-II*, EGM Yayın Kataloğu No: 444, Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayın No: 43, Ankara, 2008, s. 405-418.
- Meran, Necati, *Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- Özbek, Veli Özer, *CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, (Özbek-I).
- Özbek, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, (Özbek-II).
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Bası*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa R./Sırma, Özge/Saygılar, Yasemin F./Alan, Esra, *Nazari Ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (Ders Kitabı)*, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, *Strafverfahrensrecht*, 26., völlig neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009.

- Seyfettinoğlu, Ümit, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Türk Hukukunda Özel Hayat Kapsamında Haberleşmenin Gizliliği*, (Mustafa Kemal Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hatay, 2010.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Şafak, Ali/Bıçak, Vahit, *Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis*, 6. Baskı, Roma Yayınları, Ankara, 2005.
- Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, (Şahin-I).
- Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, (Şahin-II).
- Şen, Ersan, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 2, S.: 4; (Ağustos, 2007), s. 97-135 (Şen-I).
- Şen, Ersan, *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhabir, Genişletilmiş-Güncellenmiş* 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010 (Şen-II).
- Taşkın, Mustafa, *Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Genişletilmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008.
- Turhan, Faruk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 40. überarbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2010.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt III (madde 86-146), Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Yokuş Sevük, Handan, "Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Olarak Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler", *TBB D*, S.: 67, (Kasım-Aralık 2006), s. 97-124.
- Yenisey, Feridun/Altunç, Sinan, "İletişimin Denetlenmesi Hakkında", *Sulhi Dönmezer Armağanı, Türk Ceza Hukuku Derneği ve Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Yayını*, C. II, Ankara, 2008, s. 1295-1319.

5237 SAYILI TCK'NIN 244. MADDESİNDE DÜZENLENEN BİLİŞİM ALANINDAKİ SUÇLAR

OFFENCES AGAINST INFORMATION SYSTEMS PRESCRIBED
UNDER ARTICLE 244 OF THE TURKISH CRIMINAL CODE

Sacit YILMAZ*

Özet: Bilişim teknolojileri eğitimden ticarete, ulaşımdan iletişime, kamu hizmetlerinden özel sektöre kadar hayatın hemen her alanında köklü değişiklikler yapmıştır. Bilişim teknolojilerinin bu olumlu yönlerine karşı, kötüye kullanılması da kaçınılmazdır. Bu sebeple pek çok ülke bilişim alanında yasal düzenlemelere gitmiş, mevzuatlarını teknolojinin gerektirdiği biçimde değiştirme çabasına girmişlerdir.

Mukayeseli hukuktaki son gelişmelere paralel olarak, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Suçları bölümünde TCK'nın 244. maddesi ile bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçu kabul edilmiştir. Makalede TCK'nın 244. maddesi tüm yönleriyle açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Sözcükler: Bilişim, sistem, veri, suç, yok etme, engelleme, sözleşme, zarar, yasa.

Abstract: Having made fundamental changes in all areas, such as education, trade, transportation, communication, public service, private sector, information technology, has affected our lives seriously. Besides its positive impacts, it is inevitable that it can be abused. Consequently, many states have enacted new laws on information technology and have made efforts for amendments in their legislation.

In line with the recent developments in comparative law, blocking, breaking of an information system, and deleting or altering of data was enacted as a crime in article 244 of the Turkish Criminal Code. In this essay article 244 will be explained in detail.

Keywords: Information, system, data, crime, delete, block, act, damage, law.

* Dr., Yargıtay Cumhuriyet Savcısı.

I. Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçu

a. Giriş

Bilişim kelimesi; *“insanların teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin, özellikle elektronik makineler aracılığıyla düzenli ve akılcı biçimde işlenmesi, bilginin elektronik cihazlarda toplanması ve işlenmesi bilimi”* olarak açıklanmaktadır.¹

Bilişim; bilginin aktarılması, organize edilmesi, saklanması, tekrar elde edilmesi, değerlendirilmesi ve dağıtımı için gerekli kuram ve yöntemlerdir. Bilişim sistemi ise, 5237 sayılı TCK'nun 243. maddesinin gerekçesinde; verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tâbi tutma olanağını veren manyetik sistemler olarak tanımlanmıştır.² Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nin *“Tanımlar”* başlıklı birinci maddesine göre ise bilişim sistemi; bir veya birçok unsur, bir programın işleyişi aracılığıyla verilerin otomatik olarak işleme tabi tutulmasını sağlayan, birbirine bağlanmış veya benzeşen tek veya toplu tertibatı ifade etmektedir.³

Bilişim sistemlerinin en yaygın unsuru, verilerin saklanması, işlenmesi ve aktarılmasını sağlaması bakımından bilgisayarlardır. Ancak bilgisayarlar dışında da, bilişim sistemi olarak nitelendirilebilecek aygıtlar mevcuttur. Bu itibarla, bilişim suçu olarak isimlendirilen fiiller, bir bilgisayarda ya da bilgisayar olarak nitelendirilmemesine rağmen, veri iletişimi sağladığı için bilişim alanına dahil unsurlardan sayılması gereken diğer elektronik, manyetik, mekanik araçlar üzerinde (örneğin, WAP uyumlu, girilen verileri saklayabilen, işleyebilen, aktarabilen cep telefonları ile üzerindeki WEB paneli sayesinde ağa bağlanıp veri aktarımı yapabilen elektronik ev aletleri) veya bunları veri iletişimi için birbirine bağlayan soyut veya somut ağlar üzerinde işlenebilir.⁴

¹ Cevat Özel, Bilişim-İnternet Suçları, http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/bilisim_internetsuclari.html, s. 1 Kontrol Tarihi: 16.11.2010; Berrin Bozdoğan Akbulut, “Bilişim Suçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1-2, Y. 2000, s. 546.

² www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc Kont. Tarihi: 16.08.2010.

³ Yeşim Atamer, İnternet ve Hukuk, *İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları*, İstanbul, 2004, s. 703.

⁴ Caner Yenidünya, “Bilişim Sistemine Hukuka Aykırı Erişim Suçu”, *Legal Fikri ve*

Bilişim teknolojilerinin eğitimden ticarete, ulaşımdan iletişime, kamu hizmetlerinden özel sektöre kadar hemen her alanda köklü değişiklikler yaparak, hayatı ciddi anlamda etkiler hale gelmesi, bilişim teknolojilerinin kanunları ihlal etme fırsatı veren ve ortaya yeni suç fiilleri çıkartan bir etkiye sahip olmasını da beraberinde getirmiştir.⁵ Bu sebeple, özellikle bu teknolojilerin kaynağını oluşturan ülkeler başta olmak üzere, pek çok devlet bilişim alanında yasal düzenlemelere gitmiş, mevzuatlarını teknolojinin gerektirdiği biçimde değiştirme çabasına girmişlerdir.⁶

Bilişim alanındaki suçların düzenlenmesi bakımından mukayeseli hukuka bakıldığında iki temel sistemin uygulandığı görülmektedir: Kanun koyucular bu alandaki suçları karşılamak için mevzuatlarında ya ayrı özel bir kanun yapmakta, ya da mevcut ceza kanunları içinde düzenleme gerçekleştirmektedirler.⁷ Yeni Türk Ceza Kanunu'nda ise, bu alandaki suçlar hem "*Bilişim Alanında Suçlar*" adı altında bir bölümde düzenlenmiş, hem de hırsızlık, dolandırıcılık gibi suçlar içerisinde yer almışlardır.

Mukayeseli hukuktan bahsetmişken birkaç örnek vermek konunun önemini anlaşılması bakımından yerinde olacaktır. Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi'nin 2 ila 10. maddeleri arasında suç olarak tanımlanan fiiller sıralanırken, Sözleşme'nin 4 ve 5. maddeleri konumuzla ilgilidir. Şöyle ki, Sözleşme'nin dördüncü maddesinde, kasten ve haksız olarak, bilgisayar verilerini tahrip etme, silme, bozma, değiştirme veya erişilmez kılma suç olarak tanımlanmış; Sözleşme'nin 5. maddesinde ise, bilgisayar verilerine yeni veriler girmek, bunları başka yerle-

Sınai Haklar Dergisi, İstanbul, Nisan 2005, s. 758.

⁵ Akbulut, a. g. m., s. 547; Ümit Kardeş, "Bilişim Dünyası ve Hukuk", *Karizma Dergisi*, S. 13, Y. 2003, s. 7; Yüksel Ersoy, "Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi*, C. 49, S. 3-4, Haziran 1994, s. 152; Olgun Değirmenci, "Bilişim Suçları Alanında Yapılan Çalışmalar ve Bu Suçların Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi", *Legal Hukuk Dergisi*, S. 11, Kasım 2003, s. 2750

⁶ Hatice Akıncı/A.Emre Alıç/Cüneyd Er, "Türk Ceza Kanunu ve Bilişim Suçları", *İnternet ve Hukuk*, *İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay*, Ocak 2004, İstanbul, s. 158

⁷ Ayhan Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 505; R.Yılmaz Yazıcıoğlu, "Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirilmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, Y. 2005, s. 396

re iletmek, tahrip etmek, silmek, bozmak, değiştirmek ve erişilmez kılmak suretiyle, kasten ve haksız olarak, bir bilgisayar sisteminin işleyişini ciddi olarak engellemek suç olarak tanımlanmıştır.⁸

ABD’de, Federal Ceza Kanunu’nun 1030. maddesinde, ABD hükümetine zarar vermek veya başka bir ülkeye yarar sağlamak amacıyla savunma ve dışişlerine ait tasnif edilmiş ve gizlilik dereceli bilgiye izinsiz olarak erişmek, finansal bir kurumun finans kayıtlarına veya tüketici bilgilerine ulaşmak veya bunları kullanmak amacıyla bir bilgisayara hukuka aykırı olarak girmek cezalandırılan bir fiil olarak düzenlenmiştir. Ayrıca devlet kurum veya teşkilatlarınca veya hükümet tarafından kullanılan bir bilgisayara yetkisiz erişmek de suçtur.⁹

İtalya’da bilişim suçları alanındaki son yasal düzenleme 23 Aralık 1993 tarihinde 547 sayılı Kanun ile yapılmıştır. İtalyan Ceza Kanunu’nda bilişim veya telematik sistemine hukuka aykırı girme veya hak sahibinin açık veya rızası hilafına sistemde kalmaya devam etme fiilleri 615ter maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Düzenleme ile hüküm altına alınan sistemler; güvenlik tedbirleri ile koruma altına alınan bilişim veya telematik sistemleridir. Bilişim veya telematik sistemlerinin kullanıcı; bilimsel veya fiziksel koruma araçlarını hazırlamak suretiyle sisteme girme ve sistemde kalmayı yalnızca kendisi tarafından yetkili kılınan kişilere bırakmak istediğini açıkça bildirmek zorundadır. Güvenlik sistemleriyle korunan bilişim veya telematik sistemlerine erişim kodlarının herhangi bir surette hukuka aykırı olarak elde etme ve yarma fiili, 615quarter maddesinde bilişim suçu olarak yer almaktadır. Suçun oluşabilmesi için özel kast aranmaktadır; bu kast, kendisine veya başkalarına yarar sağlamak veya başkalarına zarar vermek amacına yöneliktir. 615quinques maddesi ile kendisi veya başkası tarafından yazılarak bir bilişim veya telematik sistemi, içinde saklanan verilere veya programlara zarar verme veya sistemin işleyişini tamamen veya kısmen engelleme veya bozma amaçla-

⁸ <http://www.conventions.coe.int>, Kontrol Tarihi: 16.08.2010.

⁹ Hüseyin Çeken, “Amerika Birleşik Devletlerinde İnternet Yolu İle İşlenen Suçlara İlişkin Düzenlemeler”, *Askeri Adalet Dergisi*, Yıl: 30, Sayı: 114, Mayıs 2002, s. 75; Schjolberg, Stein, *The Legal Framework - Unauthorized Access To Computer Systems*, <http://www.mosstingrett.no/info/legal.html> Kontrol Tarihi: 17.08.2010

narak veya bunları sonuç olarak gerçekleştirerek bilişim programını bildiren veya veren kişinin fiilinin cezalandırılacağı belirtilmektedir.¹⁰

Alman Ceza Kanunu'nun 202a maddesinde verilerin depolandığı ve işlendiği bilişim sistemleri ağına girmek ve burada bulunan verileri ele geçirmek suçu düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanunu hukuka aykırı olarak bilişim sistemlerine girmeyi suç oluşumu için yeterli görmekte, verilerin ele geçirilmesi koşulunu da aramaktadır. Fiil; kendisi veya üçüncü bir kişi yararına, kendisine ait olmayan, başkalarının girişine açık bulunmayan ve emniyete alınmış verilerin yetkisiz olarak ele geçirilmesi durumunda suç haline gelmektedir.¹¹

İngiltere'de bilişim suçları, 29 Ağustos 1990 tarihinde yürürlüğe giren 29 Haziran 1990 tarihli "*Computer Misuse Act*" düzenleme altına alınmış; 3 bölüm ve 18 kısımdan oluşan "*Computer Misuse Act*"ta, bilgisayardaki program veya verilere yetkisiz olarak girilmesi, başka suçların işlenmesini kolaylaştırmak veya yardımcı olmak amacıyla bilgisayarlara yetkisiz olarak erişim ve bilgisayarlarda saklı tutulan program veya verilerin yetkisiz olarak değiştirilmesi fiilleri suç olarak düzenlenmiştir.¹²

Mukayeseli hukuktaki gelişmelere paralel olarak, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda da "*Bilişim Alanında Suçlar*" bölümünde, TCK 244. madde ile bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçu kabul edilmiştir.

b. Suçla Korunan Hukuki Değer

5237 sayılı TCK'nın 244. maddesinde, sisteme ve veriye müdahale iki fıkra halinde düzenlenmiş, maddenin birinci fıkrasında sistemin işleyişine müdahale, ikinci fıkrasında ise sistem içerisindeki veriye yönelik fiiller düzenlenmiştir. TCK 244. maddenin 1. ve 2. fıkralarındaki suçlarla korunan hukuki değer konusunda görüş birliği bulunma-

¹⁰ Carlo Sarzana, "Bilişim Alanındaki Yeni Teknolojilerin Hukuksal Yansıması İtalya'daki Durum", *İstanbul Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan, İstanbul 1997, C.LV, S. 3, s. 399.

¹¹ Önder, a. g. e., s. 505.

¹² Olgun Değirmenci, *Bilişim Suçları*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 2002, s. 158.

maktadır. Bir görüşe göre, burada korunan hukuki değer karma niteliktedir ve bilişim sistemi ve/veya bilişim sisteminin içerdiği veriler üzerinde tasarruf yetkisi bulunan kişinin, verilerle oluşturulan yazılım, ekonomik bilgiler, bilimsel çalışma, bilgi vb. gibi değerlere herhangi bir engel, arıza ya da gecikme olmadan ulaşması ve kullanmasındaki çıkarıdır.¹³

Diğer bir görüşe göre, genel olarak TCK 244. maddede, bilişim sisteminin ve bu sistem içerisindeki verilerin dokunulmazlığı korunan hukuki değerdir. 1. fıkrada, bilişim sistemi sahibinin mülkiyet hakkı, zilyedinin bilişim sisteminin dokunulmazlığı, iletişim kurma, teknolojik gelişim özgürlüğü korunmaktadır. 2. fıkrada ise, bazen mülkiyet hakkı, bazen de verilerin içeriğine göre fikri mülkiyet hakkı, özel hayatın gizliliği, ticari sırlar korunmaktadır.¹⁴

Bir başka görüş, TCK 244. maddenin 1. ve 2. fıkralarında korunan hukuki değer, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, sistemlere yöneltilen ızzar fiillerini özel bir suç haline getirme düşüncesiyle bağlantılıdır. Aslında burada hem bilişim sisteminin ve hem de bu sistem içerisinde yer alan veriler veya diğer unsurların zarar görmemesi amaçlanmaktadır.¹⁵

Düzenlemenin karşılığı olan 765 sayılı TCK'nin 525/b 1. fıkrasında yer alan sisteme ve veriye zarar verme suçu ile ilgili olarak Sulhi Dönmezer, bu maddede düzenlenen fiiller ile sisteme ve içeriğine karşı mala zarar verme fiillerinin işlendiğini ifade etmiştir.¹⁶ Yılmaz Yazıcıoğlu da bu suçun klasik mala zarar verme suçunun özel bir sekli olduğunu, bu suçun sistem ve içeriğini esas alan mala zarar verme fiillerini kapsadığını ifade etmiştir.¹⁷

Ayhan Önder suçun koruduğu yararın tartışmalı olduğunu, bazı yazarların bu suç tipi ile bilgisayarda mevcut veriler ile ilgili olan kişi-

¹³ Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları*, Seçkin Yay, Ankara, 2004, s. 231.

¹⁴ Levent Kurt, *Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması*, Seçkin Yay, Ankara 2005, s. 162.

¹⁵ Ali Karagülmez, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, Seçkin Yay, Ankara, 2005. s. 186.

¹⁶ Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2004.

¹⁷ R.Yılmaz Yazıcıoğlu, *Bilgisayar Suçları*, Alfa Yay, İstanbul, 1997, s. 259.

nin yararının korunduğunu, bazı yazarların ise mevcut verilerin ülke ekonomisinde ve idarede gerçekleştirildiği fonksiyon gereği, bu suçun ekonomik yaşama karşı işlenmiş bir suç olduğunu ifade ettiklerini belirtmiştir.¹⁸ Yüksel Ersoy ise bu suç ile kişinin malvarlığının korunduğunu belirtmiştir.¹⁹

TCK'nın gerekçesi incelendiğinde, sisteme ve veriye yönelik müdahale fiillerinin, mala zarar verme suçuna göre özel bir düzenlemeye tabi tutulduğunun belirtildiği görülmektedir. Nitekim sisteme ve veriye müdahale ile ilgili olarak madde gerekçesinde "...sistemlere yöneltilen ızzar fiilleri özel bir suç hâline getirilmiştir. Aracın fizik varlığı ve işlemlerini sağlayan bütün diğer unsurları, söz konusu suçun konusunu oluşturmaktadır. Fıkra da seçimlik hareketli bir suç meydana getirilmiştir" denmektedir.²⁰

Aktarılan bu hususlar incelendiğinde 5237 sayılı TCK ve 765 sayılı TCK bakımından, sistem ve veriye müdahalenin genel olarak mala zarar verme suçu kapsamında değerlendirildiği ve genel olarak 765 sayılı Kanun'un 525/b 1. fıkrasında ve TCK'nın 244/1-2. fıkralarında düzenlenen sistem ve veriye müdahalenin mala zarar vermenin özel bir şekli olarak kabul gördüğü görülmektedir.²¹

Madde gerekçesi ve doktrindeki görüşler doğrultusunda, kanaatimizce bu suçun hukuki konusu, mala zarar verme suçunun hukuki konusuyla örtüştüğü yönündedir. Bilindiği üzere mala zarar verme suçunda korunan hukuki değer, iktisaptan farklı olarak, kullanılabilirlik veya yararlılık değerini azaltan, yok eden fiillere karşı, mülkiyeti korumaya ilişkin toplumsal menfaattir.²² Yapılan düzenleme ile bilişim sistemi veya verileri üzerinde sahibi veya zilyedinin her türlü mülkiyet hakkı ve buna bağlı olarak toplum menfaati korunmak istenmiştir.

¹⁸ Önder, a. g. e., s. 508.

¹⁹ Ersoy, a. g. e., s. 166.

²⁰ www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc Kontrol Tarihi: 17.08.2010.

²¹ Muammer Ketizmen, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Adalet Yay, Ankara, 2008, s. 128.

²² Zeki Hafizoğulları /Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, Usa Yay, Ankara, 2010, s. 342; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yay, Ankara, 2009, s. 155; Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Filiz Kitabevi, 12. Baskı, s. 474.

Kanun sistematigi bakımından, suçla korunan hukuki değerin mala zarar verme suçu ile aynı amaca hizmet ettiği gözetildiğinde, şu husus önemli bir eksiklik olarak ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, mala zarar verme suçu Ceza Kanunu'nun İkinci Kısım Onuncu Bölüm'ünde yer alırken; TCK'nın 244 maddesi Üçüncü Kısım Onuncu Bölüm'de yer almaktadır. Mala zarar verme suçunu işleyenler, aynı bölüm içerisinde yer alan TCK 167 maddesinde yazılı şahsi cezasızlık sebepleri ile TCK'nın 168 maddesinde yazılı etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanma olanağına sahiptir.

Bilindiği üzere, TCK, 167. maddesinde bu bölümde yer alan suçların; haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin; üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın; aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmayacağı; ayrıca, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi hâlinde cezada indirimine gidileceği belirtilmiştir.

TCK'nın 168. maddesinde, hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce veya sonra, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde cezada indirimine gidileceği kabul edilmiştir.

Mala zarar verme suçu ile aynı hukuki değeri koruyan TCK'nın 244. maddesi, kanun sistematiginde İkinci Kısım Onuncu Bölüm'de yer alsa idi, TCK'nın 244. maddesinde yazılı suçu işleyenler yukarıda yazılı yasal olanaklardan yararlanabilecekti. Benzer bir eleştiri TCK'nın 245. maddesi için de geçerli idi. Ancak 5377 sayılı Kanun'un 27. maddesi ve 5360 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile bu eksiklikler giderilerek, TCK'nın 245. maddesi için faile etkin pişmanlık ve şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanma olanağı getirilmiştir. Kanaatimizce benzer bir düzenlemenin TCK'nın 244. maddesi için de yürürlüğe konması gereklidir.

c. Maddi Unsurlar

c.1. Suçun Fail ve Mağduru

Kanun maddesinde bir özellik belirtilmediğinden herkes bu suçun faili olabilir. Suçta failin belirlenebilmesi için, suçun bilişim sisteminin hangi unsuruna yöneldiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Fiil eğer bilişim sisteminin kendisine yöneltilmişse, sistemin kendisi üzerinde; verilere yöneltilmişse veriler üzerinde; hem bilişim sistemine hem de verilere yöneltilmişse her ikisinin de üzerinde kullanım, mülkiyet ve tasarruf yetkisinin kimde olduğunun ortaya konması gereklidir.²³ Yargıtay kararları da bu yöndedir.²⁴

Madde metninde mağdur bakımından da bir özellik öngörülmemiştir. Herkesin mağdur olabilmesi mümkündür. Dolayısıyla, söz konusu suçun oluşmasına yol açan eylemler nedeniyle, bilişim sistemindeki verilere ulaşamayan, geç ulaşan ya da sistemi kullanamayan ve sistem üzerinde tasarruf yetkisi bulunan kimse, çıkarları zedelendiği için suçun mağduru olacaktır.

c.2. Suçun Konusu

Bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi, bozulması, verilerin yok edilmesi veya değiştirilmesi suçunun konusunu, bilişim sistemleri ve verileri oluşturmaktadır. Bilişim sistemi, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nin "*Tanımlar*" başlıklı birinci maddesine göre, bir veya birçok unsuru, bir programın işleyişi aracılığıyla verilerin otomatik olarak işleme tabi tutulmasını sağlayan, birbirine bağlanmış veya benzeren tek veya toplu tertibatı ifade etmektedir.²⁵ Türk Ceza Kanunu'nun

²³ Dülger, a. g. e., s. 232.

²⁴ Yarg. 11.CD, 28.01.2009 gün, 2008/16570 Esas, 2009/101 Karar: Sanığın savunması ve tüm dosya kapsamı dikkate alındığında, dosyada mevcut Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin yazısından hesaplara gelen paraların internette 85.97.000.000 IP numarası kullanılarak aktarıldığının anlaşılması karşısında, bu numaranın kullanım bilgileri istenerek EFT'nin yapıldığı anda anılan numaranın bu şirket tarafından hangi kullanıcıya atandığının ilgili kurumdan araştırılıp tespit edildiğinde sanık ile irtibatı olup olmadığının saptanması gerektiğinin gözetilmemesi sonucu eksik soruşturmaya dayanarak yazılı şekilde hüküm kurulması nedeniyle hükmün bozulması.

²⁵ Atamer, a. g. m., s. 703

243. maddesinin gerekçesinde bilişim sistemi, verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağını veren manyetik sistemler şeklinde tanımlanmıştır.

Veri ise, depolamak, işlemek ve kullanmak üzere kurulmuş bir bilişim sisteminin üzerinde işlev gerçekleştirdiği temel unsurdur. Madde, bilişim sisteminin işleyişinde ve verilerde meydana getirilen zararları cezalandırmaktır.

c.3. Hareket

c.3.1. Genel Olarak

5237 sayılı TCK'nın 244/1-2. fıkralarındaki suçlar, 765 sayılı TCK'nın 525/b.1 maddesinde düzenlenen suç ile örtüşmektedir.²⁶ 5237 sayılı TCK'nın 244. maddesinde, sisteme ve veriye müdahale iki fıkra halinde düzenlenmiş, maddenin birinci fıkrasında sistemin işleyişine müdahale, ikinci fıkrasında ise sistem içerisindeki veriye yönelik fiiller düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'nın 525/b maddesinden farklı olarak, sisteme ve veriye müdahale fiilleri için farklı cezalar öngörülmüştür. Bu açıdan sistemin işleyişinin engellenmesi ve bozulması, daha ağır cezayı gerektiren fiiller olarak ele alınmıştır.

Maddenin üçüncü fıkrasında, birinci ve ikinci fıkrada düzenlenen fiillerin banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi hali ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir.²⁷ Maddenin son fıkrasında, birinci ve ikinci fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamanın başka bir suç oluşturmaması hâlinde cezalandırılması kabul edilmiştir.

c.3.2. Sistemin İşleyişini Engelleme ve Bozma

Bilişim sisteminin işlenmesini engellemek, sistemin geçici veya sürekli olarak çalışmasının herhangi bir şekilde kesintiye uğratılmasıdır.²⁸

²⁶ Dülger, *a. g. e.*, s. 251.

²⁷ Ketizmen, *a. g. e.*, s. 118.

²⁸ R. Yılmaz Yazıcıoğlu, Bilişim Suçları Konusunda 2001 Türk Ceza Kanunu Tasarı-

Burada sistemin işleyişi bozulmamakta, fakat işlemesi bir şekilde engellenmektedir. Yasa koyucu bu ifade ile kavramı çok geniş tutarak ve nasıl olduğu aramaksızın, sistemin işleyişini bozmak dışında, sistemin işlemesini engelleyen her türlü eylemi buraya dahil etmiştir. Bilişim sisteminin işlemesine sürekli veya geçici olarak engel olunması suçun oluşması açısından önem taşımamaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 244/1. maddesi gereğince her iki durumda da bu suç işlenmiş olacaktır.

Bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi halinde, sistemin bozulması söz konusu olmayıp, sistemin normalde yerine getirdiği fonksiyonlarını ifa etmesi engellenmektedir. Örneğin, sistem eskisi kadar hızlı çalışmamakta, veri alışverişi yapamamakta, çeşitli programları hiç veya gereği gibi çalıştıramamakta, kısacası normal şartlarda yerine getirebildiği işlevlerini gereği gibi yerine getirememektedir. Sistem bozulmuş olmasa da, fail bir kısım eylemlerle işleyişi engellemektedir.²⁹

Bilişim sisteminin bozulması halinde ise, sistemin tamamen çalışamaz hale gelmesi söz konusudur. Çalışamaz hale getirilmesi; sistemin çökertilmesi, program akışının bozulması, virüsler vasıtasıyla sistem yazılımlarının işlemez hale getirilmesi şekillerinde gerçekleştirilebilir. Bozulmada tamamıyla devre dışı bırakılma söz konusudur. Bilişim sisteminin işleyişinin bozulmasının ne şekilde gerçekleştiği suç açısından önem arz etmemektedir.

c.3.3. Sistemdeki Verileri Bozma, Yok Etme, Değiştirme, Verileri Başka Yere Gönderme

Konuyu açmadan önce maddede belirtilen veri kavramını tanımlamak gerekmektedir. Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nde veri, belirli durumların, bilgilerin kaydı ya da bir bilgisayarın bir işlemi gerçekleştirmesini sağlayacak biçimleri de içeren bilgisayar sisteminde icra edilebilecek bir işlemler bütünü olarak tanımlanmıştır. Belirli konulardaki gerçeklerin sembolik ifadesi olan veri, bilgisayara girilen işlenmiş durumdaki bilgileri ifade eder.³⁰ Veri, programlar gibi sistemin so-

sunun Değerlendirilmesi, *Hukuk ve Adalet: Eleştirel Hukuk Dergisi*, İstanbul, Y. 1, S. 1, Ocak-Mart 2004, s. 179.

²⁹ Kurt, *a. g. e.*, s. 164.

³⁰ Hasan Çebi Bal, *Bilgisayar ve İnternet*, Akademi Yayınevi, Rize, 2001, s. 29.

yut yanına ilişkindir ve bir yandan sistemin istenilen doğrultuda çalışmasını sağlayan programları oluşturan temel birim, bir yandan da sistemin varlık nedenidir. Diğer bir ifadeyle veri, depolamak, işlemek ve kullanmak üzere kurulmuş bir bilişim sisteminin üzerinde işlev gerçekleştirdiği temel unsurdur.³¹

Maddede yer alan seçimlik hareketlerden ilki, bilişim sistemi içerisindeki verinin yok edilmesidir. Bilişim sistemi içerisindeki verinin yok edilmesi, verinin varlığına son verilmesi, ortadan kaldırılması, hak sahibinin tekrar elde edemeyeceği ya da büyük güçlükler sonucu elde edebileceği şekilde tasarrufundan çıkarılması olarak tanımlanabilir.

Bilişim sistemlerinde iki tip yok etme şekli vardır. Birinci işlemde verilerin depolama üzerindeki varlığına tamamen son verilerek, o veriye ilişkin hiçbir iz depolama ünitesi üzerinde bırakılmamakta; ikinci tip yok etme işleminde ise, veriler depolama ünitesi üzerinden silinmemekte, sadece o verilere erişimi sağlayan anahtar veriler silinmektedir. Bu durumda, işletim sistemi o verilere ulaşamamaktadır. Veriler fiziksel olarak silinmediği için özel işlemler aracılığı ile silinmiş gözüken veriler tekrar kurtarılabilir. Depolama ünitesinden fiziksel olarak silinmiş olan veriler ise asla kurtarılamaz. Kanun koyucunun verilerin yok edilmesinden kastı, verilerin her iki tip yok etme işleminden her hangi birisine maruz kalmasıdır.

Maddede yer alan diğer seçimlik hareket, bilişim sisteminin içindeki verinin bozulmasıdır. Verinin bozulması verinin içeriğine ya da yapısına müdahale suretiyle verinin kısmen ya da tamamen kullanılmayacak hale gelmesi olarak tanımlanabilir.³² Burada özellikle verinin içeriğine müdahalenin, var olan verinin içerdiği bilgi ya da enformasyona olumsuz müdahaleyi kapsadığını belirtmek gerekir. Verinin yok edilmesinden farklı olarak burada, verinin tasarruf alanından çıkartılmaması ya da ortadan kaldırılmaması söz konusudur.³³

³¹ Yazıcıoğlu, a. g. e., s. 227; Mustafa Topaloğlu, *Bilişim Hukuku*, Karahan Kitabevi, Adana 2005, s. 67.

³² Necati Meran, *Sahtecilik, Malvarlığı, Bilişim Suçları*, Seçkin Yay, Ankara 2005, s. 372.

³³ Ketizmen, a. g. e., s. 139.

Bir diğer seçimlik hareket olan verilerin değiştirilmesi durumunda, bir verinin bir başka veriyle değiştirilmesi veya verilerin orijinal halinden başka bir hale dönüştürülmesi söz konusudur. Suçun oluşumu açısından failin amacının önemi bulunmamaktadır. Bir bilişim sisteminde bulunan dosyaların ya da resimlerin bir başkasıyla değiştirilmesi de bu suç tipine girmektedir. Verilerin değiştirilmesinde amaç, veriyi yok etmek veya erişilmez kılmak demek değil, veriye ulaşıldığında yanlış bilgilere erişilmesini sağlamaktır. Bu nedenle veri değiştirildiğinde sistem işleyişine devam etmektedir. Virüs, truva atı gibi kötü amaçlı kodların sisteme sokulması ve bu nedenle verilerin farklı bir hale gelmesi de verilerin değiştirilmesi başlığı altında düşünülmelidir.³⁴

Maddede yazılı bir diğer seçimlik hareket olan verilerin erişilmez kılınması, verilerin malikinin ya da ilgisinin istediği zaman, istediği verilere ulaşmasının engellenmesi anlamına gelmektedir. Bu durumda veriler yok edilmemekte, tahrif edilmemekte sadece sahibinin erişimi engellenmektedir. Veriye erişilmesi bakımından erişimin engellenmesinin geçici veya daimi olması arasında fark yoktur.³⁵

Son seçimlik hareket olarak kabul edilen sistem içerisindeki verinin başka bir yere gönderilmesi, bilişim sisteminde yer alan verilerin, sahibinin ya da ilgisinin izni olmaksızın orijinal konumundan başka bir yere aktarılması, taşınması, gönderilmesi, kaydedilmesi ya da kopyalanması fiildir.³⁶ Verilerin gönderilmesi fiili, bir bilişim ağı üzerinden gerçekleştirilebileceği gibi, bir veri depolama aracı ile sistemden verilerin kopyalanarak taşınması şeklinde de gerçekleşebilir. Verilerin gönderilmesi fiili genellikle internet üzerinde sisteme yerleştirilen "Truva atı", "key logger" ve "virüsler" gibi bir takım küçük programcıklar aracılığıyla gerçekleşmektedir. Bu tür programlar aracılığı ile faile çeşitli kullanıcı adları ve parolalar veya sisteme ilişkin veriler gönderilmekte ve sistem hakkında failin bilgilendirilmesi sağlanmaktadır. Verilerin nereye kopyalandığının önemi bulunmamaktadır. Eylem, ticari verilerin, askeri verilerin veya kamuya ait gizli verilerin, bir başka

³⁴ Umut Eker, "Türk Ceza Hukuku'nda Bilişim Suçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 62, Ocak-Şubat 2006, Ankara, s. 124.

³⁵ Dülger, a. g. e., s. 237.

³⁶ Eker, a. g. m., s. 125.

sisteme gönderilmesi gibi failin işine yarayabilecek veriler hakkında gerçekleştirilebileceği gibi, failin işine yaramayan verilerin transferi veya gönderilmesi şeklinde de gerçekleştirilebilir.³⁷

Suçun maddi unsurları anlatılırken, suçun işlenme şekillerine de değinmek gerekecektir. Çünkü bilişim suçlarını, klasik suçlardan ayıran özellik, bu suçların maddi hareketinin tespitinin zorluğudur. Suçun işlenmesinden sonra arkada herhangi bir iz bırakılmaması ve çok kısa bir zaman dilimi içerisinde suçun gerçekleşmesi bu zorluğu doğurmaktadır. Teknolojik gelişmeler sayesinde, bilinen suç işleme yöntemlerinin yerine daha farklı yöntemler kurgulanabilmektedir. Konunun anlaşılması bakımından en çok bilinen ve uygulanan suç işleme yöntemleri sıralanırsa şu yöntemlerle karşılaşılır.³⁸

Truva Atı: Truva atı, görünüşte yararlı bir işlevi yerine getirdiği düşünülen ancak bunun dışında bilişim sistemine zarar verecek gizli kod da içeren bir programdır. Genellikle internette ücretsiz yazılım sağlayan web sitelerinde ya da elektronik posta yoluyla kullanıcılara ulaştırılmaktadır. Truva atı; sisteme bulaştıktan sonra, sistemin açılması ile beraber kendisini belleğe yükler ve sistem ağlarının açıklarını kullanarak, programı yerleştiren tarafın isteklerine cevap verir.

Salam Tekniği: Bu teknik çok fazla sayıda kaynaktan, çok az sayıda değerlerin transferini esas alır. Genel olarak, tekniğin uygulanmasında Truva atı programları kullanılır. Bu yöntem özellikle bankacılık alanında kullanılır. Bilişim sistemleri ile hesap edilen bankacılık alanındaki değerlerin çarpımları sonucu ortaya çıkan değerler çok basamaklı olmasına karşın, bu değerler uygun bir basamağa kadar yuvarlanır. Yuvarlama sonucu çıkan rakam, belli bir hesaba gönderilir. Bu sayede hesaplarda fark edilemeyecek değişiklikler olur. Ancak bir hesap için çok değersiz görünen bu değerlerin, alternatif bir hesaba aktarılması durumunda toplanan miktarlar büyük yekun oluşturmaktadır.

Ağ Solucanları: Ağ solucanları, herhangi bir kullanıcı müdahalesine ihtiyaç duymadan kendi kendini çalıştırabilen ve kendisi bir kopyasını ağa bağlı olan diğer bilişim sistemlerine de kopyalayabilen bir programdır. Ağ solucanları çoğunlukla bilgisayar virüsleri ile karıştırılır.

³⁷ Kurt, *a. g. e.*, s. 170.

³⁸ Yazıcıoğlu, *a. g. e.*, s. 150.

rılmaktadır. Fakat ağ solucanları, bilgisayar virüsleri gibi sisteme zarar verme zorunluluğu olmadan da sistemin içinde dolaşabilmektedir. Ağ solucanları bilişim ağında ulaştıkları bir sistemin güvenlik duvarıyla karşılaştıklarında, tahmin edilmesi kolay şifreleri ve verileri kullanarak, genellikle kullanılan şifrelerden oluşan bir sözlükten anahtarları deneyerek, duvarı aşmaya çalışırlar. Genellikle iyi oluşturulmuş güvenlik duvarlarını aşarak sistemlere girmekte ve eylemlerine başlamaktadırlar.³⁹

Bilgisayar Virüsleri: Bilgisayar virüsleri işletim sisteminin ve makine dilinin verdiği olanaklar kullanılarak yazılan, kendi kendisini çoğaltabilen, kopyalarını çeşitli yöntemlerle başka bilişim sistemlerine ulaştırarak bu sistemleri de etkileyebilen yazılımlardır. Bilgisayar virüsleri, yazılımdan yazılıma, dosyadan dosyaya, sistemden sisteme kolaylıkla kopyalanabilmektedirler. Bu kopyalanma işlemine günlük kullanımda “*virüs bulaşması*” denilmektedir. Sistemleri veri depolama üniteleri başta olmak üzere kullanılamaz hale getirebilen bilgisayar virüsleri, bulaştıkları bilişim sisteminde bulunan yazılımları çökerterek, sisteme olası en fazla zararı verecek şekilde tasarlanmışlardır.

İstem Dışı Alınan Elektronik İletiler (Spam): Spam teknik olarak, internet üzerinde aynı mesajın yüksek sayıdaki kopyasının, bu tip bir mesajı alma talebinde bulunmamış kişilere, zorlayıcı nitelikte gönderilmesi olarak ifade edilebilir. Spam, genellikle bir ürünün reklâmı, pazarlanması veya sosyal içerikli bir mesajın dünya çapında kitlelere ulaştırılması amacı ile kullanılır. Bu tür mesajlar bünyesinde çok sayıda elektronik posta adreslerinin veri tabanlarını bulunduran kuruluşların, bu veri tabanlarını bedel karşılığında satması sonucu artmıştır. Son yıllarda spam sorununun dünya çapında yaygınlık kazanması ve önemli ölçüde ekonomik zarara sebebiyet vermesi dolayısıyla başta ABD ve Avustralya olmak üzere pek çok devlet bu konuda yasal düzenlemeler yapmak zorunda kalmıştır.⁴⁰

Mantık Bombaları: Mantık bombaları, bilişim sistemlerinde veya ağlarında, daha önceden belirlenmiş özel durumların gerçekleşmesi

³⁹ Burak Çekiç, İnternet Aracılığıyla İşlenen Suçlar, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 2005, s. 9.

⁴⁰ Topaloğlu, *a. g. e.*, s. 182; Tekin Memiş, Hukuki Açından Kitlelere E-Posta Gönderilmesi, *AÜEHFD*, Erzincan, C. V S. 1-4, 2001, s. 440.

durumunda zarar verici sonuçlar yaratan programlardır. Bir mantık bombası, belirlenmiş özel durum gerçekleşene kadar truva atı programı gibi davranır. Ancak özel durumun gerçekleşmesinden sonra bilişim sistemlerinde zararlı etkisini meydana getirir ve bu noktada her zaman kendisini gizli tutmaya çalışan truva atı programından ayrılır. Mantık bombalarının tek amacı içine girdikleri sisteme zarar vermek olduğundan dolayı harekete geçtiklerinde sistem için yıkıcı olmaktadırlar.

Yukarıda vermiş olduğumuz örnekler haricinde; sistem güvenliğinin kırılıp içeri girilmesi (hacking), tavşanlar (rabbits), bukalemunlar (chameleon), çöpe dalma, gizlice dinleme, veri aldatmacası, tarama, gizli kapılar, eşzamanlı saldırılar, sırtlama, yerine geçme, sahte ileti (fake mail), kurtlar, web sayfası hırsızlığı ve yönlendirmesi gibi yöntemler de kullanılmaktadır.

c.4. Netice

5237 sayılı TCK'nın 244. maddesinde "*engelleyen, bozan, yerleştiren, gönderen, erişilmez kılan, değiştiren, yok eden*" şeklinde eylemlerin meydana gelmesi ile bir sonucun ortaya çıkması aranmıştır. Bu nedenle bu suç neticeli suçtur. Neticeli suç, salt fiilin icra edilmesinden ayrı olarak kanuni tarifte belirtilen neticenin meydana gelmesi demektir.⁴¹ TCK 244 maddesinde failin yaptığı hareketler neticesinde bir zarar meydana gelmesi aranmaktadır. Zaten bu eylemler neticesinde zararın meydana gelmemesi hayatın olağan akışına aykırıdır.

d. Manevi Unsur

Manevi unsur, işlenen fiil ile kişi arasındaki manevi bağıdır. Bu bağ olmadığı müddetçe, gerçekleştirilen davranış fiil niteliğini taşımaz ve bir suçun varlığından söz edilemez.⁴² Hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme ve sistemde kalma suçunun manevi unsuru kasttır. Bilindiği üzere kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve is-

⁴¹ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay, Ankara 2008, s. 180.

⁴² Özgenç, *a. g. e.*, s. 225.

teyerek gerçekleştirilmesidir.⁴³ Suç işleme kastının varlığı için failin, bir bilişim sistemine izinsiz olarak girmeye hakkının olmadığını, bilişim sistemine izinsiz olarak girerken hukuka aykırı şekilde hareket ettiğini bilmesi ve sonuçlarını istemesi gereklidir. Fail, bilişim sistemine girmek için mağdurun rızasını almış olsa bile, sistem içerisinde rızayı aşacak şekilde işlemler yapmış ise, yine suç işleme kastından bahsedilecektir.

Bu suç tipinin taksirle işlenmesi mümkün değildir.

e. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık unsuru, işlenen fiile hukuk düzeni tarafından cezaz verilmemesi, fiilin bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması anlamına gelmektedir. Hukuka aykırılık, suçun genel bir unsuru olup, tüm hukuk düzeninin fiil hakkındaki değersizlik yarısını ifade eder. Bir fiilin hukuka aykırı olması, onun bütün hukuk sistemine aykırı olması sonucunu doğurur.⁴⁴

Suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran ve dolayısıyla fiili tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hale getiren sebeplere ise hukuka uygunluk sebepleri denir. Ceza kanunumuzda hukuka uygunluk sebepleri sınırlandırılmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 24/1, 25/1, 26/1-2. maddelerine göre hukuka uygunluk sebepleri, kanunun hükmünü yerine getirme, meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasıdır.⁴⁵

Bilişim sistemini engellemek, bozmak, verileri değiştirmek veya yok etmek fiillerinde, her olay için hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı araştırılmalıdır. Uygulamada sıkça karşılaşılabildiği bakımından özellikle ilgilinin rızası konusunu açmakta yarar var. Şöyle ki, TCK'nın 26/2. maddesinde, "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir*

⁴³ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay, Ankara 2009, s. 341; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay, Ankara, 2009, s. 177; Zeki Hafızoğulları / Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Usa Yay, Ankara 2010, s. 276.

⁴⁴ Mahmut Koca/ İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay, Ankara 2009, s. 250.

⁴⁵ Hafızoğulları / Özen, *a. g. e.*, s. 238.

hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez” demektedir. Burada mağdurun rızası, hareketi hukuka uygun hale getirmektedir. Teorik olarak, rızanın fiili hukuka uygun hale getirmesi bakımından belli şartları taşıması gerekir. Bunlar, kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunulabilecek bir hakkın varlığının olması; rıza gösterenin rızasının kapsamını ve önemini algılayacak durumda olması ve rıza beyanının, mutlaka suçtan önce veya suçun icra hareketlerinin yapılması sırasında olmasıdır.⁴⁶

Bilişim sistemine ilgisinin rızası ve bilgisi dahilinde yapılan müdahaleler, bu kapsamda suç oluşturmayacaktır. Rızayı aşan durumun varlığı halinde ise, suçun olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle ilgisinin rızasının kapsamı net olarak tespit edilmeli ve sonucuna göre hüküm verilmelidir.

f. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

f.1. Teşebbüs

TCK'nın 35. maddesinde belirtilen teşebbüs, failin işlemeyi amaçladığı bir suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle sonuca ulaşamaması halidir. TCK 244. maddede tanımlanan suçlar, teşebbüse elverişli olan suçlardandır. Fail sistemi engellemeye veya bozmaya yönelik herhangi bir eylemi gerçekleştirmesine rağmen, elinde olmayan nedenlerle netice gerçekleşmemişse, suç teşebbüs aşamasında kalmış demektir. Örneğin failin amaca elverişli bir virüsü sisteme sokup faal hale getirmesine karşın, anti virüs programı sayesinde sistemin işleyişi engellenmemiş veya bozulmamışsa, fail bu suça teşebbüsten cezalandırılmalıdır. Yargıtay kararları da teşebbüs konusunu açıklamaya yardımcı niteliktedir.⁴⁷

⁴⁶ Hafızoğulları / Özen, *a. g. e.*, s. 267.

⁴⁷ Yrg. 11.CD.25.06.2007, 2007/2168-4372 E-K: Bilişim sistemindeki verileri değiştirmek suretiyle haksız menfaat elde edilmesi suçunun sanık tarafından EFT'nin şikayetçi şirketin hesabından sahte olarak açtırmış olduğu hesaba intikali anında tamamlandığı gözetilmeyerek eylemin teşebbüs aşamasında kaldığından bahisle ek-sik ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi sayılmamıştır.

Yrg.11.CD.12.05.2009, 2009/3700-6207 E-K: Sanıkların, mağdurların bankalarda bulunan para hesaplarındaki var olan verileri (bilgileri) sahte kimliklerle açtıkları hesaba bilişim sistemi aracılığıyla göndererek yine sahte kimliklerle çek-

f.2. İştirak

Bilindiği üzere 5237 sayılı TCK'da iştirak konusu, 765 sayılı TCK'da yer alan iştirakten farklı düzenlenmiş ve asli fail - ferî fail ayırımı terk edilmiştir. Yeni yapılan düzenlemeyle, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hakimiyet ölçü olarak belirlenmiş, iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve yardım etme olarak sayılmıştır.⁴⁸ TCK 244. maddedeki suçlar bakımından suça iştirakte herhangi bir özellik bulunmamaktadır. TCK'nın 37, 38, 39 ve 40.maddelerindeki iştirake ilişkin genel kurallar burada da uygulanacaktır.⁴⁹

f.3. İçtima

5237 sayılı TCK'da, *"kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır"* ilkesi benimsenmiş; bu ilkenin istisnaları ise, Kanun'un Birinci Kitap İkinci Kısım Beşinci Bölüm'de bileşik suç (m. 42), zincirleme suç (m. 43) ve fikri içtima (m. 44) olarak belirtilmiştir.

TCK 244. maddede tanımlanan suçlar bileşik suç tanımına girmektedir. Şöyle ki; bileşik suçlar, birden fazla hukuki konusu olan ya da başka bir deyişle çok ihlalli⁵⁰ suçlardır. Dolayısıyla bu suçların işlenmesiyle birden çok hukuki değer ihlal ediliyor olması, haklı olarak kanun koyucuyu bileşik suçları, bu suçların unsurunu ya da ağırlaştırıcı nedeni oluşturan suçlara oranla daha ağır bir şekilde cezalandırmaya itmektedir. Çünkü bileşik suçta failin ahlaki kötülüğü, bileşenleri oluşturan suçlara göre çok daha fazladır. Yağma suçu bileşik suça örnek olarak verilebilir. Bundan başka, birleşik suçta kanunun suç saydığı bir fiil, kimi zaman başka bir suçun ağırlatıcı nedeni olabilmektedir. Bu halde, temel suçun ismi, kimliği bir değişikliğe uğramamakta, sadece suçun cezası artırılmaktadır. Böylece, bir suçun ağır-

mek istemesinden ibaret eylemlerinin paranın açılan hesaplara transferiyle suçun tamamlanacağı gözetilmeden paranın çekilmemesi nedeniyle teşebbüs aşamasında kaldığından bahisle eksik ceza tayini isabetsizliği karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

⁴⁸ Kurt, *a. g. e.*, s. 266.

⁴⁹ Dülger, *a. g. e.*, s. 241.

⁵⁰ Zeki Hafizoğulları, *Ceza Hukuku Ders Notları*, Ankara 2008. <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf>, s. 305. Kontrol Tarihi: 29.08.2010.

latıcı nedeni olan diğer bir suç, artık kendi kimliğini yitirmekte ve her suçta ağırlatıcı nedenler hangi kurallara tabi ise, bu da o kurallara tabi olmaktadır. TCK 244. maddede ise böyle bir düzenleme bulunmamaktadır.

TCK 244. maddedeki suçların zincirleme şekilde işlenmesi mümkündür.⁵¹ TCK 43. maddeye göre, bir suçun aynı kişilere karşı farklı zamanlarda işlenmesi halinde zincirleme suçtan bahsedilebilecektir.⁵² Başka bir deyişle, zincirleme suçun söz konusu olabilmesi için kural olarak aynı suç en az iki kez işlenmelidir. Bu suçlardan biri tamamlanmış, diğeri teşebbüs halinde kalmış olabileceği gibi; her iki eylem de teşebbüs halinde kalmış olabilir. Ancak fail, uzun süreli aralıklarla suçları işlemişse, ayrı ayrı suçların varlığını kabul etmek gerekecektir.

Fikri içtima konusunda, mala zarar verme suçu ile TCK'nın 244 maddesindeki suçların ilişkisine değinmek gerekmektedir. Şöyle ki, doktrinde bu konuda farklı görüşler ortaya konmaktadır. Özgenç'e göre sistemin somut unsuru olan donanım kısmına yönelik saldırılar mala zarar verme suçu olarak değerlendirilmelidir⁵³. Yani sistemin fiziki varlığına zarar vermeksizin, elektronik ortamda verilen talimatlarla sisteme zarar verilmişse bilişim suçuna göre, şayet fiziki unsurlara zarar verilmişse klasik mala zarar verme suçuna göre hüküm kurulmalıdır. Burada bu sonuca ulaşılmasının sebebi, bilişim suçu kapsamındaki zarar vermelerin konusunu oluşturan mal varlığı ile klasik mala zarar vermenin konusu olan mal varlığı değerlerinin farklılık göstermesidir.

⁵¹ TCK 43: (1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağdur belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.

(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.

⁵² Kubilay Taşdemir, *Bilişim, Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçları*, Ankara 2009, s. 324.

⁵³ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara, 2005, s. 989.

Bir başka görüşe göre, bozmak eylemi fiziki saldırı şeklinde olduğu durumda aslında klasik mala zarar verme suçu oluşmaktadır. Bunun yanında fiziki saldırı sonucunda, örneğin bilgisayarın kırılması halinde, aynı zamanda bilişim sisteminin işleyişi de bozulmaktadır. Tek bir fiil ile kanunun birden fazla hükmünün ihlâl edilmesi nedeniyle de, fikri içtima hali uygulanmalı ve en ağır cezayı gerektiren hükme göre ceza verilmelidir.⁵⁴

Bir başka görüşe göre, mala zarar verme suçunun konusunu, başkasının taşınır veya taşınmaz malı oluşturmaktadır. Bahse konu suç tipinde suçun konusunu, bilişim sistemi yanında veriler de oluşturmaktadır. Ancak burada bilişim sisteminden kastedilen, bir mal olarak duran eşyanın değil, işlerliği olan, bilişim sistemi olarak kullanılan ve fayda sağlayan bir araçtır. Bu nedenle her iki hüküm birbirinden tamamen farklı iki suç tipini düzenlemekte ve suç politikasıyla belirlenen iki farklı hukuksal değeri koruma altına almaktadır. Dolayısıyla iki madde arasında özel-genel hüküm ilişkisi bulunmadığı gibi salt mala zarar verme kastıyla yapılan bir eyleme, TCK'nın 244. maddesinde düzenlenen hüküm uygulanmamalıdır.⁵⁵

Kanaatimizce, bilişim sistemleri ve özellikle bilgisayar sistemleri esas alındığında, bunların karakteristik özelliklerini donanım yani fiziksel yapıdan çok yazılım unsuru belirlemektedir. Bu açıdan bir aygıt olarak bilgisayar sistemlerini diğer aygıtlardan ayıran unsur, yazılım kapsamında belirli komutlar aracılığıyla veri işleme faaliyetini yapabilmesi ya da daha genel bir ifade ile işlem yapabilmesidir. Bu nedenle suç işleyen kişinin kastı önem kazanmaktadır. Bir cihazın bilişim sistemi olduğunu bilerek ve sisteme zarar vermek amacıyla eylemde bulunan kişinin eylemi bilişim suçu kapsamında değerlendirilmelidir. Sistem fiziksel olarak ayrı unsurlar barındırıp da, bu unsurlara yönelik saldırılar da şayet sistemin işleyişini sağlayan unsurlardansa, yine bilişim suçu kapsamında değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme, bilgisayara yapılan her eylemin bilişim suçunu ihlal edeceği anlamına gelmemelidir. Donanıma yapılan müdahale sonrası sistemin işleyişi bozulmamışsa mala zarar verme suçundan cezalandırma yoluna gidilmelidir. Ayrıca sistemin işleyişine etkisi olmayan sisteme bağlı olan

⁵⁴ Kurt, *a. g. e.*, s. 165.

⁵⁵ Dülger, *a. g. e.*, s. 242.

veya öylesine sistemin yanında duran bir bilgisayar parçasına verilen zarar evleviyetle genel mala zarar verme suçu kapsamında değerlendirilmelidir. Bir iş yerine zarar vermek amacıyla işyerindeki malzemelerde tahribat yaratıldığında, bilgisayarlara da zarar verilmiş ve sistem zarara uğratılmışsa, burada suç kastı nedeniyle, mala zarar verme suçundan cezalandırma yoluna gidilmelidir.

Türk Ceza Kanunu'nda içtima konusunda, sınırlı ve sayılı düzenlemeye gidilmişse de, doktrinde suçların görünüşte içtima ettikleri çeşitli hallerin varlığı da kabul edilmektedir. Buna göre, görünüşte içtima halinde suçların çokluğu sadece görünüşte olup, gerçekte ortada fiile uygulanacak tek bir norm bulunmaktadır.⁵⁶ Görünüşte içtimanın çeşitleri özel-genel norm ilişkisi yönünden; tüketen-tüketilen norm ilişkisi yönünden ve asli-tali norm ilişkisi yönünden görünüşte içtima olarak kabul edilmektedir. Asli-tali norm ilişkisi yönünden görünüşte içtima konusuna aşağıda TCK'nın 244/4 maddesi anlatılınca değinilecektir. Burada değinilecek konu, TCK'nın 244. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki tüketen-tüketilen norm ilişkisi yönünden görünüşte içtima halidir.

Bir normun, diğer bazı normlar tarafından korunan hukuki değerlerin tümünü ortak bir şekilde koruduğu durumlarda tüketen-tüketilen norm ilişkisi (geçitli suç) ortaya çıkar. Bu şekilde bir normun diğer bir normu bünyesine alması halinde, artık o norm varlığını kaybettiğinden, onun uygulanma olanağı yoktur.⁵⁷ TCK'nın 244. maddesinin birinci fıkrasında bilişim sistemine karşı düzenlenen fiillerin, sistemdeki veriler aracılığıyla gerçekleştirilmesi halinde, her iki fıkradaki suçlar da ihlal edilmiş olacağına da, ikinci fıkradaki suç, birinci fıkradaki suç tarafından yutulur ve sadece birinci fıkradaki suç nedeniyle cezalandırma yoluna gidilir. Bu durumda her iki fıkrayı ihlal eden eylemler bağımsız eylemler olarak kabul edilmezler.

⁵⁶ Koca / Üzülmez, *a. g. e.*, s. 462.

⁵⁷ Veli Özer Özbek, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay, Ankara, 2010, s. 532; Demirbaş, *a. g. e.*, s. 486.

g. Suça Etki Eden Nedenler

TCK'nın 244. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında suça etki eden nedenler açısından iki düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Üçüncü fıkrada, TCK'nın 244. maddesinin 1. ve 2 fıkrasında düzenlenen fiillerin bir kamu kurum ya da kuruluşuna ya da banka veya kredi kurumuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halidir. Son fıkrada yer alan hüküm ise, genel olarak bilişim ya da bilgisayar sistemleri aracılığıyla yarar sağlama fiillerinin cezalandırılmasına yönelik bir düzenlemedir ve aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

TCK'nın 244. maddesinin 3. fıkrasında suçun ağırlaştırıcı nedeni düzenlenmiştir. Buna göre, bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi, bozulması, verilerin yok edilmesi veya değiştirilmesi suçunun bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde verilecek ceza arttırılacaktır. Tüm kamu kurum veya kuruluşlarına ait bilişim sistemleri üç numaralı fıkra kapsamında değerlendirilebilecektir. Özel kurumlardan ise banka veya kredi kurumu niteliği olan tüm özel kurum veya şirketler TCK 244/3 kapsamında değerlendirilecektir. TCK 158/1.j'de kredi kurumunun ne olduğu şöyle tanımlanmaktadır: *"Kredi kurumu deyiminden, banka olmamasına karşın, kanunen borç para vermeye yetkili kılınan kurumlar anlaşılır."* Şu halde, özel finans kurumları da kredi kurumu olarak kabul edilmelidir.⁵⁸

TCK'nın 244. maddesinin üçüncü fıkrası ile maddenin 765 sayılı TCK'daki karşılığı olan 525 b.1'deki önemli bir eksiklik giderilmiş ve zarar verilen sistemin bankaya, kredi kurumuna ya da bir kurum ve kuruluşa ait bilişim sistemi olması ağırlaştırıcı neden sayılmıştır. Nitekim bir kişisel bilgisayarın işleyişinin engellenmesinden doğacak zarar ile bir bankanın bilgisayarının işlenmesinin engellenmesinden doğacak zarar arasında ciddi fark vardır. Bu nedenle bankanın sistemine verilen zarar nedeniyle failin daha ağır bir cezaya çarptırılması da hakkaniyetle bağdaşmaktadır.⁵⁹

⁵⁸ Şaban Cankat Taşkın, *Bilişim Suçları*, Beta Yay, Bursa, 2008, s. 65.

⁵⁹ Dülger, *a. g. e.*, s. 243.

h. Yaptırım ve Usul Hükümleri

5237 sayılı TCK'nın 244. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen eylemler açısından bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası, 2. fıkrasında düzenlenen eylemler açısından ise altı aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

5237 sayılı TCK'nın 244. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen durumun gerçekleşmesi halinde, yukarıda belirtilen cezalar yarı oranında arttırılacaktır.

TCK'nın 244. maddesinde düzenlenen suçlar şikayete bağlı olmayıp, C. Başsavcılığı tarafından doğrudan soruşturma yapılır. Yargılama yetkisi ise asliye ceza mahkemelerine aittir.

II. Bilişim Sistemleri Aracılığıyla Yarar Sağlama Suçu

a. Giriş

Özellikle bilişim sistemi aracılığıyla hileli ya da aldatıcı hareketler yapılarak haksız çıkar sağlanmasında, hileli ya da aldatıcı hareketlerin kişiye karşı yapılmaması, fiillerin bilgisayar sistemi içerisinde yapılması ve bilişim sisteminde somut olmayan veriler üzerinden suçun işlenebilmesi nedeniyle, mukayeseli hukukta klasik dolandırıcılık ve hırsızlık suçlarından farklı olarak bilişim sistemleri aracılığıyla yarar sağlama hali yeni bir suç tipi olarak kabul edilmiştir.⁶⁰

Bu tarz bir düzenlemenin İtalyan Ceza Kanunu'nda klasik dolandırıcılık suçundan sonra gelmek üzere Kanun'un 640ter maddesinde düzenlendiği görülmektedir. 640ter maddesinde, dolandırıcılığa ilişkin diğer unsurlar korunmuş, hile ve desise ile kişinin hataya düşürülmesi unsuru yerine genel olarak veri işleme faaliyetine ya da verinin kendisine müdahale edilmesi suçun unsuru haline getirilmiştir.

Alman Ceza Kanunu'nda da benzer bir yaklaşım sergilenmiş, Ceza Kanunu'nun dolandırıcılık suçunun düzenlendiği 263. maddesinden sonra gelmek üzere, 263a maddesinde, failin kendisine veya üçüncü kişiye hukuka aykırı yarar sağlaması amacıyla veriye ve veri işleme faaliyetine müdahale etmesi suç olarak düzenlenmiştir. Bu ka-

⁶⁰ Akıncı/ Alıç/ Er, a. g. m., s. 188.

nunda 263. maddede düzenlenen dolandırıcılık suçunun unsurunu oluşturan hileli hareketlerle kişinin hataya düşürülmesi ya da var olan hatadan yararlanması şartı bilgisayar dolandırıcılığı bakımından aranmamıştır.⁶¹

Benzeri bir düzenleme Siber Suç Sözleşmesi m. 8'de de yer almaktadır. Buna göre, bilgisayarlarla ilişkili sahtecilik fiilleri, bir diğer kişinin malvarlığında doğrudan bir zarara yol açmış ve suçu işleyen kimse kasıtlı olarak kendisi veya bir başkası için yasadışı ekonomik yarar sağlamak amacıyla hareket etmişse suçun oluşacağı kabul edilmiştir.⁶²

Mukayeseli hukuktaki gelişmelere paralel olarak, TCK'nın 244. maddesinin son fıkrasında bilişim sistemi aracılığıyla haksız yarar sağlamaya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. TCK'nın 244. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen bu suç, maddenin 1 ve 2. fıkralarına göndermede bulunmaktadır. Bu fıkroda, bir bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi, bozulması, sistemdeki verilerin bozulması, yok edilmesi, değiştirilmesi, başka yere gönderilmesi, erişilmez kılınması, sisteme veri yerleştirilmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız çıkar sağlaması, bu sayılan fiiller "*başka bir suç oluşturmadığı*" takdirde cezalandırılmaktadır. Bu suç tipi 765 sayılı TCK'nın 525/b.2'deki suç tipinin karşılığıdır. Ancak yeni düzenlemenin eski düzenlemeden temel farkı, yeni düzenlemede suçu oluşturan fillerin açıkça gösterilmesi ve suçun sınırlarının iyi çizilmesidir.⁶³

Maddedeki "*başka bir suç oluşturmama*" düzenlemesi nedeniyle, TCK'nın 244/4 maddesi asli norm-tali norm ilişkisi kapsamında incelenmelidir. Bilindiği üzere asli norm-tali norm ilişkisinin bulunduğu hallerde olaya uygulanacak tek norm asli normdur. Zira yardımcı normun sonralığı ilkesine göre, asli normun bulunduğu hallerde yardımcı normun fiile uygulanması mümkün değildir. Bu tür normlar, çoğunlukla kanunda bulunabilecek boşlukları tamamlama görevini gören normlardır.⁶⁴ Bu bağlamda, TCK'nın 244/4 maddesi tali normdur

⁶¹ Ketizmen, *a. g. e.*, 149.

⁶² Aslı Deniz Helvacıoğlu, "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Temel Hükümlerinin İncelenmesi", *İnternet ve Hukuk, Derleyen: Yeşim M. Atamer, Bilgi Üniversitesi Yayınları*, 1.Baskı, İstanbul, Ocak 2004, s. 286-287.

⁶³ Dülger, *a. g. e.*, s. 244.

⁶⁴ Koca / Üzülmüş, *a. g. e.*, s. 467; Özbek, *a. g. e.*, s. 533.

ve bu hükmün uygulanabilmesi için, fiilin başka bir suç oluşturmaması gerekir. Maddenin gerekçesinde, “*füilin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması gerekir*” denilmiş ise de, bu ifade madde metni ile çelişki halindedir. Gerekçe, cezanın belirlenmesinde belirleyici olmadığından, madde metnine bağlı kalmak ve cezanın ağırlığı ne olursa olsun, eğer fiil başka bir suçu oluşturuyorsa, faile o suçtan ceza vermek gereklidir.

b. Suçla Korunan Hukuki Değer

Bu suç tipinin yasa maddesindeki tanımına göre, failin bilişim sistemi aracılığıyla gerçekleştirdiği eylemler sonucunda suçun oluşması için mağdurda bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir. Ancak bu zararın maddi veya manevi zarar olup olmayacağı açıklanmamıştır. Zararın türü bakımından bir ayırım yapılmadığına göre, fail tarafından zarara uğratılan maddi veya manevi hak, suçla korunan hukuksal değeri oluşturmaktadır.⁶⁵

c. Maddi Unsurlar

c.1. Suçun Fail ve Mağduru

5237 sayılı TCK'nın 244. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen bu suç tipinde fail için bir özellik aranmamıştır. Bu sebeple bu suçun faili herkes olabilir. Ancak tüzel kişiler suçun faili olamazlar.

Madde metninde mağdur bakımından da bir özellik öngörülmemiştir. Dolayısıyla, herkesin mağdur olabilmesi mümkündür. Söz konusu suçun oluşmasına yol açan eylemler nedeniyle zarara uğrayan kişiler, çıkarları zedelendiği için suçun mağduru olacaktır. Tüzel kişiler ise, suçtan zarar görendir. Suçun mağduru ile suçtan zarar gören kavramları birbirlerinden farklıdır. Şöyle ki, suçun mağduru suçtan doğan ceza ilişkisinin tarafı olduğu halde; suçtan zarar gören, hukuk ilişkisinin tarafıdır ve iddiası esas itibariyle hukuksal nitelik taşımaktadır.⁶⁶

⁶⁵ Dülger, *a. g. e.*, s. 244.

⁶⁶ Bahri Öztürk / Mustafa Ruhan Erdem / Özge Sırma / Yasemin Saygılar, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Kavramlar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 200.

c.2. Suçun Konusu

TCK 244. maddenin 1. ve 2. fıkrasında düzenlenen suç tiplerinin konusu ile maddenin 4. fıkrasında düzenlenen suç tipinin konusu aynıdır. Buna göre, bu suçun konusu da bir bilişim sisteminin işleyişi veya bir bilişim sistemindeki verilerdir.

c.3. Hareket

Maddede 1 ve 2. fıkralara atıf yapıldığı için, bu fıkralarda düzenlenen bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi, bozulması, verilerin yok edilmesi, değiştirilmesi suçlarının maddi unsurunu oluşturan eylemler, bu suçun da maddi unsurunu oluşturmaktadır. Yukarıda bu konular anlatıldığı için tekrara girilmeyecektir. Ancak bu konuyla ilgili şu hususa dikkat çekilmelidir ki, bilişim sistemi aracılığıyla yarar sağlama suçunu oluşturabilecek fiiller, genel olarak iki başlık altında toplanmaktadır.

Birincisi verilere veya programlara müdahale aracılığıyla işlenen yarar sağlama halleridir. Verilere müdahale yoluyla yarar sağlama, bilgisayar sistemi içerisinde yer alan verilerin değiştirilmesi, erişilmez kılınması, silinmesi veya sisteme yeni verilerin eklenmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. İkinci başlık olan programlara müdahale yoluyla yarar sağlama ise, bilgisayar sistemleri içerisinde var olan bir programa müdahale edilmesi ya da yeni bir program eklenmesi suretiyle gerçekleştirilebilir. Programlara müdahale yoluyla dolandırıcılık suçuna "*salam tekniği*" adı verilen yöntemi örnek göstermek mümkündür.⁶⁷ Yukarıda kısaca bu teknikten bahsedilmiştir.

c.4. Netice

5237 sayılı TCK'nın 244/4. maddesinde yazılı eylemin meydana gelmesi ile haksız bir çıkarın sağlanması aranmıştır. Bu nedenle bu suç neticeli suçtur.

⁶⁷ Ketizmen, *a. g. e.*, s. 148.

d. Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru, özel kasttır. Failde, genel kastın yanında kendisine veya başkasına haksız bir çıkar sağlama kastı da bulunmalıdır.

e. Hukuka Aykırılık Unsuru

Yukarıda hukuka aykırılık unsuru hakkında yapılan açıklamalara paralel olarak, bu suç bakımından, rıza hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmelidir. Ancak rıza gösterenin mutlaka malik olması şart değildir. Sistemin ilgisi (kullanan ya da yararlanan) de rızayı vermeye ehil olabilir. Malik olmadığı halde sistemden yararlanan kişinin verdiği bir rıza yoksa sadece sistemin malikinin verdiği rıza fiili suç olmaktan çıkarmayacaktır. Çünkü sistemden fiilen yararlanan malik olmayıp, sistemi kullanandır. Dolayısıyla, her somut olayda rızanın varlığı araştırılırken, rızayı verenin bu rızayı vermeye yetkisi olup olmadığına da bakılmalıdır.

f. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

f.1. Teşebbüs ve İştirak

Suç, teşebbüs ve iştirak bakımından bir özellik taşımamaktadır. Genel hükümler uygulanacaktır.

f.2. İçtima

Maddede yazılı suç, fikri içtima bakımından özellik göstermektedir. Maddede açıkça *“kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamanın başka bir suç oluşturmaması halinde”* ifadesine yer verildiğinden, söz konusu eylemlerin başka bir suç oluşturması halinde diğer suç tipleri olaya uygulanacaktır. Sorun da burada yatmaktadır. Şöyle ki, TCK'nın 142/2-e maddesinde yazılı hırsızlık suçunun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi hükmü ve TCK'nın 158/1-f maddesinde yazılı, dolandırıcılık suçunun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi hükmünün varlığı karşısında, so-

run TCK 244/4 maddesinin hangi hallerde uygulanacağı hususudur. Bu konuyla ilgili olarak Yargıtay çeşitli kararlar vermiştir.⁶⁸

⁶⁸ Yrg. 11. CD, 26/09/2007, 2007/6122-5897 E-K: Sanığın, evrakı tefrik edilen suç ortaklarıyla birlikte fikir ve eylem birliği içinde Hasdağ Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi adına Akbank Kayseri Ticari Şubesinde bulunan 888-843-184019 nolu YTL hesabına internet üzerinden girerek, mevduatta bulunan 7.250.00 YTL. parayı, aynı bankanın Konya Truva Şubesinde kendi fotoğrafının yapıştırıldığı ve Veyssel Tekin'e ait kimlik bilgilerini içeren sahte nüfus cüzdanı ile açtığı 888-773-0009847 nolu banka hesabına havale edip, bu şekilde hesaba yatan paradan 5000 YTL yi bankadan çektikten ve bakiye parayı çekmek isterken yakalandığı oluşturma şeklinde kabul edilmiş olmasına göre, eylemin 5237 sayılı TCK'nın 244/4. maddesinde öngörülen bilişim suçunu oluşturduğu gözetilmeden suçun nitelendirilmesinde yanılığa düşülerek hırsızlık suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması.

Yrg. 11. CD, 28/01/2008, 2007/8337 E, 2008/269K: Dolandırıcılık suçundan unsur olan hileli davranışların gerçek kişiye yönelmesi ve bunun sonunda onun veya başkasının malvarlığı aleyhine sanığın veya başkasının yararına haksız bir menfaat sağlanması gerekeceği somut olayda ise, sanıkların açık kimlikleri tespit edilemediği için evrakı tefrik edilen faillerle fikir ve eylem birliği yaparak, İstanbul'da bulunan bir bilgisayardan katılanın Vakıfbank Ankara Şubesindeki hesabına ait internet şifresi kırılarak hesapta bulunan 41.500 YTL'nin, sanık Yaşar Aslan'ın Vakıfbank Gaziantep Şubesindeki hesabına EFT yoluyla havale etmeleri ve buradan da sanıklar Yaşar ile Eren'in parayı çekmelerinden ibaret eylemlerinde, gerçek kişiye yönelen hileli bir hareket bulunmaması nedeniyle dolandırıcılık suçunun unsurlarını oluşturmadığı, fiilin 5237 sayılı TCK'nın 244/4 maddesine uygun "bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suretiyle haksız çıkar sağlama" suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde bilişim sistemlerinin aracı olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçundan mahkumiyetlerine karar verilmesi.

Yrg. 11. CD, 24/03/2008, 2007/9407 E, 2008/1807 K: Sanığın, Denizbank A.Ş. Antalya Şubesi'nde kendi adına hesap açtırdıktan sonra, katılan F.A'ya ait aynı bankanın Karadeniz Ereğli Şubesi'ndeki banka hesabından, ele geçirdiği "interaktif bankacılık şifresini" kullanarak internet aracılığı ile banka hesabına para transferi yapmaktan ibaret eyleminin, gerçek kişiye yönelmiş bir hile bulunmadığı cihetle, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı Yasanın 525/b-2. maddesinde öngörülen "bilişim" suçunu oluşturduğu ve sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı Yasanın 244/4. maddesi ile karşılaştırma yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması.

Yrg. 11. CD, 27/01/2009, 2008/15441 E, 2009/80 K: Dolandırıcılık suçunda unsur olan hileli davranışların gerçek kişiye yönelmesi ve bunun sonucunda onun veya başkasının malvarlığı aleyhine sanığın veya başkasının yararına haksız bir menfaat sağlanması gerekeceği, somut olayda ise; sanığın katılanın Şekerbank Uludağ Şubesinde mevcut şirket hesabına internet bankacılığı yoluyla girip hesaptaki paradan 7300.00 YTL'yı Yapı Kredi Bankası Adana Baraj Yolu Şubesinde Barış Güven sahte kimliğiyle açtırmış olduğu hesaba havale edip çekmeye çalıştığı iddia ve dosya içeriğine uygun gerekçelerle kabul edilmesi karşısında; Gerçek kişiye yönelen hile oluşturacak nitelikte bir hareketin bulunmaması nedeniyle dolan-

Yrg. 11.CD, 01/07/2008, 2006/1800 E,2008/7126 K: Dolandırıcılık suçunda unsur olan hileli davranışların gerçek kişiye yönelmesi ve bunun sonunda onun veya başkasının malvarlığı aleyhine sanığın veya başkasının yararına haksız bir menfaat sağlanması gerekeceği, somut olayda ise, sanığın katılan Türk Telekom A.Ş. tarafından üretilen ve ankesörlü telefonlardan konuşma yapmaya yarayan telefon kartlarının manyetik şeritlerine teyp bandı ile dolun yapmak suretiyle kaçak görüşme yaptığının iddia ve kabul olunması karşısında; gerçek kişiye yönelen hile oluşturacak nitelikte bir hareketin bulunmaması nedeniyle dolandırıcılık suçunun unsurlarının bulunmadığı, ayrıntıları Ceza Genel Kurulu'nun 19.06.2007 gün ve 136-150 sayılı kararında belirtil-

dırıcılık suçunun unsurlarının bulunmadığı, fiilin 5237 sayılı TCK'nın 244/4 maddesinde öngörülen bilişim suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde bilişim sistemlerinin aracı olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçundan mahkumiyetine karar verilmesi.

Yrg. 11.CD, 07/10/2009, 2009/1616-11328 E-K: Dolandırıcılık suçu; hileli davranışlarla bir kişinin aldatılıp onun veya bir başkasının zararına, failin kendisine veya bir başkasına yarar sağlaması suretiyle oluşur. Suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin, gerçek bir kişiye yöneltilmiş olması, onun kandırılarak çıkar sağlanması gerekir. Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunda ise, verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağını veren manyetik sistemler araç olarak kullanılıp gerçek kişiler aldatılarak çıkar sağlanmaktadır. Bankaların etkin işlevi bulunan çek, hesap cüzdanı, dekont gibi maddi varlıklarının kullanılması halinde ise, banka vasıta alınarak dolandırıcılık suçu oluşacaktır.

Gerçek bir kişiyle karşı karşıya gelmeden, yüz yüze veya telefon, bilgisayar, bilgi geçer gibi bir başka vasıta kullanılarak görüşmeden, konuşmadan, kişilere yönelik hileli davranışlarla aldatılmadan sadece bilişim sistemi kullanılarak doğrudan doğruya çıkar sağlanması halinde "bilişim sistemine girerek haksız çıkar sağlama suçu" gerçekleşecektir.

Somut olayda ise; sanığın, katılanın Garanti Bankası 1. Levent Şubesinde bulunan hesabına internet bankacılığı yoluyla girip hesaptaki paradan 3.200.00 TL'yi Garanti Bankası Osmanbey Şubesindeki kendi hesabına internet yoluyla havale ettikten sonra parayı çekerek haksız menfaat sağladığı iddia ve dosya içeriğine uygun kabul edilmesi karşısında; gerçek kişiye yönelen hile oluşturacak nitelikte bir hareketin bulunmaması ve tamamen bilişim sistemi içinde gerçekleştirilmesi nedeniyle dolandırıcılık suçunun unsurlarının bulunmadığı "veri"nin taşınabilir bir mal olarak kabul edilmesinin olanaklı olmaması nedeniyle hırsızlık suçunun unsurlarının da gerçekleşmediği eylemin, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nın 525/b. (5237 sayılı TCK'nın 244/4. maddesine uygun "bilişim sistemini engelleme, bozma verileri yok etme veya değiştirme suretiyle haksız çıkar sağlama") maddesinde öngörülen bilişim suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun nitelendirilmesinde yanılığa düşülerek bilişim sistemlerinin aracı olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçundan mahkumiyetine karar verilmesi.

diği üzere sanığın fiilinin kül halinde suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nın 525/b-2 (5237 sayılı TCK'nın 244/4 maddesine uygun "bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suretiyle haksız çıkar sağlama") madde ve fıkrası kapsamında bilişim suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

Görüldüğü üzere, Yargıtay Ceza Dairesi ilk uygulamalarında TCK'nın 244/4 maddesinin sıkça uygulanmasına yol açacak bir yorum girmişken, aşağıda anlatılacak Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı sonrası, bu görüşten vazgeçmiştir. Konumuz bakımından önemli olması nedeniyle Ceza Genel Kurulu kararının önemli kısımlarının aynen aktarılmasında fayda görülmüştür.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 17/11/2009 gün, 2009/11-293 Esas, 2009/268 karar sayılı kararı: "Sanık V.E. ile firari S.T. birlikte hareket ederek, daha önceden haksız bir şekilde ele geçirdikleri katılan firmanın internet bankacılık şifresini kullanmak suretiyle, katılanın Şekerbank Ankara Küçükkesat Şubesindeki hesabından 10.750 YTL'yi internet kanalı ile Şekerbank-İstanbul Zeytinburnu Şubesinde sanık V. adına açtırdıkları hesaba havale ettikleri ve aynı gün banka şubesinden çektikleri olayda, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümü gereken uyuşmazlık, sanığın 765 sayılı TCK'nın 525/b-2 maddesine uyan eyleminin, suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 244/4 maddesine mi, yoksa 142/2-e maddesine mi, uyan suçu oluşturduğuna ilişkindir.

244. maddenin 4. fıkrasında yer alan; "Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamanın başka bir suç oluşturmaması halinde..." biçimindeki ifadeden bu fıkradaki düzenlemenin tali norm niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, bilişim sistemleri aracılığıyla haksız çıkar sağlanmış olması halinde öncelikle Yasada düzenlenmiş olan bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların oluşup oluşmadığı değerlendirilmeli, şayet gerçekleştirilen eylem bu suçlardan hiçbirisinin tanımına uygun değilse, o zaman 244. maddenin 4. fıkrası hükmü uyarınca uygulama yapılmalıdır. ...

Bu konu öğretide de tartışmalı olup, bir kısım yazarlar bilişim sistemiyle hukuka aykırı yarar sağlama eylemlerinin, genellikle bilişim suçları veya dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilebileceği,

gelişen teknolojiyle birlikte değişen suç türleri nedeniyle bilişim hırsızlığı suçuna yer verilmesinin gerekli bulunduğu, ancak bu suçun bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenerek, hangi eylemleri kapsayacağı'nın açıkça belirlenmesi gerektiğini, bilişim sistemini kullanmak suretiyle hırsızlık suçunu düzenleyen hükmün uygulanmasının bir iki örnek dışında olanaksız olduğunu ileri sürmüş; bir kısım yazarlar ise başkasının banka hesabına internet üzerinden girerek bu hesaptan failin kendisi veya başkasının hesabına para aktarması şeklinde gerçekleşen olaylarda da bilişim sistemlerini kullanarak hırsızlık veya dolandırıcılık suçlarının unsurları itibariyle gerçekleşip gerçekleşmediği tartışılmalıdır şeklinde görüş bildirmektedirler...

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

"Sanık V.nin; firari S.T. ile birlikte hareket ederek, daha önceden haksız bir şekilde ele geçirdikleri katılan firmanın internet bankacılık şifresini kullanmak suretiyle, katılanın Şekerbank Ankara Küçükesat Şubesi'ndeki hesabından 10.750 YTL'yi Şekerbank İstanbul Zeytinburnu Şubesi'nde sanık V. adına açtırdıkları hesaba havale edip, aynı gün banka şubesinden çekmek şeklinde gerçekleştirdiği eylemdeki kasti, katılan firmanın banka hesabında bulunan, taşınır nitelikteki parayı bilişim sistemini kullanmak suretiyle kendi banka hesaplarına geçirmeye, katılanın rızasına aykırı olarak malvarlığında azalmaya neden olmaya; başka bir anlatımla var olan veriyi başka bir yere göndermekten ziyade, bu verinin temsil ettiği parayı alarak mal edinmeye yöneliktir. Kaldı ki sanığın katılanın internet bankacılık hesabında bulunan parasına ulaşmak için bilişim sistemlerini araç olarak kullanmaktan başka alternatifi de yoktur. Dolayısıyla olayımızda, 5237 sayılı TCK'nun 142/2-e maddesinde düzenlenmiş bulunan "bilişim sistemi kullanılmak suretiyle hırsızlık" suçunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Şu halde, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nun 142/2-e maddesindeki nitelikli hırsızlık suçunu oluşturduğunun kabul edilmesi karşısında; 244. maddenin 4. fıkrası uyarınca uygulama yapma olanağı da bulunmamaktadır." denmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bu kararı ilgili ceza dairesi tarafından da benimsenmiş ve uygulamada bu görüş üzerinde birlik sağlandığı gözlemlenmiştir.⁶⁹

⁶⁹ Yrg. 11 CD, 29/03/2010, 2009/23625, 2010/3600 K: Katılanın internet bankacılığı şifresini kırarak hesabında bulunan paraları kendisinin ve yakınlarının hesaplarına aktarmak suretiyle haksız menfaat temin eden sanığın eyleminin, ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.11.2009 gün 193/268 sayılı kararında da açıklandığı üzere TCK'nun 142/2-e maddesindeki bilişim sisteminin kullanılması sure-

Bu konu hakkında tartışılması gereken husus, verinin taşınabilir mal olup olmadığı hususudur. Bir görüşe göre, hırsızlık suçunun konusu taşınır, menkul bir mal olmalıdır. Yani taşınır mal, mevcut ve maddi varlığı olan bir cisim olmalıdır. Verinin sahibinin rızası olmaksızın bilişim sisteminden başka bir yere gönderilmesinde hırsızlık suçunun oluştuğunu söyleyebilmek için verinin taşınır bir mal olarak kabulü zorunludur. Veri ise, 5237 sayılı TCK'nın hiçbir maddesinde taşınabilir bir mal olarak düzenlenmemiş ve tanımlanmamıştır. Bu nedenle veri üzerinden işlenen suçlarda TCK'nın 244/4 maddesi uygulanmalıdır denilmektedir.⁷⁰

Bir başka görüşe göre ise, sisteme ve veriye müdahalenin yapılmış olması sonrasında doğrudan bir yarar sağlanmıyor ve yararın sağlanmasına ilişkin işlem başka bir kişi tarafından gerçekleştiriliyor ise, bu durumda eylemin klasik dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁷¹

Kanaatimizce, sisteme veya veriye yapılan müdahale sonucu doğrudan bir zarar meydana gelmiyorsa, müdahale sonucu veriye bağlı değerler zarar görüyorsa veya zararın doğması için bir kişinin aldatılması gerekiyorsa artık klasik dolandırıcılık veya hırsızlık suçlarının işlendiği kabul edilmelidir. Bu anlamda Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararının yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

Yargıtay'da oluşan görüş birliği sayesinde, TCK'nın 244/4 maddesinin uygulamada uygulanabilir bir madde olmaktan çıktığı anlaşılmaktadır. Zira TCK'nın 244/4 maddesindeki suçun gerçekleşme şartı olan haksız çıkar sağlanması için, verilere bağlı değerlere müdahale edilmesi gerekmektedir. Uygulamada görülmüştür ki, bilişim sistemleri yoluyla yarar sağlama suçu çoğunlukla, kişilere ait internet bankacılığı şifrelerinin ele geçirilmesinden sonra banka hesaplarının boşaltılması suretiyle işlenmektedir. Yukarıdaki kararda görüldüğü üzere Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verinin temsil ettiği değer esas alınıp, bu yolla işlenen suçların TCK'nın 142/2-e maddesi kapsamın-

tiyle hırsızlık suçunu oluşturacağı gözetilmeden ve suçun zincirleme biçimde işlenip işlenmediği de tartışılmadan, yazılı şekilde hüküm kurulması.

⁷⁰ Kubilay Taşdemir, Adı geçen kararda muhalefet görüşü.

⁷¹ Ketizmen, *a. g. e.*, s. 179.

da değerlendirilmesi karşısında, TCK'nın 244/4 maddesinin uygulanma imkanının çok sınırlı kaldığı görüşünderiz.

g. Yaptırım ve Usul Hükümleri

5237 sayılı TCK'nın 244. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen eylemler açısından iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ve beş bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, bu suçu işleyen failer açısından hem adli para cezası hem de hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür. Zira fail, işlediği suç neticesinde haksız bir çıkar sağlamaktadır. Bu sebeple madde metnine göre, hapis cezası ile birlikte adli para cezasına da hükmedilecektir.

Maddede işlenen suç şikâyete bağlı olmayıp, C. Başsavcılığı tarafından doğrudan soruşturma yapılır. Yargılama yapma yetkisi ise asliye ceza mahkemelerine aittir.

SONUÇ

Bilişim ve iletişim teknolojilerinin her ülkenin gelişimi için sunduğu benzersiz olanaklar her geçen gün akıl almaz bir hızla yayılmakta ve artmaktadır. Kısa süreli veri akış kesintilerinin yarattığı olumsuzluklar bile, bilişim sektörünün ne kadar hayatın içerisinde olduğunu göstermektedir. Bilişim sektöründeki gelişmeye paralel olarak, bilişim suçlarında göz ardı edilemeyecek oranda artışların olması, bu suçların doğurduğu zararların da, pek çok adi suçtan daha yıkıcı etkiye neden olmasını sağlamaktadır.

Yıkıcı etkiye sahip bilişim alanında işlenen suçlarla mücadele edebilmek için kabul edilen TCK'nın 244. maddesinin içeriği yukarıda her yönüyle açıklanmaya çalışıldı. Belirtildiği üzere, günümüz şartları ve mukayeseli hukuktaki gelişmelere paralel olarak ayrı bir başlık altında bu düzenlemenin kabul edilmesi önemlidir. Maddenin 1. ve 2. fıkraları, 765 sayılı TCK ile kıyaslandığında, bu düzenlemenin daha açık, kapsayıcı ve isabetli olduğu görülmektedir. Ayrıca bu fıkraların içerdiği cezalar kendi içerisinde bir dengeye sahiptir. Kişilere karşı işlenen suçlar ile banka veya kredi kurumlarına ve kamu kurumlarına yönelik işlenen suçların cezaları arasında ayrıma gidilmesi anlamlıdır.

TCK'nın 244/4 maddesinin uygulaması ise halen tartışılmaya devam edilmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu kararın yerindeliği sorgulanmaya devam ederken, verilen karar sonrası TCK'nın 244/4 maddesinin uygulanma alanının daraldığının ve TCK'nın 142/2-e ve TCK'nın 158/1-f maddelerinin öncelikle tartışılıp uygulanacakları kanaatinde isek de; gelişen ve değişen teknoloji dünyasında, suçla mücadele için böylesi bir ek maddenin varlığının önemli olduğu düşüncesindeyiz.

TCK'nın 244. maddesinin varlığı pek çok açıdan yerinde olmasına karşın, kanaatimizce TCK'nın 244 maddesi tümüyle Ceza Kanunu'nun "*Malvarlığına Karşı Suçlar*"ın düzenlendiği İkinci Kısım Onuncu Bölüm'de yer almalıydı. Yukarıda anlatıldığı üzere, maddede yazılı suçların koruduğu hukuki yararlar dikkate alındığında, İkinci Kısım Onuncu Bölüm'deki suçlarla örtüştüğü açıktır. Özellikle sanık hakları bakımından, TCK'nın 167, 168 maddelerindeki olanaklardan sanıkların yararlandırılmaması nedeniyle oluşan eşitsiz durumların giderilmesi gerekmektedir.

Bu arada bilişim suçlarıyla mücadele etmek amacıyla yasal düzenleme yapılırken, bu suçların uluslararası boyutları da unutulmamalıdır. Teknolojinin sağladığı olanaklar sayesinde, ülkeler arasında bu suçlar seri şekilde ve iz bırakmadan işlenebilmektedir. Suç örgütlerinin aksine, ülkeler arası işbirliğinin istenen seviyede olmaması, bürokratik kısıtlamalar ve diğer etkenler nedeniyle, suçla tam anlamıyla mücadele edilememektedir. Bu durum ceza kanunundaki maddeleri de işlevsiz kılmaktadır.

Bilişim suçlarıyla uluslar arası alanda mücadele derken ilk aklı gelen sözleşme olan Siber Suç Sözleşmesi 2001 yılında yürürlüğe girmiş ise de, o tarihten beri Türkiye bu sözleşmeyi imzalamamış ve sözleşmeye taraf olmamıştır. Dolayısıyla Ceza Kanunu'na 243, 244, 245, 246. maddelerinde yazılı bilişim suçlarına yönelik hükümleri koymak, bu suçlarla her anlamda mücadele edildiğini göstermeye yetmemektedir. Bilişim suçuyla mücadelede samimiyetin ve siyasi iradenin ortaya konması bakımında acilen "*Siber Suç Sözleşmesi*" imzalanmalıdır.

Bilişim suçlarıyla mücadelede uluslar arası alandaki tavır bir tarafta, ülke içindeki sorunlar da ayrıca değerlendirilmelidir. Kolluk güçleri bünyelerinde bilişim suçlarıyla mücadele etmek için özel birimler

kurmuşlarsa da, uygulamada teknik ve fiziki altyapı eksiklikleri nedeniyle faillerin yakalanmasında sorunlar yaşanmaktadır. Bu amaçla kolluk güçlerinin bilişim suçlarıyla ilgili birimleri güçlendirilmeli, teknolojik altyapıları geliştirilmelidir.

Yakalanan şüphelilerin yargılanıp cezalandırılmasında ise, ülkemizin yargı sistemine dair temel yapısal sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu suçları işleyen şüphelileri yargılama yetkisine sahip asliye ceza mahkemeleri, Adalet Bakanlığı Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğü verilerine göre,⁷² 2008 yılında toplam 1.228.068 adet dava dosyasını incelemek zorunda kalmış ve yıl içerisinde 623.436 adet dava dosyasını karara bağlamış, 604.632 adet dava dosyasını ise bir sonraki yıla devretmiştir. Yine 2008 yılı istatistiklerin göre, asliye ceza mahkemelerinde ortalama yargılama süresi 321 gün olup, bu süreye temyiz süreci dahil değildir.

Açıktır ki, bilişim suçlarının mahiyetleri ve yarattıkları olumsuz etkiler nedeniyle daha hızlı bir yargılama sürecine ihtiyaç vardır. Dolayısıyla bu suçları yargılamakla görevli ihtisas mahkemeleri oluşturulmalı, konunun uzmanları ile mahkemeler donatılmalı, mahkemelerin oluşumu için gerekli sayıda hakim ve C. Savcısı ataması yapılmalıdır. Çünkü kolluk güçleri uzmanlaşsa bile, yargılama makamında aynı uzmanlaşma olmazsa, istenen sonuca ulaşmak mümkün olmayacaktır.

KAYNAKLAR

- Akbulut, Berrin Bozdoğan, Bilişim Suçları, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:8, S:1-2, Y:2000.
- Akıncı, Hatice/Alıç, A.Emre/Er,Cüneyd "Türk Ceza Kanunu ve Bilişim Suçları", *İnternet ve Hukuk*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., Ocak 2004, İstanbul.
- Atamer, Yeşim, *İnternet ve Hukuk*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004.
- Bal, Hasan Çebi, *Bilgisayar ve İnternet*, Akademi Yayınevi, Rize, 2001.

⁷² http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2008/ist_tab.htm Kontrol Tarihi: 01/09/2010.

- Çeken, Hüseyin, "Amerika Birleşik Devletlerinde İnternet Yolu İle İşlenen Suçlara İlişkin Düzenlemeler", *Askeri Adalet Dergisi*, Yıl: 30, Sayı: 114, Mayıs 2002.
- Çekiç, Burak, "İnternet Aracılığıyla İşlenen Suçlar", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005.
- Değirmenci, Olgun, Bilişim Suçları Alanında Yapılan Çalışmalar ve Bu Suçların Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi, *Legal Hukuk Dergisi*, S.11,Y:Kasım 2003.
- Değirmenci, Olgun, Bilişim Suçları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay, Ankara, 2009.
- Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 12. Baskı.
- Dönmezer,Sulhi/Erman,Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C: 2, Sulhi Garan matbaası, 1974, İstanbul.
- Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları*, Seçkin Yay, Ankara, 2004.
- Eker, Umut, Türk Ceza Hukuku'nda Bilişim Suçları, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 62, Ocak-Şubat 2006, Ankara.
- Erol, Haydar, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, 2000.
- Ersoy, Yüksel, Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C: 49,S:3-4,Y:Haziran 1994.
- Hafızoğulları, Zeki, Ceza Hukuku Ders Notları, Ankara 2008, <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf>, Kontrol Tarihi: 29/08/2010.
- Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, Usa Yay, Ankara, 2010.
- Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Usa Yay, Ankara, 2010.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay, Ankara, 2009.
- Helvacıoğlu, Aslı Deniz; "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Temel Hükümlerinin İncelenmesi", *İnternet ve Hukuk*, Derleyen: Yeşim M. Atamer, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, Ocak 2004.

- Karagülmez, Ali, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, Seçkin Yay, Ankara, 2005.
- Kardaş, Ümit, *Bilişim Dünyası ve Hukuk*, *Karizma Dergisi*, S:13,Y:2003.
- Ketizmen, Muammer, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Adalet Yay, 2008, Ankara.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay, Ankara, 2009.
- Kuntalp, Erden, *Kartlı Ödeme Sistemi Hakkında Genel Bilgiler, Kavramlar ve Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkiler, Banka ve Kredi Kartları Sempozyumu (08-10.10.1999)*, BKM Yay.
- Kurt, Levent, *Bilişim Suçları*, Seçkin Yay, Ankara, 2005
- Memiş, Tekin, *Hukuki Açından Kitlelere E-Posta Gönderilmesi*, *AÜ-EHFD*, Erzincan, C:V, S:1-4, 2001.
- Meran, Necati, *Sahtecilik, Malvarlığı, Bilişim Suçları*, Seçkin Yay, Ankara, 2005.
- Önder, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.
- Özbek, Veli Özer/ Kanbur, Nihat/ Bacaksız, Pınar/ Doğan, Koray/ Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay, Ankara, 2010.
- Özel, Cevat, *Bilişim-İnternet Suçları*, http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/bilisim_internetsuclari.html, Kontrol Tarihi: 15/08/2010.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay, Ankara, 2008.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler*, Ankara, 2005.
- Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan /Sırma, Özge/ Saygılar, Yase-min, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Kavramlar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- Sarzana, Carlo, "Bilişim Alanındaki Yeni Teknolojilerin Hukuksal Yansıması İtalya'daki Durum", *İstanbul Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan sayısı, İstanbul 1997, C.LV, S.3.
- Schjolberg, Stein, *The Legal Framework - Unauthorized Access To Computer Systems*, <http://www.mosstingrett.no/info/legal.html> Kontrol Tarihi: 17/08/2010.
- Taşdemir, Kubilay, *Bilişim, Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçları*, Ankara, 2009.

- Taşkın, Şaban Cankat, *Bilişim Suçları*, Beta Yay, Bursa, 2008.
- Tezcan, Durmuş/Erдем, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 5. Baskı, 2007.
- Topaloğlu, Mustafa, *Bilişim Hukuku*, Karahan Kitabevi, Adana, 2005.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yay, Ankara, 2009.
- Yazıcıoğlu, R. Yılmaz, *Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirilmesi*, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:2,S:2,Y:2005.
- Yazıcıoğlu, R. Yılmaz, *Bilgisayar Suçları*, Alfa Yay, İstanbul, 1997.
- Yazıcıoğlu, R. Yılmaz, *Bilişim Suçları Konusunda 2001 Türk Ceza Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi*, *Hukuk ve Adalet: Eleştirel Hukuk Dergisi*, İstanbul, Y:1,S:1,Ocak-Mart 2004.
- Yenidünya, Caner, "Bilişim Sistemine Hukuka Aykırı Erişim Suçu", *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, İstanbul, Nisan 2005.
- <http://www.conventions.coe.int>, Kontrol Tarihi: 16/08/2010.
- http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2008/ist_tab.htm Kontrol Tarihi: 01/09/2010.

CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA GAİP VEYA KAÇAK SANIĞA GÜVENCE BELGESİ VERİLMESİ (CMK m. 246, m. 248/7)

IN LAW OF CRIMINAL PROCEDURE "ISSUANCE OF ASSURANCE
CERTIFICATE FOR THE ACCUSED THAT IS ABSENTEE OR
FUGITIVE"

Murat BALCI*

Özet: Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gaip ve kaçakların yargılamasına ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir. Bu düzenlemeler arasında sanığa güvence belgesi verilmesi önemli bir yer tutmaktadır. Çalışmada gaip ve kaçak sanığa güvence belgesi verilmesi kurumunun şartları ve hükümleri üzerinde durulmuştur. Gaip ve kaçak sanıklar hakkındaki yargılamanın uzamasının önlenmesi bakımından, güvence belgesi verilmesinin uygulama alanının genişletilmesi için yapılması gerekenler çalışma kapsamında ayrıca değerlendirmiştir.

Anahtar Sözcükler: Güvence belgesi, gaip, kaçak, tutuklama, koruma tedbiri.

Abstract: In Code of Criminal Procedure there had been given place to special provisions for the trying of absentees and fugitives. Among those provisions, issuance of assurance certificate for the accused that is absentee or fugitive is an important one. In this article, the conditions and dispositions of this institution are discussed. As part of this work, in order to prevent the lengthening of the trial of the fugitives and absentees, the things which need to be done for widening the application area of this institution are also discussed.

Keywords: Assurance certificate, absentee, fugitive, detention, protection measure.

I. Genel Açıklamalar

Ceza muhakemesinin kovuşturma aşamasında, kural olarak, hüküm vermek için sanığın duruşmada hazır bulunması ve savunma-

* Yrd. Doç. Dr., Doğuş Üniv. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

ya aktif bir şekilde katılması gerekmektedir (CMK m. 193).¹ Sanık tutuklanma korkusu ile yargılamaya katılmaktan çekinebilir. Bu halde en azından kendisine yapılan isnada karşı savunması alınmadığından kovuşturmanın sonuçlanması mümkün değildir. Sanık zorla getirme veya yakalama emri çıkarılmasına rağmen mahkemeye getirilememişse, kendi rızası ile tutuklanmayacağına ilişkin güvence verilerek duruşmaya katılmasının sağlanması 5271 sayılı CMK ile mümkün kılınmıştır.

CMK'nın 246. maddesinde gaip olan sanığa verilecek "güvence belgesi" ne ilişkin düzenleme, yer almaktadır. Maddede; "(1) Mahkeme, gaip olan sanık hakkında duruşmaya gelmesi hâlinde tutuklanmayacağı hususunda bir güvence belgesi verebilir ve bu güvence koşullara bağlanabilir.

(2) Sanık, hapis cezası ile mahkûm olur veya kaçmak hazırlığında bulunur veya güvence belgesinin bağlı olduğu koşullara uymazsa belgenin hükmü kalmaz" denilmektedir.²

Güvence belgesi "gaip" olan sanıklara verilebileceği gibi, CMK'nın 248/7. fıkrası uyarınca ceza muhakemesi anlamında "kaçak" olan sanıklara da verilebilir. Bu husus CMK'nın 248/7. maddesinde; "246. madde hükmü kaçaklar hakkında da uygulanır" denilmek suretiyle vurgulanmıştır.

"*Teminat Varakası*", olarak adlandırılan güvence belgesi mülga 1412 sayılı CMUK'nın 288. maddesinde düzenlenmişti.³ CMUK'nın 288.

¹ Nurullah Kunter / Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Bası, İstanbul 2008, s. 485.

² Bahri Öztürk, *Suç Muhakemesi Hukukunda Gaiplik ve Gaiplerin Muhakemesi*, İstanbul 1984, s. 137 vd.; Veli Özer Özbek, *CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı*, Ankara 2005, s. 930 vd.; Nur Centel- Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 2005, s. 673; Yener Ünver- Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 698 vd.; Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, s. 1052; Ali Parlar / Muzaffer Hatipoğlu, *Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu*, Ankara 2008, C:2, s. 1537 vd.

³ CMUK'nın 288. maddesinde "Mahkeme gaip olan maznun hakkında bir teminat varakası verebilir. Bu teminat şartlara bağlanabilir.

Teminat varakası hangi suç için verilmiş ise maznunu yalnız ondan dolayı tevkiften masun bulundurur.

Maznun hürriyeti tahdit eden bir ceza ile mahkûm olur veya kaçmak hazırlığında bulunur yahut teminat varakasının bağlı olduğu şartlara riayetsizlik ederse teminatın hükmü kalmaz" denilmiştir.

maddesinin mehzazını Alman Ceza Usul Kanunu'nun 295. maddesi oluşturmaktadır.⁴ Mülga CMUK'da, güvence belgesi yalnız gaipler bakımından ele alınmış iken 5271 sayılı CMK'da kaçak sanıkları kapsar biçimde daha geniş bir hüküm konulmuştur. Her iki düzenleme arasındaki bir başka fark, güvence belgesinin kapsamıdır. 1412 sayılı CMUK'nun 288/2. maddesinde bulunan, "güvence belgesi hangi suç için verilmiş ise sanığı yalnız ondan dolayı tutuklamaktan koruyacağı" hükmü 5271 sayılı CMK'da yer almamaktadır.

Kanun koyucu gaip veya kaçak sanıkların mahkemeye gelerek savunma yapmasını ve bu suretle kovuşturmanın sonuçlanmasını temin etmek bakımından "güvence belgesi"ni düzenlemiştir.⁵ Ancak uygulamada gaip veya kaçak sanığa güvence belgesi verilmesi kurumu mahkeme ile pazarlık şeklinde algılandığından çok fazla uygulanma imkanı söz konusu olmamıştır.⁶

CMK'nın 246/2. maddesinde, sanığın mahkum olması veya kaçmak hazırlığında bulunması halinde güvence belgesinin hükmü kalmayacağı ifade edilmiştir. Sanığın kaçma hazırlığı içinde olması halinde güvence belgesinin hükmü kalmayacağına ilişkin düzenleme de CMK'nın 246. maddesinin uygulanma alanını daraltmaktadır. Çünkü tutuklamanın şartları arasında kaçma şüphesi olduğu da düşünüldü-

⁴ Bkz. Claus Roxin / Bernd Schüneman, *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, Münchcn 2009, s. 466; Hans Engelhard, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6. Neu bearbeitete Auflage, München 2008, s. 1650 vd.; Lutz Meyer-Großner- Jürgen Cierniak, *Srtafprozessordnung*, 52. Neu bearbeitete Auflage, s. 1166 vd.

⁵ Engelhard, s. 1650; Meyer / Großner / Cierniak, s. 1166.

⁶ TBMM Adalet Komisyonu'nda yapılan görüşmelerde bu husus tartışılmıştır. Görüşmelerde Fehmi Hüsrev Kutlu, "Sayın Başkanım bu mahkemeyi biraz zorlamak gibi olmaz mı. Yani biz kalkıp da, avukat olarak, tutuklamayacaksanız sanığı getirelim gibi bir teklifte herhalde bulunamayız. Bu acaba uluslararası bir zorunluluktan mı kaynaklanıyor. (...) Hani şey oluyor ya, eve dön bir şey yapmayacağız gibi; mahkemeye gel seni tutuklamayacağız diye, peşin güvence bence çok normal değil" demiştir. Bahri Öztürk ise; "Sayın Başkanım, burada gaibin tanımına baktığımızda, sadece kendisine ulaşılamayan bir kişiden bahsediyoruz; ama bu, yurt dışında bulunup yetkili mahkemeye getirilemeyen de olabilir. Tutuklanmama şansı vermek suretiyle, onun gelmesi yani kaçak durumuna düşmemesi amaçlanmaktadır. Mukayesi Hukukta da kural olarak var olan bir düzenlemedir. Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundan alınmıştır, şimdiki Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun da 288. maddesinde var olan bir düzenleme" demiştir. Bkz. Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005, s. 903.

ğünde, güvence belgesi verilen kaçak sanık hakkında kaçma hazırlığında bulunma sebebi ile güvence belgesi kaldırılarak tutuklanabilir. Bu yönden CMK'nın 246. maddesinin gerçek bir güvence oluşturarak şekilde ele alınması gerekmektedir. Kuşkusuz güvence belgesi verilmesi sanığın kaçmasını teşvik eder nitelikte olmamalıdır.

II. Güvence Belgesinin Tanımı, Niteliği ve Kapsamı

1. Tanımı ve "Adli Kontrol"den Farkı

Gaip veya kaçak sanığın ortaya çıkmasını ve kovuşturmaya katılmasını sağlamak amacıyla verilen ve sanığın yargılandığı suçlar bakımından tutuklanmasını önleyen gerekli görüldüğünde şarta bağlanabilen belgeye güvence belgesi denir.⁷

Güvence belgesi, bu tanım dikkate alındığında adli kontrol tedbiri ile benzerlikler arz etmektedir. CMK'nın 109. maddesinde düzenlenen adli kontrol tutuklamaya alternatif bir güvenlik tedbiridir. CMK'nın 109/3. maddesinde düzenlenen yükümlülükler karşısında her iki düzenlemenin önemli ölçüde benzeştiği söylenebilir. Örneğin CMK'nın 246. maddesi kapsamında mahkeme nakdi teminat ödenmesi şartıyla güvence belgesi verilmesine hükmedebilir. CMK'nın 109. maddesi kapsamında ise, belli bir güvence miktarı yatırma şartı ile şüpheli veya sanık tutuklanmayabilir. Güvence belgesinin bağlandığı koşullar dikkate alındığında kaçak veya gaipler hakkında uygulanan bir adli kontrol olarak değerlendirilebilir.

Her iki düzenlemenin temel farkı, uygulanabildikleri kişilerdir. Güvence belgesi sadece gaip veya kaçak sanığa verilebilirken adli kontrol kaçak veya gaip olmayan tüm şüpheli veya sanıklar hakkında uygulanabilir.

2. Niteliği

Güvence belgesi gaip veya kaçak sanığın ortaya çıkmasını sağlamak için verilir.⁸ Burada önemli olan "bir muhakemenin sanığın da katıl-

⁷ Öztürk, *Gaiplerin Muhakemesi*, 137; Engelhard, s. 1650; Centel / Zafer, s. 673.

⁸ Öztürk, *Gaiplerin Muhakemesi*, 138.

masıyla sonuna kadar yapılabilmesinin ve bu sayede sanığın suçsuz olup olmadığına anlaşılabilmesinin olanaklı hale getirilmesi" dir.⁹ Doktrinde, güvence belgesinin sanığa hukuki kolaylık sağlayarak iyilik etmek amacıyla değil, toplumu korumak için ihdas edilmiş bir araç olduğu da ifade edilmiştir.¹⁰

Bu amaç dikkate alındığında güvence belgesinin koruma tedbiri niteliğinde olduğu söylenebilir. Doktrinde güvence belgesinin niteliğinin tartışmalı olduğu ve koruma tedbiri olarak kabul edilemeyeceği, sözleşmeye benzer nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, devlet teminat belgesi verirken sanıkla anlaşmak istemektedir. Ona, ortaya çıkması durumunda hüküm verinceye kadar tutuklanmama garantisini vermeyi önermektedir.¹¹ Öztürk'e göre; "Ne var ki, koruma tedbirlerinin ortak özellikleri teminat belgesinde arandığında bunlardan bazılarının var olmadığı görülmektedir. Her koruma tedbiri alet ve yardımcıdır. Teminat belgesi de böyledir. Aynı şekilde her koruma tedbiri geçicidir. Teminat belgesi de geçicidir. Ancak her koruma tedbirinde bulunması gereken "yargıdan önce temel bir hakkı sınırlama" özelliği teminat belgesinde yoktur. Teminat belgesinde özgürlük kısmak değil, tam tersine sanığın özgürlüğünün kısılmasından kurtarılması söz konusudur. Durum böyle olunca teminat belgesinin bir koruma tedbiri olduğunu söylemek zorlaşmaktadır."¹²

Kanaatimizce güvence belgesi her ne kadar gaip ve kaçak sanığın tutuklanmasını önler nitelikte ise de, şarta bağlanması durumunda temel hakkı kısıtlama özelliğine sahip olacağı açıktır. Aksi halde güvence miktarı yatarılarak hükmolunan "Adli Kontrol"ün de koruma tedbi-

⁹ Öztürk, *Gaiplerin Muhakemesi*, 138.

¹⁰ Öztürk, *Gaiplerin Muhakemesi*, 138, dn.2.

¹¹ Öztürk, *Gaiplerin Muhakemesi*, 138.

¹² Öztürk, *Gaiplerin Muhakemesi*, 139; Öztürk'e göre; Güvence belgesi sözleşmeye benzemektedir. Güvence belgesi verilmesi icap niteliğindedir. Gerçekten, güvence belgesi verme icap gibi karşı tarafa yani sanığa yönelecek, yasanın bulunmasını istediği tüm esaslı noktalar kararda yer alacak ve nihayet mahkeme verdiği teminat belgesi ile kural olarak bağlı olacaktır, her istediğinde onu geçersiz sayamayacaktır. Sanığın mahkemenin yaptığı öneriyi kabul edip ortaya çıkması kabulü karşılamaktadır. Bütün bunlar gösteriyor ki, teminat belgesi sözleşmeye benzer bir niteliğe sahiptir. Sözleşmedir demiyor, sözleşmeye benzemektedir diyoruz. Bu ifade ile teminat belgesinin tam bir sözleşme olmadığını ortaya koymak istiyoruz. Teminat belgesi bir özel hukuk değil, kamu hukuku kurumudur. Öztürk, *Gaiplerin Muhakemesi*, 139.

ri olarak kabul edilmemesi gerekecektir. Bu sebeple şarta bağlı güvence belgesinin gaip ve kaçaklara özgü bir koruma tedbiri olarak kabulü gerekeceği kanaatindeyiz.¹³

3. Kapsamı

Güvence belgesinin kapsamı bakımından CMK'da getirilmiş bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu sebeple tüm suçlar hakkında güvence belgesi verilmesi mümkündür.¹⁴ Belge ile sanığın ödüllendirilmesi değil ortaya çıkması ve muhakemenin yapılması amaçlandığından en ağır suçlarda dahi bu tedbire başvurulabilir.¹⁵

Güvence belgesi verilmesi konusunda iki sistem bulunmaktadır. Belge sanığın işlediği suça veya sanığa verilir.

Belge suça verilmiş ise sadece verildiği suçlar bakımından tutuklama yasağı söz konusu olabilir.¹⁶ Bu halde sanık, sadece güvence belgesi verilen suçlar bakımından tutuklamadan masumdur. Örneğin yağma ve adam öldürme suçundan yargılanan kaçak sanık hakkında, sadece adam öldürme suçu için güvence belgesi verilmiş ise, yağma suçundan tutuklanması mümkündür. 1412 sayılı CMUK'nın 288/2. maddesi bakımından; *"güvence belgesi hangi suç için verilmiş ise sanığı yalnız*

¹³ Nitekim Öztürk / Erdem, "Sanığın mahkemeye gelmesi için kabul edilen medeni, insancıl, özgürlükçü koruma tedbirlerinden biri de güvence belgesidir" diyerek bu konuda yeni görüşlerini dile getirmiştir. Bkz. Bahri Öztürk / Mustafa Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yeni CMK'ya göre yenilenmiş 9. Baskı, s. 524.

¹⁴ TBMM Adalet Komisyonu'nda yapılan görüşmelerde bu husus tartışılmıştır. Görüşmelerde Mustafa Ertürk; *"Efendim burada iki önemli konu var: Bütün suçlarda bu uygulanacak mı, hırsızlık, öldürme, gasp suçunda herseyde uygulanacak mı, buna dikkat edilmesi lazım. Diğer bir konu, belli bir zaman sınırı olacak mı? Mesela ne kadar süre gaip olan kişi bunlardan yararlanacak. Bunun belirlenmesi uygun"* demiştir. Bahri Öztürk ise; *"Sayın Başkanım, bir defa, kimin gaip olduğu hususunu mahkeme şartlara göre tayin edecektir. Bunun kanuna yazılması, hüküm haline getirilmesi söz konusu değildir; bir. İkincisi, mukayeseli hukukta, kim gaip olursa olsun, biraz sonra kaçaklığa geleceğiz, ama Baldermaylof Grubuna bile bu meşhur 288. madde, şimdiki 244. madde uygulanmıştır, suçlar arası herhangi bir farklılık yapılmaz. Önemli olan şudur, ilgili kişi gelsin tutuksuz yargılanma hakkından istifade etsin"* demiştir. Bkz. *Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu*, s. 903.

¹⁵ Öztürk, *Gaiplerin Muhakemesi*, 146.

¹⁶ Engelhard, s. 1650; Meyer / Großner / Cierniak, s. 1166.

ondan dolayı tutuklamaktan koruyacağı” hükmü yer aldığından suça güvence belgesi verilmesi sistemini kabul etmişti.¹⁷ Ancak bu durum güvence belgesi verilmesine ilişkin hükmün uygulanmasını önemli ölçüde kısıtlamıştır. Doktrinde CMUK’nın 288/2. maddesine CMK’da yer verilmemiş olması eleştirilmiştir. Bu görüşe göre mahkemeler önlerinde olmayan uyuşmazlıkları etkileyecek kararlar verebileceklerinden mahkemelerde çekince oluşacaktır.¹⁸

CMK’nın 246/1. maddesinde ise; *“Mahkeme, gaip olan sanık hakkında duruşmaya gelmesi hâlinde tutuklanmayacağı hususunda bir güvence belgesi verebilir”* denilmek suretiyle sanığa güvence belgesi verme sistemini kabul etmiştir. Kanaatimizce güvence belgesi ile ulaşılmak istenen amaç dikkate alındığında sanığa güvence belgesi verilmesi sisteminin kabul edilmiş olması yerinde olmuştur.

Sanığa verilen güvence belgesi bakımından bazı özellikli hallerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin sanık hakkında birden çok mahkemede yargılama var ise ve bu mahkemelerdeki yargılama bakımından tutuklamanın şartları oluşmuşsa mahkemelerden birinin vermiş olduğu güvence belgesi diğer mahkemelerdeki yargılamayı ne şekilde etkileyecektir.

CMK’nın 246. maddesi dikkate alındığında, mahkemenin verdiği güvencenin sadece kendi yargılamasına münhasır olduğu kanaatine varılmalıdır. Sanığın başka mahkemelerde devam eden kovuşturma kapsamında verilmiş olan gıyabi tutuklama kararı veya yakalama kararı varsa güvence belgesi bunları kapsamaz. Çünkü bu halde mahkeme diğer kovuşturmaya ve o mahkemenin yargılama yetkisine müdahale etmiş olur. Dolayısıyla güvence belgesinin sanığa verilmesinin sadece yargılandığı mahkeme bakımından geçerli olduğu kanaatindeyiz.

¹⁷ Doktrinde 5271 Sayılı CMK’nın suça güvence belgesi verilmesi sistemini kabul ettiğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Parlar / Hatipoğlu, s. 1537. CMUK’nın 288/2. maddesinin CMK’dan çıkarılmış olması dikkate alında bu görüşün yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

¹⁸ Ünver / Hakeri, s. 699.

III. Güvence Belgesinin Şartları

CMK'da güvence belgesi gaip ve kaçak sanıklar bakımından ve tutuklama koruma tedbirini önlemesi bakımından kabul edilmiştir. Güvence belgesi kovuşturma makamı olan mahkeme tarafından verilebilir. Aşağıda güvence belgesine ilişkin şartlar değerlendirilecektir.

A. Sanığın Gaip veya Kaçak Olması

Kanunda gaip ve kaçak olan sanıklar bakımından güvence belgesi verilebileceği belirtilmiştir.¹⁹ CMK'nın 2/1-b maddesine göre, sanık, "Kovuşturmanın başlamasından itibaren hüküm kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. Bu bakımdan ifadesi alınamayan ve hakkında yakalama emri çıkarılan şüpheli hakkında güvence belgesi verilmesi mümkün değildir. Güvence belgesi verilmesini talep eden kişinin CMK'nın 2/1-b maddesinde tanımlanan sanık statüsünde olması gerekir.

a. Gaip Sanık

CMK'nın 244. maddesinde; "Bulunduğu yer bilinmeyen veya yurt dışında bulunup da yetkili mahkeme önüne getirilemeyen veya getirilmesi uygun bulunmayan sanık gaip sayılır" denilerek gaip sanık tanımlanmıştır.²⁰ Sanığın gaip olup olmadığına karar verme yetkisi yargılamayı yapan mahkemeye aittir. Ancak sanığın gaip olduğuna karar verilmiş ise, duruşma açılmayacaktır.

b. Kaçak Sanık

CMK'nın 247. maddesinde; "Hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bu-

¹⁹ Öztürk, *Gaiplerin Muhakemesi*, 140.

²⁰ Öztürk, *Gaiplerin Muhakemesi*, 13 vd.; Centel / Zafer, s. 673; Ünver / Hakeri, s. 697; Parlar / Hatipoğlu, s. 1533. Mülga 1412 sayılı CMUK'nın 265. maddesinde; "Meskeni bilinmeyen veya yabancı memlekette sakin olupta salahiyyetli mahkeme huzuruna celbi mümkün olmayan yahut bu surette davetin neticesiz kalacağı kuvvetle anlaşılan maznun gaip sayılır" denilmiştir.

lunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denir” denilmiştir.²¹ Kaçakların yargılanması CMK’nın hukukumuzda kazandırdığı bir yeniliktir. Maddede yapılan kaçak tanımından da anlaşılacağı üzere kovuşturma aşamasında saklanan veya yurt dışında bulunan kişi kaçak sayılmaktadır.²² Kaçak fail hakkında kovuşturma aşamasına geçilmesine ve duruşma yapılmasına kanun müsaade etmektedir. Gaip ve kaçak ayrımı yapılmasında temel amaç savunma hakkı ihlal edilmeksizin, bilinçli olarak kendilerine ulaşılmasını önleyen sanıkların gıyabında yargılama yapılmasının sağlanmasıdır.²³ Kaçakların yargılamaya katılmasını sağlamak amacıyla zorlama amaçlı elkoyma tedbiri de düzenlenmiştir.

Gaip sanık ile kaçak sanık arasındaki farkı, kaçığın hakkında devam eden bir kovuşturma olduğunu bilmesi oluşturmaktadır.²⁴ Kanun’da kaçak bakımından, *“hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla saklanan ve yurt dışında bulunan kişi”* tanımı yapılmış iken gaip bakımından böyle bir şart aranmamıştır.²⁵ Bu tanım dikkate alındığında gaip olan sanığın hakkında kovuşturma olduğunu öğrenmesi ve buna rağmen teslim olmaması halinde kaçak statüsünde olacaktır. Kanaatimizce kanunda yapılan kaçak ve gaip tanımları dikkate alındığında gaip olan sanığa güvence belgesi verilmesi istisnai

²¹ Centel / Zafer, s. 673; Ünver / Hakeri, s. 700.

²² Doktrinde, kaçaklık, sadece kovuşturma aşamasında söz konusu olmayacağından düzenleme eleştirilmiştir. Bkz. Erdener Yurtcan, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu*, İstanbul 2005, s. 169. Kanaatimizce bu eleştiri yerinde değildir. Çünkü kaçak olan şüpheliler bakımından hazır olamama kovuşturmayaya geçmek için bir engel değildir. Kaçak sanıklar hakkında iddianame düzenlenmesi ve kovuşturmayaya geçilmesi mümkündür. Bu sebeple soruşturma aşamasında güvence belgesi verilmesi gerekli değildir.

²³ Centel / Zafer, s. 670.

²⁴ Doktrinde, gaip sanık ile kaçak sanık arasındaki farklar şu şekilde sayılmıştır: Gaiplik halinde sanık bilinçli olmayarak duruşmadan uzaklaştığı halde kaçaklık halinde bilinçli olarak yargılamaya katılmamaktadır. Gaiplikte mahkemece varsayım üzerine karar verilmekte iken, kaçaklıkta ise, sanık gerçekten kaçmaktadır, varsayımaya dayalı değildir. Bkz. Özbek / Kanbur, *CMK İzmir Şerhi*, s. 936 vd.; Parlar / Hatipoğlu, s. 1533.

²⁵ Doktrinde *“hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlama”* kriterinin gaip ve kaçak ayrımının kolayca yapılmasını sağlamaya elverişli olmadığı, gaip-kaçak ayrımının gereksiz olduğu ifade edilmiştir. Centel / Zafer, s. 670.

haller dışında mümkün değildir.²⁶ Çünkü gaip sanığın güvence belgesi talep etmek için hakkında kovuşturma olduğunu bilmesi ve buna rağmen teslim olmaması gerekir. Bu halde ise kaçak statüsünde olacaktır. 5271 sayılı CMK ile getirilen kaçak tanımı karşısında gaiplere güvence belgesi verilmesine ilişkin hükmün iinin boşaltıldığı kanaatindeyiz.

B. Sanık Hakkında Tutuklama Şartlarının Gerçekleşmiş Olması

Sanık hakkında güvence belgesi verilmesi tutuklama tedbirinin önlenmesine matuf olduğundan tutuklamanın şartlarının devam eden kovuşturma bakımından mevcut olması gerekir.²⁷ Tutuklamanın şartlarının gerçekleşmediği hallerde güvence belgesi verilmesine de gerek yoktur. Örneğin sadece hapis cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez. Bu hallerde güvence belgesi verilmesine de gerek yoktur.

Tutuklamanın şartları CMK'nın 100. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre tutuklama tedbirine başvurulabilmesi için kuvvetli suç şüphesini gösterir olgular ve tutuklama nedeni bulunmalıdır. Tutuklama nedenleri ise CMK'nın 100. maddenin 2. fıkrasında gösterilmiştir. Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa, şüphelinin davranışları; delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa tutuklama nedeni varsayılabılır. CMK'nın 100/3. fıkrasında sayılan katalog suçlar bakımından tutuklama nedeni varsayılabılır.

Yargılamanın konusunu oluşturan suçun CMK'nın 100/3. maddesinde sayılan suçlardan olması halinde kuvvetli suç şüphesi de bulunuyorsa tutuklamanın şartları varsayılabılır. Bu halde kaçak sanıklar bakımından güvence belgesi verilmesine ilişkin şartlar gerçekleşmiştir. Katalogda yer almayan suçlar bakımından kanaatimizce kuvvetli suç şüphesi bulunması yeterlidir. Çünkü sanık kaçak olduğundan

²⁶ Mahkemece re'sen verilmesi ve C. Savcılığı tarafından talep edilmesi halleri hariç. Bu hallerde de kendisine ulaşılamayan kişilere güvence belgesi verilmesinin bir anlamı yoktur.

²⁷ Öztürk, *Gaiplerin Muhakemesi*, 140.

CMK'nın 100/2. fıkrasında sayılan kaçma şüphesi ve dolayısıyla tutuklama nedeni gerçekleşmiş olur.

Tutuklamanın şartlarının gerçekleşmiş olmasından başka, kaçaklar hakkında tutuklama kararı verilmiş olabilir. CMK'nın 248/5. maddesinde kaçak sanıklar bakımından gıyabi *tutuklama kararı* verilebileceği ifade edilmektedir.²⁸ Ancak bu kapsamda verilmiş bir gıyabi tutuklama kararı söz konusu ise sanık kendisine güvence belgesi verilmesini isteyebilir.

C. Mahkemece Verilmesi

CMK'nın 246. maddesinde güvence belgesinin "*Mahkeme*" tarafından verilebileceği ifade edilmiştir.²⁹ Sanığa güvence belgesini koşturmayı yapan mahkeme verebilecektir. CMK'nın 247. maddesinde yapılan kaçığın tanımı dikkate alındığında kovuşturma aşamasında sanığın kaçak olarak nitelenebileceği ifade edilmektedir. Bu açıdan da kovuşturmayı yapan mahkemenin güvence belgesi verilmesi hususunda tek yetkili olduğu sonucuna varılmaktadır.

Bu noktada CMK'nın 248/5. maddesinin değerlendirilmesi gerekir. Çünkü kaçak hakkındaki kovuşturmayı sonuçsuz bırakmak için saklanan kişi olarak tanımlanmış iken, CMK m. 248/5'te kaçak hakkında *Sulh Ceza Hakimi* tarafından gıyabi tutuklama kararı verilebileceği ifade edilmektedir. Kanaatimizce her ne kadar maddede *Sulh Ceza Hakimi* tarafından gıyabi tutuklama kararı verilebileceği ifade edilmiş ise de CMK'nın 247. maddesi karşısında bu hükmün uygulama alanı yoktur. Ancak sulh ceza hakimi gıyabi tutuklama kararını vermiş ise

²⁸ Kaçak hakkında gıyabi tutuklama müessesesinin kabul edilmesinin sebebi, iadesi sürecinde sorun yaşamamaktır. Bkz. Öztürk / Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 524; Doktrinde, gaip sanığa duruşmaya geldiğinde tutuklanmayacağı hususunda güvence belgesi verilmesine ilişkin düzenleme kanunda yer aldığından, gaip sanıkların hakkında da gıyabi tutuklama kararı verilebileceği ifade edilmiştir. Parlar / Hatipoğlu, s. 1538. Kanaatimizce, gaip sanıklar hakkında gıyabi tutuklama kararı verilemez. Bu halde sanığın aleyhine kıyas yapılması söz konusu olur ki, bu da ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerine aykırı olur. Kaldı ki, güvence belgesi verilmesi için gıyabi tutuklama kararı verilmiş olması şart değildir. Tutuklama kararı verilebilecek hallerde de güvence belgesi verilmesi söz konusu olabilir.

²⁹ Engelhard, s. 1651.

kanaatimizce bu kişiye güvence belgesi vermesi de mümkündür.

IV. Güvence Belgesinin Şarta Bağlanması

Güvence belgesi kural olarak her hangi bir şart koşmaksızın verilebilir. Mahkeme burada takdir hakkına sahiptir.³⁰

CMK'nın 246/1. maddesinde, gaip veya kaçak sanığa tutuklanmayacağı hususunda verilecek güvencenin şartlara bağlanabileceği ifade edilmiştir. Buradaki amaç, sanığın savunmasının tespitinin ardından gerçekleşecek duruşmalara katılmasının temini, kaçmasının önlenmesidir. Güvence belgesi mahkemece hükmolunacak cezanın kağıt üzerinde kalmasını ve delillerin karartılmasını önleyici olmalıdır.³¹ Belirlenecek güvencenin amaca uygun olması ve gaip veya kaçak sanığı duruşmaya gelmekten vazgeçirecek ağırlık ve türde olmamalıdır.³²

Mahkeme burada şartları oluşturmakta serbesttir. Ancak güvence belgesinin bağlandığı şartlar tutuklamada olduğu gibi sanığın şahsi hürriyetini tahdit edici nitelikte olmamalıdır.³³ Örneğin haftanın bir günü gözaltında kalmak gibi. Çünkü bu halde tutuklama tedbirinin önlenmesi özelliği ihlal edilmiş olur.

Güvence belgesinin bağlanacağı şartlar bakımından CMK'nın 109/3. maddesi referans alınabilir. Adli kontrole ilişkin yükümlülüklerin düzenlendiği madde güvence belgesinin bağlanabileceği şartlar olarak değerlendirilebilir. Örneğin güvence belgesi yurt dışına çıkma, hakim tarafından belirlenecek yerlere, belirlenen süreler içinde düzenli olarak başvurmak, güvence miktarı yatırmak, silah bulundurma veya taşımamak, suç mağdurlarının kişisel haklarını güvenceye alacak aynı veya kişisel teminat sağlamak gibi şartlara bağlanabilir.³⁴ Ancak öne sürülen şartların içeriği, güvence belgesinin amacı ile ilgili olmalıdır.³⁵

³⁰ Engelhard, s. 1651.

³¹ Öztürk, *Gaiplerin Muhakemesi*, 142.

³² Ünver / Hakeri, s. 698.

³³ Özbek / Kanbur, *CMK İzmir Şerhi*, s. 931.

³⁴ Özbek / Kanbur, *CMK İzmir Şerhi*, s. 931.

³⁵ Öztürk, *Gaiplerin Muhakemesi*, 142.

Güvence belgesinin şarta bağlanması belgenin verilmesi aşamasında söz konusu olur. Belge verildikten sonra yeni şartlara bağlanamaz.³⁶

Kanunda güvence belgesinin şarta bağlanması halinde, mahkemeye şartın tür ve miktarını değiştirme veya kaldırma veya artırıp azaltma yetkisi verilmemesi sebebiyle eleştirilmiştir.³⁷ Kanaatimizce, şarta bağlamaksızın güvence yetkisi verme yetkisine sahip olan mahkeme, güvence belgesini şarta bağlaması halinde bunu değiştirebilir veya kaldırabilir. Mahkemenin bu yöndeki yetkisini kısıtlar bir düzenleme kanunda yer almamaktadır. Ancak şart veya şartların değiştirilmesi halinde sanığın durumu ağırlaştırılmamalıdır.

IV. Güvence Belgesinin Hükümsüz Kalması

CMK'nın 246/2. maddesinde güvence belgesinin hükümsüz kalacağı haller sayılmıştır. Buna göre; "*Sanık, hapis cezası ile mahkûm olur veya kaçmak hazırlığında bulunur veya güvence belgesinin bağlı olduğu koşullara uymazsa*" güvence belgesi hükümsüz kalır.³⁸ Güvence belgesini hükümsüz kılacak sebepler, kanunda sınırlı sayıda sayılmıştır. Bu sebeplere benzeyen hallerde güvence belgesinin hükümsüz kalması söz konusu olmaz.³⁹

1. Sanığın Hapis Cezası ile Mahkum Olması

CMK'nın 246/2. maddesinde sanığın hapis cezası ile mahkum olması halinde güvence belgesinin hükümsüz kalacağı ifade edilmiştir.⁴⁰ Buradaki mahkum olmayı ilk derece mahkemesinden verilmiş olan hüküm şeklinde algılamak gerekmektedir.⁴¹ Çünkü hükmün kesinleşmesinin ardından sanık hükümlü statüsüne geçtiğinden güvence belgesinin verilmesinin bir anlamı kalmamaktadır.

³⁶ Öztürk, *Gaiplerin Muhakemesi*, 142.

³⁷ Bkz. Ünver / Hakeri, s. 698.

³⁸ Engelhard, s. 1651.

³⁹ Ünver / Hakeri, s. 698.

⁴⁰ Engelhard, s. 1651.

⁴¹ Öztürk, *Gaiplerin Muhakemesi*, 148.

Sanığa tutuklanmayacağı konusunda güvence belgesi verilmiş ise ve sanık mahkemeye gelip ifade vermiş ise, mahkeme hüküm kurunca güvence belgesi hükümsüz mü kalacaktır? Kanaatimizce bu halde mahkemece tutuklama kararı verilemez. Aksi halde güvence belgesi verilmesinin bir manası kalmamakta, sanığın tutuklanmayacağına ilişkin verilen güvence örtülü olarak ortadan kalkmaktadır. Sanığın savunmasının tespitinden sonraki duruşmalarda mahkumiyet hükmü verilmiş ise güvence belgesinin hükümsüz kalacağı kanaatindeyiz. Güvence belgesi ancak bu halde bir anlam ifade edecektir.

Bu başlık altında değerlendirilmesi gereken bir başka husus, güvence belgesinin nakdi bir teminata bağlanması halinde güvence belgesi hükümsüz kaldığında teminatın akıbetinin ne olacağıdır. Çünkü maddede güvence belgesinin hükümsüz kalması halinde nakdi teminatın irat kaydedileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Mahkemece sanığın kaçma hazırlığında bulunduğu karar verilmiş ve güvence belgesi bu sebeple hükümsüz kalmışsa teminat hakkında CMK'nın 115. maddesi hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekir. Buna göre katılanın yaptığı masraflar, yargılama giderleri ve para cezaları karşılandıktan sonra fazlası geri verilmelidir.

2. Sanığın Kaçma Hazırlığında Bulunması

Sanığın kaçma hazırlığında bulunması, kolluğun kendisini ele geçirmesini imkansızlaştıracak bir değişiklikte bulunması şeklinde tanımlanmıştır.⁴² Güvence belgesi verilmesinin şartları arasında tutuklamanın şartlarının oluşması yer almaktadır. Burada sanığın kaçma şüphesi bulunması tutuklama nedeni sayılmıştır. Güvence belgesi verilecek sanık kaçak olduğuna göre, mahkemece kaçma hazırlığında olduğuna hükmedilmesi mümkündür. Bu sebeple gaip veya kaçak sanık hakkında güvence belgesi verilmiş olsa dahi, kaçma hazırlığında bulunması belgenin hükümsüz kalmasını sağlayacağından bu yola başvurmayacaktır. Bu düzenleme güvence belgesi kurumunun uygulama alanını da önemli ölçüde daraltmakta, gaip veya kaçak sanıkların yargı önüne çıkmasına mani olmaktadır. Hükmün bu kısmının kanundan çıkarılması gerektiği kanaatindeyiz.

⁴² Öztürk, *Gaiplerin Muhakemesi*, 148.

3. Güvence Belgesinin Bağlı Olduğu Koşullara Uymaması

Kanaatimizce güvence belgesinin hükümsüz kalmasının en önemli sebebi, sanığın mahkemece güvence belgesinin bağlandığı koşullara uymamasıdır. Hükümsüz kalma bu sebebe münhasır kalmalıdır. Bu halde sanık kendi kusurlu davranışı ile güvence belgesinin hükümsüz kalmasına sebep olduğundan sonuçlarına da katlanmalıdır.

Sanığın güvence belgesinin bağlandığı koşullara uymaması halinde mahkemece herhangi bir karar verilmesine gerek olmaksızın güvence belgesi hükümsüz kalır.

V. Güvence Belgesi Muhakemesi

1. Karar

Güvence belgesinin mahkeme tarafından ve sanığa verileceğine ilişkin düzenlemeler dikkate alındığında, soruşturma aşamasında verilemeyeceğini yukarıda ifade etmiştik. Karar, sanığın veya Cumhuriyet savcısının talebi üzerine verilebileceği gibi mahkeme re'sen güvence belgesi verilmesine hükmedebilir.⁴³

Gaipler bakımından duruşma açılmayacağından karar dosya üzerinden yapılacak değerlendirme sonrası verilecektir. Kaçaklar bakımından duruşma yapmak mümkün olduğundan duruşmada güvence belgesi verilmesine karar verilebilir. Mahkeme tarafından güvence belgesi verilmesine ilişkin verilecek karar ara karar niteliğindedir. Uygulamada güvence belgesi verilmesi değişik iş kararı şeklinde de verilmektedir. Kanaatimizce değişik iş kararı şeklinde güvence belgesi verilmesi yerinde değildir. Çünkü mahkeme kovuşturma aşamasında vereceği ara kararlar tutuklamaya veya tahliyeye hükmedebilmektedir. Bu kararlar ara kararlar verilirken güvence belgesinin değişik iş kararı şeklinde verilmesi hukuka uygun değildir.

2. İtiraz

Güvence belgesi verilmesi veya güvence belgesi verilmesi kararının reddi kararı bakımından itiraz kanun yoluna başvurulması müm-

⁴³ Engelhard, s. 1651; Parlar / Hatipoğlu, s. 1538.

kündür. CMK'nın 248/8. madesinde "Bu kararlara karşı itiraz edilebilir" hükmü yer almaktadır.

Mahkeme kararına karşı itiraz ilgililerin kararı öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe ile veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt katibine beyanda bulunmak sureti ile yapılır.

Kararına itiraz edilen mahkeme itirazı yerinde görürse kararı düzeltir, yerinde görmezse CMK'nın 268/3. maddesinde sayılan yetkili mercie gönderir. İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir.

SONUÇ

Ceza muhakemesinin kurucu unsurlarından olan savunmanın tam anlamıyla icra edilmesinin temini bakımından gaip ve kaçak sanıklar hakkında tutuklamayı önleyici güvence belgesi verilmesinin CMK'da düzenlenmesi yerinde olmuştur. Düzenleme kaçakları da kapsar şekilde ele alınmış olup bu yönüyle kapsamı genişlemiştir.

Güvence belgesi özellikle şarta bağlandığında, sanığın kovuşturmaya katılmasını temine yönelik bir koruma tedbiri niteliğindedir. Amaç sürüncemede kalan yargılamanın sonuçlanmasını sağlamaktır.

Tutuklama tedbirinin sıklıkla uygulandığı, gaip ve kaçak sanıkların sayısının çok olduğu ülkemiz bakımından güvence belgesi verilmesinin uygulama alanının genişletilmesi gerekmektedir. Bunun temini için belge, tutuklamaya karşı, gerçek bir güvence şeklinde ele alınmalıdır. CMK'nın 246/2. maddesinde yer alan güvence belgesinin hükümsüz sayılacağı haller sanığın tutuklanmayacağı yönündeki inancını zayıflatır niteliktedir. Örneğin kendisine güvence belgesi verilen sanık hakkında savunma yapmak için katıldığı duruşmada mahkemece savunmasının tespitinin ardından hapis cezasına hükmedilirse tutuklanma tehlikesi ile karşı karşıyadır. Kaçak olan sanık bakımından, "kaçma hazırlığında olma" güvence belgesinin hükümsüz kalmasını sağlayan bir hal olarak kanunda yer almamalıdır. Aksi halde duruşmada sanığın kaçma hazırlığında olduğundan bahisle tutuklanmasına karar verilir ve güvence belgesi etkisiz hale gelebilir.

Güvence belgesinin hükümsüz kalması, belge mahkemece şarta bağlandığı hallerde bu şartlara uyulmaması haline münhasır olmalıdır. Aksi halde sanığın tutuklanma korkusundan uzak şekilde kovuşturmaya katılmasının temini mümkün olmayacaktır.

KAYNAKLAR

- Ali Parlar / Muzaffer Hatipoğlu, *Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu*, Ankara 2008, C. 2.
- Bahri Öztürk, *Suç Muhakemesi Hukukunda Gaiplik ve Gaiplerin Muhakemesi*, İstanbul 1984.
- Bahri Öztürk / Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yeni CMK'ya göre yenilenmiş 9. Baskı.
- Claus Roxin / Bernd Schüneman, *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, München 2009.
- Erdener Yurtcan, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu*, İstanbul 2005.
- Hans Engelhard, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6. Neu bearbeitete Auflage, München 2008.
- Lutz Meyer / Großner / Jürgen Cierniak, *Strafprozessordnung*, 52. Neu bearbeitete Auflage.
- Nur Centel / Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 2005.
- Nurullah Kunter / Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Bası, İstanbul 2008.
- Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu*, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005.
- Yener Ünver / Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2010.
- Veli Özer Özbek, *CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı*, Ankara 2005.

TÜRK CEZA HUKUKUNDA ŞANTAJ SUÇU

BLACKMAIL CRIME IN TURKISH CRIMINAL LAW

Fahri Gökçen TANER*

Özet: 5237 sayılı TCK'da yer alan şantaj suçu, 765 sayılı TCK'nın 188. maddesinde yer alan şartlı tehdit suçunun bazı unsurlarıyla, 192. maddesinde yer alan tehdit ile menfaat sağlama suçunun bazı unsurlarının bir araya getirilmesiyle oluşturulmuştur. Makalede tehdit suçunun özel bir şeklini teşkil eden şantaj suçu tüm unsurlarıyla ele alınmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Şantaj, tehdit, şartlı tehdit, tehdit ile menfaat sağlama, yağma.

Abstract: Combining elements from the legislation on crimes of *conditional menace* and *derive benefits by menace*, situated in the former Turkish criminal code; blackmail crime existent in the new Turkish criminal code is constituted. In this article blackmail crime, a special form of menace crime, is discussed in all its aspects.

Keywords: Blackmail, conditional menace, derive benefits by menace, extortion.

I. GİRİŞ

Bir kimseyi, bir şeyi yapmaya veya yapmamaya zorlamanın özel bir şeklini teşkil eden¹ şantaj suçu, TCK'nın özel hükümler başlıklı

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı öğretim elemanı.

¹ İlhan Üzülmüş, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, Ankara, Turhan, 2007, s. 131 (Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları).

ikinci kitabında, hürriyete karşı suçların düzenlendiği yedinci bölümde yer alan suç tiplerinden biridir. Suç, TCK'nın 107. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

*"Hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmama-
cağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi
yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlayan kişi, bir yıl-
dan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*

*(Ek fıkra 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun m. 14) Kendisine veya
başkasına yarar sağlamak maksadıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar
verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bu-
lunulması halinde de birinci fıkraya göre cezaya hükmolunur."*

5237 sayılı TCK'nın kanunlaşmasına ilişkin çalışmalar sürerken, TBMM'ye sevk edilen Hükümet Tasarısı'nın² kaynağı, Fransız Ceza Kanunu'nun 312-10.³ maddesinde düzenlenen şantaj suçuna ilişkin hükümdü. Fakat hüküm, tasarıda yer alan metinden tamamen farklı bir biçimde, tek fıkra halinde kanunlaşmıştır. Sonuç olarak 5237 sayılı TCK'da yer alan şantaj suçu, 765 sayılı TCK'nın 188. maddesinde yer alan şartlı tehdit suçunun bazı unsurlarıyla, 192. maddesinde yer alan tehdit ile menfaat sağlama suçunun⁴ bazı unsurlarının bir araya getirilmesiyle oluşturulmuştur.⁵

² Hükümet Tasarısı'nın 158. maddesinde yer alan şantaj suçuna ilişkin düzenleme şu şekildedir:

"Bir imza veya sırrın elde edilmesini, kendisine bazı maddi yarar ve değerlerin veya herhangi bir malın teslimini sağlamak maksadıyla, bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki fiillerin açıklanacağı veya isnat edileceği hususunda tehditte bulunmak şantajdır.

Şantaj faili bir yıldan beş yıla kadar hapis ve yedi milyar liradan yirmi milyar liraya kadar para cezasına mahkûm edilir.

Tehdidini yerine getiren şantaj faili iki yıldan yedi yıla kadar hapis ve yirmi milyar liradan kırk milyar liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilir.

Şantaj suçlarından dolayı tüzel kişiler de sorumludur."

³ Fransız Ceza Kanunu'nun 310-10. maddesi şu şekildedir: *Şantaj, şerefe veya saygınlığa zarar verecek nitelikte hususların isnat edileceği veya açıklanacağı yönünde tehdit ederek; bir insanın, bir taahhüt veya feragatin, bir sırrın, yüklü bir miktarda paranın, bir değer ya da malın elde edilmesidir.*

⁴ 765 sayılı TCK'nın 192. maddesinde zaman içerisinde yapılan değişiklikler hakkında bkz. İlhan Üzülmez, "Şantaj Suçu (m. 192)", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII, S. 1-2, s. 173 ve 174.

⁵ Çetin Arslan / Bahattin Azizağaoğlu, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara Kasım

Öğretide 5237 sayılı TCK'nın kanunlaşan ilk haline yönelik olarak, failin hakları ve yükümlülükleri dışında kalan hususlardan faydalanarak menfaat sağlamanın, 107. maddede (bugünkü ilk fıkra) düzenlenen suçun maddi unsurunun dışında kalacağı⁶ ve bu nedenle failin sair bir kötülük gerçekleştirileceğini beyan etmekten dolayı tehdit suçunun hafif şeklinden halinden cezalandırılacağı ve bu durumun yerinde olmadığı şeklinde eleştiriler yöneltmiştir.⁷ Böylelikle 765 sayılı TCK'nın 192. maddesinde yer alan "tehdit ile menfaat sağlama" suçuna benzer bir hüküm, ikinci fıkra olarak Kanun'a eklenmiştir.⁸

Eklenen hüküm ile 765 sayılı TCK'da yer alan tehdit ile menfaat sağlama suçu arasında çeşitli farklılıklar vardır. Tehdit ile menfaat sağlama suçunun maddi unsuru "bir gerçek veya tüzel kişiye zarar verebilecek bir hususun herhangi bir surette açıklanması" iken, 5237 sayılı TCK'nın 107/2. maddesinde "yalnızca şeref veya saygınlığa zarar verecek" hususların açıklanması suç haline getirilmiştir. Bu bakımdan 5237 sayılı TCK'nın 107/2. maddesinin, belirli değerleri koruma altına aldığı ve daha açık olduğu göze çarpmaktadır. Buna karşın 5237 sayılı TCK'nın 107/2. maddesinde, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak "şeref veya saygınlığa aykırı hususları isnat etmek" şeklinde yeni bir seçimlik hareket yer almaktadır. 107/2. maddenin bu haliyle, Fransız Ceza Kanunu'nun 312-10. maddesinden de esinlendiği ve bu hükümde yer alan değerlerden yalnızca şeref ve saygınlığı koruma altına aldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle makalede Fransa'daki uygulamadan da örnekler verilerek Fransız mahkemelerinin bazı kararlarının aktarılması suretiyle, suç tipinin daha iyi açıklanmasına çalışılacaktır. Zira söz konusu suç 1863 yılında Fransız Ceza Kanunu'na girmiş⁹ ve geçen 150

2004, s. 487; Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, İstanbul, Beta, 2007, s. 172.

⁶ Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 431.

⁷ İsmail Malkoç, *Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara, Malkoç Kitapevi, 2005, s. 459; Donay, s. 173.

⁸ 107/2. madde TCK'ya, 08.07.2005 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanan 5377 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 14. maddesiyle eklenmiştir.

⁹ Fransa'da bu suç konu olan fiillerin savcılar tarafından var olan klasik mala karşı suçlara ilişkin esaslar uyarınca kovuşturulmasındaki güçlük, 1863 yılında bu suçun Fransız Ceza Kanunu'na eklenmesiyle aşılmıştır. Bkz. Michéle Laure Rassat, *Droit pénal spécial - Infractions des et contre les particiliers*, 5^{ème} édition, Paris 2006, s.

yıla yakın sürede bu ülkede şantaj suçuna ilişkin yerleşik içtihatlar oluşmuştur.

Aslında şantaj, tehdidin özel bir şeklini teşkil etmektedir.¹⁰ Kanun koyucu belli şekillerde gerçekleştirilen ve belli değerlere yönelen tehdidi, şantaj başlığı altında düzenlenmiştir. Makalenin amacı, bu hususların açıklığı kavuşturulmasıdır.

Bu suçun şantaj başlığıyla düzenlenmesi öğretide, kelimenin Fransızca olması ve hukuki bir terim olmaması gerekçesiyle eleştirilmekte ve bu suçun “*çikar sağlama amaçlı tehdit*” başlığı altında veya tehdit suçunun ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmesinin daha yerine olacağı ileri sürülmektedir.¹¹ “*Şantaj*”ın hukuki bir terim olmadığı yönündeki eleştiriye katılmak mümkün gözükmemektedir, zira bu Fransızca bir hukuk terimidir. Öte yandan elbette iyi bir Türkçe karşılık bulma imkânı varsa, her zaman Türkçe karşılık tercih edilmelidir. Şantaj bakımından ise en azından şimdilik, böyle bir karşılık yoktur.

II. HUKUKİ KONU

Genel olarak kişi hürriyetine karşı suçlarla korunan hukuki değer, ferdin tüm alanlarda serbest olarak hareket etme özgürlüğüdür.¹² Öğretide kişi hürriyetinin iç (moral)¹³ ve dış (fizik) olmak üzere iki görünümü olduğu ve şantaj, tehdit, cebir suçlarıyla korunan hürriyetin iç

210. Şantaj suçunun Roma hukuku, ortak hukuk ve Alman hukukundaki tarihsel gelişimi için ayrıca bkz. Mahmut Koca, *Yağma Cürümleri, Ankara, Seçkin, 2003, s. 291.*

¹⁰ Zeki Hafızoğulları / Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişiler Karşı Suçlar*, Ankara, U S-A, 2010, s. 171.

¹¹ Donay, s. 173.

¹² Çetin Özek, “*Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Temel Prensipleri*”, *İÜHFİM*, C. 29, Y. 1964, S. 4, s. 963.

¹³ Soyaslan bu tür hürriyeti, manevi özgürlük olarak adlandırmaktadır. Bkz. Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Bası, Ankara, Yetkin, 2005, s. 216.

hürriyet olduğu ifade edilmektedir.¹⁴ Emniyet ve huzur içerisinde yaşamak dahi kişi hürriyeti kavramına dâhildir.¹⁵

Şantaj, hürriyete karşı suçlar arasında düzenlenmesine karşın, çok hukuki konulu bir suçtur.¹⁶ Şantaj suçunun mağdurun iradesine aykırı olarak ona bir şeyi yaptırma veya yaptırmama şeklinde gerçekleştiği hipotezlerde, korunan tek hukuki değer kişinin iç hürriyeti, yani yeteneklerine ve şartlarına göre irade oluşturabilme imkânı, başka bir deyişle irade özgürlüğüdür. Buna karşın şantajın maddi çıkar elde etmek şeklindeki hipotezlerinde ise, sözü geçen değerlerin yanında mal varlığı değerleri de hukuki korumanın konusunu oluşturmaktadır. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında şantaj suçunun daha çok maddi çıkar elde etmek amacıyla işlenen bir suç tipi olarak görüldüğü ve genellikle malvarlığına karşı suçlar arasında düzenlendiği anlaşılmaktadır.¹⁷ Öte yandan bu hukuk düzenlerinde dahi şantaj suçuyla malvarlığı değerlerinin yanı sıra, irade özgürlüğünün de korunduğu kabul edilmektedir.¹⁸ Türk hukukunda ise şantaj haksız bir yarar elde etmek için işlenebileceği gibi, bir şeyin yapılmasını ya da yapılmamasını sağlamak amacıyla da işlenebilmektedir.

Kanun koyucu bu suçta, özgürlüğe yönelik olan saldırıyı egemen unsur kabul ederek, şantajı yağmanın aksine mala karşı suçların arasında değil, özgürlüğe karşı suçların arasında düzenlemiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere suçun seçimlik hareketleri maddi çıkar elde etmeye yönelik olabileceği gibi bir şeyin yapılmasına ya da yapılma-

¹⁴ Özek, s. 963 ve 964. Belirtmek gerekir ki yazarın makalesini yazdığı 1964 yılında Türk Hukukunda şantaj adında özel bir suç tipi yoktu. Bu nedenle şantaj suçunun tehdidin özel bir şekli olduğu düşüncesiyle yazarın eserine atf yaptığımızı ifade etme gereği duyuyoruz. Özek'in makalesi haricinde Türk Hukuku'nda ve karşılaştırmalı hukukta hürriyete karşı suçların düzenlenişine ilişkin esaslar için bkz. Yüksel Ersoy, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, Ankara 1973, s. 21-43.

¹⁵ Bkz. Rassat, s. 865.

¹⁶ Mahmut Koca, "Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, içinde, İstanbul 2002, s. 1490; Üzülmmez, "Şantaj Suçu", s. 184.

¹⁷ Şantaj suçunun Alman, Avusturya, İsviçre, ABD, İspanya ve Rus hukuk sistemlerinde düzenleniş şekilleri için bkz. Üzülmmez, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 138-141; Üzülmmez, "Şantaj Suçu", s. 175.

¹⁸ Üzülmmez, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 138-141

masına yönelik de olabilir. Dolayısıyla şantaj suçunun Türk hukukunda, özgürlüğe karşı suçlar arasında düzenlenmesi yerinde olmuştur.¹⁹

III. FAİL

Özellikle ilk fıkraya ilişkin tartışmaların daha net bir biçimde ortaya konulabilmesi için 107. maddenin her iki fıkrasının ayrı ayrı incelenmesi yerinde olacaktır.

A. ŞANTAJ SUÇUNUN 107/1. MADDEDE YER ALAN ŞEKLİ BAKIMINDAN

Bilindiği üzere ancak belli kimseler tarafından işlenebilen suçlara özgü suç adı verilir.²⁰ Bu noktada 107/1. maddede failin bir hakkı ya da yükümlülüğü olan bir kişi olması arandığından, bu suçun bir özgü suç olup olmadığı yönünde oluşabilecek tereddütleri bertaraf etmek gerekmektedir. Burada failin mutlaka bir hakka veya yükümlülüğe sahip olan bir kişi olmasının aranması, ilk bakışta bu hipotezin yalnızca özgü failer tarafından işlenebileceğini akla getirebilir. Öte yandan herkesin hak veya yükümlülük sahibi olduğu durumlarda, şantaj suçunun 107/1. maddede düzenlenen şeklinin özgü suç olduğunun ileri sürülmesi mümkün değildir. Bu duruma re'sen kovuşturulan bir suçta ihbar edilmesinin herkesin hakkı olması örnek olarak verilebilir. Bu nedenle 107/1. maddede yer alan suç bir özgü suç değildir.²¹ Ancak bazı hallerde suçun herkes tarafından işlenmesinin mümkün olmaması söz konusu olabilir. Bu hale ise şikâyet hakkı sahibinin, faili şikâyet etmemek için para istemesi örnek olarak verilebilir. Bu noktada 5237 sayılı TCK bakımından reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ve şikâyet hakkının sahibine dikkat çekmek yerinde olacaktır. Bilindiği üzere bu suç 765 sayılı TCK'nın 416. maddesinde "Genel Adap ve Aile

¹⁹ Aynı görüşte bkz. Üzülmüş, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 138.

²⁰ Özgü suç hakkında bilgiler ve bir suçun özgü suç olup olmadığını tespit etmek için yapılacak akıl yürütme hakkında bkz. Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş, 2009, s. 91 ve 92.

²¹ Aksi görüşte bkz. Necati Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, Seçkin, 2005, s. 305; Üzülmüş, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 151; Veli Özer Özbek, *İzmir Şerhi C. II Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 2008, s. 703.

Düzenine Karşı Cürümler” arasında düzenlenmişti ve re’sen soruşturulmakta ve kovuşturulmaktaydı. Oysa 5237 sayılı TCK’da “reşit olmayanla cinsel ilişki suçu” kişilere karşı suçlar arasında düzenlendiği için, şikâyet hakkı yalnızca mağdura aittir, veli veya vasinin şikâyet hakkı yoktur.²² Bu yüzden 15-18 yaş arasındaki çocuğun veli veya vasisi bakımından hakkı olan bir şeyi yerine getireceğinden bahisle mağdurdan çıkar sağlama (reşit olmayanla rızasıyla cinsel ilişkiye giren reşit kişiden, kendisini şikâyet etmemek için para istenmesi) hipotezinin gerçekleşmesi mümkün değildir. Veli veya vasinin cinsel ilişkiye giren reşit kişiyi, şikâyet hakkının olduğuna inandırarak veya onun bu inancından yararlanarak çıkar sağlaması halinde dolandırıcılık suçunun oluşması söz konusu olacaktır.

Buna ek olarak kamu görevlisi olmayan failer tarafından işlenmesi halinde şantaj suçunu teşkil edecek bazı fiiller, kamu görevlisi olan failer tarafından işlendiğinde suçun nitelik değiştirmesi söz konusu olabilir. Bu olasılıklara, şantaj suçunun diğer suçlarla ilişkisinin inceleneceği VIII. başlık altında değinilecektir.

B. ŞANTAJ SUÇUNUN 107/2. MADDEDE YER ALAN ŞEKLİ BAKIMINDAN

107/2. maddede düzenlenen suç, fail bakımından herhangi bir özellik göstermediğinden herkes tarafından işlenebilir.

Failin şeref veya saygınlığa zarar verebilecek bir hususu açıklama tehdidini, kamu görevlisi olmaktan dolayı elinde bulundurulan araç ve gereçleri kullanarak gerçekleştirmesi halinde, cezası 266. madde uyarınca arttırılacaktır.²³

IV. MAĞDUR

5237 sayılı TCK’nın 107/2. maddesine karşılık gelen, 765 sayılı TCK’nın 192. maddesinde suçun gerçek kişilere karşı işlenebileceği

²² Aynı görüşte bkz. Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, Seçkin, 2008, s. 327.

²³ Üzülmüş, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 151.

gibi tüzel kişilere karşı da işlenebileceği açıkça hüküm altına alınmıştı. Ne 5237 sayılı TCK'nın 107/2. maddesinde ne de hükmün gerekçesinde herhangi bir belirleme yer almaktadır. Öte yandan 5237 sayılı TCK'nın özel hükümler kitabı incelendiğinde, bu kitapta yer alan hiçbir suç tipinde, tüzel kişinin açıkça mağdur olabileceğinin belirtilmediği, kişi veya kimse tabirleri kullanılmakla yetinildiği görülmektedir. Kanun koyucunun tüzel kişinin mağdurluğundan açıkça söz etmeye gerek duymaması, elbette tüzel kişinin suçun mağduru olamayacağı şeklinde yorumlanamaz.²⁴ Dolayısıyla suçun yapısı elverdiği takdirde, tüzel kişi de gerçek kişi gibi suçun mağduru olabilir.

Her ne kadar şeref varlığı yalnızca gerçek kişilere aitse de, saygınlık hem gerçek hem de tüzel kişiler bakımından söz konusu olabilir. Nitekim Fransız uygulaması da bu yöndedir.²⁵ Örneğin bir şirkete yönelik olarak, şirkete zarar verebilecek finansal bilgilerin açıklanacağı yönündeki bir tehdit şantaj suçuna vücut verir.²⁶ Benzer şekilde, bir şirkete yönelik olarak, kendisine belli bir miktar para verilmediği takdirde, şirketin sahip olduğu otelin genelev olarak çalıştırıldığı yönünde internette yer alan forum sitelerinde asılsız beyanlarda bulunacağını ifade eden failin davranışı, şantaj suçuna vücut vermektedir. Burada söz konusu olan otelin ve dolayısıyla sahibi olan şirketin saygınlığıdır ve şirket suçun mağduru olarak kabul edilmelidir.

Suçun 107/1. maddede yer alan şekli bakımından, haksız çıkar sağlamaya zorlanan kişi ile failin yapacağı veya yapmayacağı şeyden etkilenecek ya da yapılacak açıklamadan zarar görecektir kişinin aynı olması şart değildir. Failin, bir anne veya babadan çocuğunun ya da bir eşten diğerinin işlediği suçu ihbar etmemek için yarar sağlamaya çalışması halinde, suçun ihbarından doğrudan zarar görecektir kişiyle, malvarlığı bakımından zarara uğrayacak kişi aynı olmamasına rağmen

²⁴ Soyaslan da suçun mağdurunun tüzel kişi olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Soyaslan, s. 216. Özbek ise açıkça görüş bildirmemesine karşın, verdikleri bir örnekte mağdurun tüzel kişi olmasından, bu görüşü paylaştıkları anlaşılmaktadır. Bkz. Özbek, s. 704. Aksi görüşte bkz. Üzülmüş, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 151. Fransız uygulamasında da, tüzel kişilerin şantaj suçunun mağduru olabileceği kabul edilmektedir. Örnek bir karar için bkz. Rouen, 4 mars 2002, JCP 2003 IV, p. 1664 (Code Pénal Dalloz, 101^{ème} édition, p. 589).

²⁵ Jean Larquier / Philippe Conte, *Droit pénal des affaires*, 11^{ème} édit. Paris 2004, s. 97.

²⁶ Larquier / Conte, s. 96.

şantaj suçu oluşur.²⁷ Her ne kadar 107. maddede, 106. maddede yer alan tehdit suçundakinin aksine mağdurun yakınlarının da zarar görebilecek kişiler arasında yer alabileceği yönünde bir ifade yer almamaktaysa da, mağdura karşı yakınlarına ilişkin hususların ileri sürüldüğü hallerde de mağdurun iç huzurunun bozulmasından hareketle bu çözümün yerinde olduğu düşüncesindeyiz. Nitekim 765 sayılı TCK döneminde mağdurun yakınlarına yönelik bir saldırı tehdidinin suç teşkil ettiği Kanun'da açıkça yazmamasına rağmen, Yargıtay içtihatları bu yönde gelişmişti.²⁸ Fransız uygulaması da aynı yöndedir.²⁹ Benzer bir uygulamanın 5237 sayılı TCK döneminde de şantaj suçu bakımından kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Bu başlık altında, mağdur ile suçtan etkilenecek kişinin aynı olmasının zorunlu olmadığı hususuna ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar, 107/2. maddede yer alan suç tipi bakımından da geçerlidir. Bir babaya, belirli bir miktar para vermediği takdirde, oğlunun çıplak fotoğraflarının yayınlanacağını bildirilmesi, bu duruma örnek olarak verilebilir.

Şantajın, kamu görevlisi olan mağdura karşı görevini yaptırmamak amacıyla gerçekleştirilmesi halinde TCK'nın 265. maddesinin³⁰ ne şekilde uygulanacağı üzerinde durulmaya değer bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Maddenin gerekçesinde konuyu aydınlatacak bir açıklama yer almamaktadır. Hükmün düzenleniş şekline bakıldığında, tehdit suçunun hafif şekli için altı aya kadar, basit şekli için ise altı aydan iki yıla kadar hapis cezası tespit edildiği görülmektedir. 265/1. madde ise öngörülen ceza altı aydan üç yıla kadardır. Kolaylıkla görülebileceği üzere kanun koyucu, tehdidin basit şekliyle korunan değerlere ek olarak kamu görevlisinin görevini yerine getirmesinin engellenmesinin, kamu hizmetini aksatacağı düşüncesiyle cezanın tavanında bir artırımı öngörmüştür. Bu durum 265/1. maddenin 106. mad-

²⁷ Rassat, s. 211.

²⁸ Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Turhan, 2006, s. 200.

²⁹ Rassat, s. 210; Jean Pradel / Michel Danti Juan, *Manuel de droit pénal spécial*, Paris 2004, s. 653; Michel Veron, *Droit pénal spécial*, 11^{ème} édition, Paris 2006, s. 267.

³⁰ TCK'nın 265/1. maddesi şu şekildedir: "Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

deye göre özel hüküm olmasından kaynaklanmaktadır. Şantajın, konusu bakımından özel olan bir tür tehdit olduğu da dikkate alındığında, kamu görevlisine görevini yapmaması için şantajda bulunulması halinde de, yine yalnızca özel hüküm olan 265. maddeyi uygulamak gerekecektir.³¹ Zira burada “*tehdit kullanmak*” ifadesinin teknik anlamda tehdidi ifade ettiğini kabul etmek, kamu görevlisine görevini yaptırmamak amacıyla şantaj yapılmasının, basit şantaj suçuyla aynı şekilde cezalandırılmasına yol açacak ve korunması gerekli bu değeri cezasız bırakacaktır.

Kanımızca 265. maddenin kapsamında kalacak bir şantaj fiili 107. maddenin iki fıkrasından herhangi birine ilişkin olabilir.³² Kiracısı olan polis memuruna amirinden aldığı emre uyararak, yapılan gösteri sırasında kendisine biber gazı sıkarsa onu evden çıkaracağını söyleyen ev sahibinin durumu ilk fıkradaki hipoteze örnektir. Zira burada kişi hakkı olan bir şeye dayanarak, polis memurunu kanuna aykırı olarak görevini yapmamaya zorlamaktadır. Herhangi bir gösterici ise bir polis memuruna kendisine veya bir başkasına biber gazı sıkarsa onun çıplak fotoğraflarını yayınlacağını söylese, bu sefer ikinci fıkra kapsamında kalan bir suç oluşur ve her iki fiil de 107. maddeye göre değil, özel hüküm olan 265. maddeye göre cezalandırılır.

V. SUÇUN UNSURLARI

A. MADDİ UNSUR

1. Genel Olarak

Şantaj başlığını taşıyan 107. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında birbirinden farklı iki ayrı suç düzenlenmiştir. Dolayısıyla iki fıkrayı birbirinden bağımsız başlıklar altında incelemek gerekmektedir. Fakat bu incelemeye geçmeden önce, her iki fıkra bakımından ortak olan hususları, gereksiz tekrardan kaçınmak amacıyla bu başlık altında ifade etmek daha uygun olacaktır.

³¹ Üzülmüş, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 152.

³² Söz konusu tehdidin yalnızca 107/2. maddeye yönelik olabileceği yönünde bkz. Üzülmüş, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 152.

765 sayılı TCK'da yer alan bazı suç tiplerinde tehdit, suçun yapısında yer alan bir unsur olarak ortaya çıkmaktaydı.³³ Öte yandan 765 sayılı TCK döneminde pek çok suçta tehdit ifadesinin yer almasının, uygulamada güçlük yaratması nedeniyle, kanun koyucunun tehdit ifadesini yeni Kanun'un 106. maddesi dışında kullanmaktan özenle kaçındığı görülmektedir. Bu durum yine de bazı suçların ancak tehdit etmek suretiyle işlenebileceği ya da başka bir deyişle tehdidin bazı suçlarda araç olarak kullanılmasının zorunlu olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

Bilindiği gibi tehdit aslında gerçekleşmesi failin iradesine bağlı olan gelecekteki bir kötülüğün mağdura muhtemel gösterilmesidir.³⁴ Aslında tehdit bazı suçlarda suçun unsuru iken (yağma m. 148, kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetinin engellenmesi m. 113, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali m. 114, inanç düşünce ve kanat hürriyetinin kullanılmasını engelleme m. 115), bazı suçlarda ise tehdidin kullanılması bir ağırlaştırıcı neden olarak karşımıza çıkmaktadır (siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi m. 114, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi m. 118). Öte yandan bu hükümlerde kast edilenin teknik anlamda tehdit olmadığı gözden kaçırılmamalıdır.³⁵ Teknik anlamda tehdit, ancak TCK'nın 106. maddesinde sayılan değerlere yönelik olarak gerçekleşebilir.

Bu çalışmada zaman zaman tehdit ifadesi, 106. maddede yer alan suç değil, tehdidin geniş anlamını, yani "*failin iradesine bağlı olan gelecekteki bir kötülüğün mağdura muhtemel gösterilmesi*"ni ifade etmek üzere kullanılacaktır. Dolayısıyla 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK arasında, bu bakımdan temel bir fark yoktur, benzer bir yapı söz konusudur.

Şantaj içeren ifadelerin mağdurun irade özgürlüğünü etkilemeye elverişli davranışların gerçekleştirilmesi yeterli olup, irade özgürlüğünün mutlak olarak etkilenmesi gerekmez. Bu nedenle şantaj bir tehlike

³³ Adem Sözüer, "Tehdit Suçu", *İÜHFİM*, C. 54, 1994, S. 1-4, s. 132.

³⁴ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara, Savaş, Ekim 2009, s. 76.

³⁵ Üzülmöz, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 134.

suçudur.³⁶ Şantaj bir tehlike suçu olduğundan, bir sonucun ortaya çıkması gerekli değildir.³⁷ Bu husus aşağıda yeniden ele alınacaktır.

Şantaj suçu da yukarıda sayılan suçlar gibi, tehdit yoluyla işlenebilen bir suçtur. Her ne kadar 107/1. maddede tehdit yerine zorlama ifadesi kullanılmakta ise de, söz konusu zorlama fizikî (maddi) nitelik taşıdığı takdirde cebir suçu oluşacağından,³⁸ her iki fıkrada yer alan fiilin de ancak tehdit yoluyla işlenebileceği açıktır.³⁹ Her ne kadar tehdit suçunda yer alan sair kötülük ifadesinin, şantaj suçunu içerebileceği düşünülebilirse de, şantaj suçunun tehdit suçuna göre özel hüküm niteliğinde olduğu unutulmamalıdır.⁴⁰ Dolayısıyla 107. maddede sayılan nitelikteki ve belirlenen varlıklara zarar verme amacını taşıyan tehdit, şantaj suçuna vücut vermektedir.

Şantaja konu olan fiilin net olarak tespit edilemediği hallerde eğer mağdur failin neyi kast ettiğini anlayabiliyorsa ya da hâkim failin neyi kastettiğini şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya koyabiliyorlarsa şantaj suçu oluşur.⁴¹ Şantaj suçunun faillerinin yakalanmamak amacıyla mümkün olduğunca amaçlarını gizlemeye çalıştıkları bilinmektedir. Şantaj teşkil eden ifadeler yeterince açık olmalıdır, fakat failerin doğrudan tehdit eden ifade kullandıkları olaylara uygulamada nadi-

³⁶ Üzülmöz, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 150; Faruk Erem, "Tehdit ve Cebir Kullanma Suçu", *AD*, Y. 1952, S. 7, s. 865. Erem her ne kadar bu tespiti tehdit suçu için yapıyorsa da, şantaj suçu tehdit suçunun özel bir şekli olduğundan, bu belirlemenin şantaj suçu bakımından da geçerli olduğu açıktır.

³⁷ Tehlike suçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 124; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, İstanbul, Beta, 1992, s. 53-55; Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 4. Bası, İstanbul, Beta, 2006, s. 256; Erem, "Tehdit ve Cebir Kullanma Suçu", s. 865. Nitekim bu husus madde gerekçesinde de ifade edilmektedir.

³⁸ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 204; Ahmet Gökçen, "Hürriyete Karşı Suçlar", www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc, s. 7 (SGT: 14.05.2010).

³⁹ Tezcan / Erdem / Önok, s. 342.

⁴⁰ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 204; Tezcan / Erdem / Önok, s. 341; Hafızoğulları / Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 171.

⁴¹ Nitekim Yargıtay "Açıklanması durumunda yakınana zarar verebilecek hususun ne olduğu açıkça gösterilmeden ve içeriği denetime olanak verecek biçimde saptanmayan ses bandının hükme dayanak kabul edilemeyeceği gözetilmeden, yetersiz gerekçeyle karar verilmesi" nedeniyle, sanığın tehdit ile menfaat sağlama suçundan mahkûm edilmesine ilişkin kararı bozmuştur. Y. 4. CD, E. 2002/2375, K. 2002/4471, T. 21.03.2002. (Hukuktürk, SGT: 09.01.2009)

ren rastlanmaktadır. Şantaja konu olan fiillerin tam olarak bilinmediği hallerde de şantaj suçu gerçekleşebilir. Bu hallerde vakıaların failin kötülük eğilimini belirleyecek düzeyde olması aranmaktadır. Fransız Temyiz Mahkemesi de isnadın ifade edilmiş şekli, varlığı ve üçüncü kişiler üzerindeki etkisini dikkate almaktadır.⁴²

Şantaj fiilini teşkil eden tehdit sözlü olabileceği gibi yazılı da olabilir. Hatta yazılı tehdit mağdura basın yoluyla dahi ulaşabilir. Fakat şantajın sözlü olması halinde, ispat edilmesi güçlük arz edebilir.⁴³

Tehdit mağdura doğrudan ifade edilebileceği gibi, üçüncü kişiler aracılığıyla da bildirilebilir.⁴⁴ Fakat bu durumda, failin tehdidin mağdura ulaştırılacağını bilmesi ve istemesi, ayrıca bu hususların ispat edilebilir olması gerekir.

Tehdidin zaman olarak mutlaka açıklama veya isnattan önce olması gerekir.⁴⁵ Zira açıklama veya isnat yapıldıktan sonra tehdidin gerçekleşmesi, söz konusu hususların açıklanacağı veya isnat edileceği gerekçesiyle kişinin huzurunu bozmaya elverişli değildir.

2. Suçun 107/1. Maddede Yer Alan Şekli Bakımından

TCK'nın 107/1. maddesinde yer alan şantaj suçunun maddi unsuru "*Hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmama- cağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlamak*"tır. Suç hem fail hem de mağdur bakımından bağlı hareketlidir.⁴⁶

Öncelikle suçun maddi unsurunu belirleyen cümlenin ikinci kısmında bir anlatım bozukluğu olduğunu belirtmek gerekir. İfadenin doğru şekli "*kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yükümlü olduğu bir şeyi yapmamaya zorlamak*" olmalıdır. İfadenin bozukluğu nedeniyle hükmün bu haliyle sanki kişi yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya zorlanıyormuş gibi bir izlenim uyanmakta ise de,

⁴² Pradel / Danti Juan, s. 654; Veron, s. 267; Rassat, s. 211.

⁴³ Rassat, s. 210; Pradel / Danti Juan, s. 653; Veron, s. 267; Larquier / Conte, s. 96.

⁴⁴ Üzülmöz, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 149.

⁴⁵ Pradel / Danti Juan, s. 653.

⁴⁶ Hafızoğulları / Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 172.

kastedilenin mağduru yükümlü olduğu bir şeyi yapmamaya zorlamak olduğu açıktır. Aksi halde fail yükümlü olmadığı bir şeyi zaten yapmayacağından onu buna zorlamanın bir anlamı olmayacaktır.⁴⁷

Şantaj suçunun bu fıkrada düzenlenen hipotezinde fail, mağdurun kullanılmasını istemediği ve kullanıldığı halde etkileneceğini bildiği bir hakkını kullanmaktan bahsetmektedir. Böylece fail, mağduru özgür iradesiyle yapmayacağını bildiği bir şeyi yapmaya zorlamaktadır. Sonuçta mağdur, hakkın kullanılması sonucunda doğacak olumsuz duruma katlanmak veya failin iradesine boyun eğmek seçenekleri arasında kalmaktadır. Bu noktada bir hakkın veya yükümlülüğün söz konusu olup olmadığı hukuk düzenine göre belirlenecektir. Bu bağlamda hakkın hangi hukuk dalından kaynaklandığının bir önemi bulunmamaktadır.⁴⁸

Yapılacak ya da yapılmayacak şeyin mağdurun iradesini zorlamaya elverişli olması gerekir.⁴⁹ Başka bir deyişle şantaja konu olan şeyin yapılıp yapılmaması mağdurun irade özgürlüğünü etkileyecek önemde olmalıdır. Örneğin mal sahibinin, kendisine daha önce tahliye taahhüdü vermiş olan kiracısından fahiş bir kira bedeli talep etmesi halinde dahi şantaj suçunun oluşmayacağını kabul etmek gerekir. Zira burada mal sahibinin bir hakkını kullanması, mağdurun irade özgürlüğünü elinden almamaktadır. Kiracı başka bir ev kiralamakta özgürdür.

Zorlamanın gerçekleştirilmesi failin iktidarında olmalı ve gerçekleşebilir bir nitelik taşınmalıdır.⁵⁰ Çünkü failin iktidarında olmayan bir şeyle, mağdurun irade özgürlüğünün fail tarafından ortadan kaldırıldığını söylemek mümkün değildir. Bu yüzden failin bir hak ya da yükümlülüğü bulunmamasına rağmen, mağduru buna inandırması halinde şantaj suçunun maddi unsuru gerçekleşmemektedir. Burada sağlanmak istenen menfaatin türüne ve olayın özelliklerine göre başka suçların (örneğin dolandırıcılık) gerçekleşmesi söz konusu olabilir.⁵¹

⁴⁷ Özbek, s. 703.

⁴⁸ Üzülmöz, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 144.

⁴⁹ Üzülmöz, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 145.

⁵⁰ Donay, s. 173.

⁵¹ Üzülmöz, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 145; Özbek, s. 702.

Bu duruma yukarıda fail ele alınırken üzerinde durulan 15-18 yaş arasındaki çocuğun veli veya vasisinin, çocuğuyla rızasıyla cinsel ilişkiye giren reşit kişiyi şikâyet etmemek için para istemesi örnek verilebilir. Belirtildiği üzere bu durumda veli veya vasisinin şikâyet hakkı olmadığından, ancak dolandırıcılık suçunun oluşması söz konusu olabilir. Benzer şekilde gerçekleşmesi mümkün olmayan şeyler de, irade özgürlüğünü etkilemeye elverişli bir araç olarak nitelendirilemez.

Lehine tanıklık yapacağı sanığı, tanıklıktan çekinmekle veya tanıklık yapmamakla tehdit eden kişinin davranışı, yükümlü olunan bir şeyin yapılmaması şeklindeki hipoteze örnektir. Bilindiği üzere tanıklık kamusal bir ödevdir.⁵² Bu durumda kişinin tanıklıktan çekinme hakkının olup olmamasının bir önemi yoktur. Zira çekinme hakkının varlığı bu noktada mahkemenin çekinmek için geçerli bir nedeni olmayan tanığa zorlayıcı tedbirler uygulayıp uygulayamaması sorununa ilişkin olup, şantaj suçunun oluşumuyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Madde gerekçesinde de şantaj suçuna ilişkin çeşitli örnekler yer almaktadır.

Kişinin kanuni bir hakkını kullanacağını ifade etmesi şantaj suçuna vücut vermez, ancak elbette hakkın kötüye kullanılmaması gerekir.⁵³ Dolayısıyla alacaklının borçluya borcunu ödemediği takdirde hukuki yollara başvuracağını, malını haczedeceğini ifade etmesi suç teşkil etmemektedir.⁵⁴ Buna karşın işverenin işçisini kendisine menfaat sağlamadığı takdirde, onu işten çıkarmakla tehdit etmesi halinde, haksız çıkar talep edilmesi nedeniyle şantaj suçu oluşur. Benzer şekilde kanuna aykırı bir şeyin yapılmaması için, bir hak veya yükümlülüğün kullanılacağını ifade edilmesi de şantaj suçuna vücut vermez.⁵⁵ Belediye fahiş fiyatla mal satan bir kişiye, yaptığı sözleşmeyi feshederek elde ettiği haksız kazancı iade etmemesi halinde, konunun basına yansıtılacağını söyleyen kişinin ifadeleri, suçun oluşmadığı bu son duruma örnek olarak verilebilir. Öte yandan alacaklının, alacağını almak için borçluyu, borç ilişkisiyle ilgisi olmayan hususları ifşa etmek-

⁵² Nevzat Toroslu / Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Savaş, Ekim 2008, s. 179.

⁵³ Hafızoğulları / Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 172.

⁵⁴ Rassat, s. 211; Veron, s. 268. Crim. 12 mars 1985, Bull crim. n° 110 (Code Pénal Dalloz, 101^{ème} édition, p. 590).

⁵⁵ Üzülmöz, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 153.

le tehdit etmesi halinde,⁵⁶ bu hususlar alacaklının bir hakkı ya da yükümlülüğüne ilişkin olmadığından, ikinci fıkrada düzenlenen suç ortaya çıkabilir.

Karşılıksız çek düzenleyen kişilere ilişkin şikâyetin geri alınması için şüpheli veya sanıktan fahiş bedeller istenmesi, 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da, infaz aşamasına geçilmiş olsa dahi ödemenin cezayı düşüreceğine ilişkin düzenleme yapılmasını zorunlu kılmıştır.⁵⁷ Burada her ne kadar çeki karşılıksız çıkan kişinin ödeme yaparak davayı veya cezayı düşürme imkânı varsa da, bu kişiden yapılan şikâyeti geri almak için çekin karşılığı olan miktarın ve masrafların üzerinde bir para istenmesi şantaj suçuna vücut verir. Bunun haricindeki her halde de, şikâyetin geri alınması için istenen paranın herhangi bir haklı karşılığı olmadığı hallerde para istenmesi yine şantaj suçunun ortaya çıkmasına yol açar.

Fransa'da bu suç tipinin uygulamada en çok karşılaşılan örneği, bir suçu ihbar etmemek için kişiden bir çıkar talep edilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.⁵⁸ TCK'nın 278. maddesinde yer alan "suçu bildirmeme suçu"nun, maddi unsurunun işlenmekte olan bir suçu bildirmemek olmasından, Türk hukukunda işlenmekte olan suçu bildirmenin yükümlülük haline getirildiği anlaşılmaktadır.⁵⁹ Öte yandan işlenmiş olan bir suçu bildirmek ise, kişilere tanınan bir hak olarak mütalaa edilebilir. Nitekim madde gerekçesinde de, işlenmiş bir suç karşısında ihbarda bulunmanın hem bir hak hem de yükümlülük olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla suç işleyen bir kimseye, şikâyet veya ihbar edile-

⁵⁶ Pradel / Danti Juan, s. 656; Larquier / Conte, s. 98. Crim. 16 juillet, 1875, DP 1876, 1, p. 238. (Code Pénal Dalloz, 101^{ème} édition, p. 590).

⁵⁷ 3167 sayılı Kanunda değişiklik yapan 3863 sayılı Kanunun gerekçesinin ilgili kısmında "Çek Yasasının amacının, çek hamillerini korumak ve bunların çeki bağlı haklarına kavuşmalarını sağlamak olmasına karşın, uygulamada bazı kötü niyetli çek hamillerinin, şikâyetlerinden vazgeçmek için, keşidecilerden astronomik meblağlar talep ettikleri ve bu haklarını bir tür şantaj aracı olarak kullandıkları görülmektedir." ifadesi yer almaktadır. Yargıtay'ın konuya ilişkin değerlendirmesi için bkz. YCGK, E.1994/10-218, K. 1994/265, T. 7.11.1994 (KBİBB, SGT: 09.01.2009).

⁵⁸ Rassat, s. 210.

⁵⁹ Gereğe bildirmemekle beraber, Soyaslan da aynı görüştedir. Bkz. Soyaslan, s. 216

ceğinin beyan edilmesi herhangi bir suç teşkil etmemektedir.⁶⁰ Zira burada kişi hakkını kullanacağını ifade etmektedir. Buna karşın kişiyi ihbar etmemek için ondan çıkar talep edilmesi şantaj suçuna vücut vermektedir. 765 sayılı TCK döneminde ise, bu filler için 188. maddenin⁶¹ uygulanması gerektiği öğretide ifade edilmekteydi.⁶² Hakkı olan bir şeyi yapmamak karşılığında, mağduru bir şeyi yapmaya zorlama hipotezine ise, faille evlenmediği takdirde işlediği suçun ihbar edileceği tehdidiyle karşılaşan mağdurun durumu⁶³ örnek olarak verilebilir.

Failin elde ettiği çıkarın haksız olması gerekir. Kişinin hakkı olan bir çıkarı elde etmek için hak veya yükümlülüğünü kullanacağını ifade etmesi, şantaj suçuna vücut vermez.⁶⁴ Uzlaşma kapsamında bir suçtan doğan zararın karşılanmaması halinde, şikâyetin geri alınmayacağını belirtme halinde de, talep edilen çıkar haksız olmadığından, şantaj suçu oluşmaz.⁶⁵ Çıkarın haksız olup olmadığına ilişkin tespit, yapılan bir şikâyeti geri almak için para istemenin⁶⁶ şantaj suçuna vücut verip vermeyeceği sorusu bakımından önem arz etmektedir. Burada sağlanan çıkar, mağdurun veya ailesinin maddi ve/veya manevi zararına karşılık geldiği sürece haksız değildir. Dolayısıyla şantaj suçu oluşmamaktadır. Fransız yargı organlarının uygulaması⁶⁷ da bu yöndedir.

Sağlanmak istenen çıkar, mal veya bir hizmet sağlanması şeklinde olabileceği gibi başkaca herhangi bir çıkar da olabilir. Burada çıkardan

⁶⁰ Erem, "Tehdit ve Cebir Kullanma Suçu", s. 866; Hasan Tahsin Gökcan, "Nitelikli ve Basit Tehdit Suçu (TCK 191/1, son)", YD, C. 24, Ekim 1998, S. 96. s. 607. Fransız uygulaması da aynı yöndedir. Bkz. Crim. 13 mars 1990, Bull. crim. n° 116 (Code Pénal Dalloz, 101^{ème} édition, p. 590).

⁶¹ 765 sayılı TCK'nın 188/1. maddesi şu şekildeydi: "Bir kimse bir şeyi işlemek veya işlemesine müsaade etmek ya da o şeyi işlememeye mecbur etmek için diğer bir kimseye zor kullanır veya onu tehdit eder veya yetkisi olmadan veya yasalara aykırı olarak bir konuda bilgi vermesini veya inancını veya siyasi veya sosyal görüşünü açıklamasını isterse altı aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan üçbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır."

⁶² Erem, "Tehdit ve Cebir Kullanma Suçu", s. 874.

⁶³ Örnek için bkz. Tezcan / Erdem / Önok, s. 351.

⁶⁴ Üzülmöz, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 153.

⁶⁵ Örnek için bkz. Özbek, s. 704.

⁶⁶ Özellikle ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan trafik kazalarında mağdura şikâyetini geri alması için ödenen ve halk arasında "kan parası" olarak adlandırılan bedel bunun tipik bir örneğidir.

⁶⁷ Rassat, s. 210; Pradel / Danti Juan, s. 656; Veron, s. 267

kasıt maddi çıkardır.⁶⁸ Maddi çıkar dışındaki hususlar ise ancak “*yapma veya yapmama*” hipotezleri çerçevesinde değerlendirilebilir. Öğretide 765 sayılı TCK dönemindeki anlayışa paralel olarak çıkarın yalnızca malvarlığındaki artış olarak anlaşılması gerektiği, örneğin cinsel ilişkiye girmenin de maddi çıkar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmekte, Yargıtay da bu görüşü paylaşmaktadır.⁶⁹ 5237 sayılı TCK döneminde cinsel ilişkiye zorlama hem haksız çıkar elde etme hem de yükümlü olmadığı bir şeyi yapma hipotezlerinin koruması altındadır, dolayısıyla suçun oluşacağı açıktır. Bu durumda eğer fail tekli aşamasında kalırsa şantaj suçundan ceza verilir. Eğer ilişki gerçekleşirse bu durumda tehdit ve dolayısıyla tehdidin özel bir şekli olan şantaj, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarında mağdurun iradesini ortadan kaldıran araçlardan biri olarak kabul edildiğinden ve bunlar bileşik suçun unsuru⁷⁰ sayıldığından ayrıca şantaj suçundan dolayı ceza verilmez.⁷¹

Öte yandan manevi çıkar elde etmek amacıyla şantaj suçunun işlenemeyeceği kabul edilmektedir.⁷² Dolayısıyla bir kişinin sırf intikam duygularını tatmin etmek amacıyla, Kanunda sayılan fiilleri gerçekleştirmesi halinde şantaj suçu oluşmaz.

Çıkar konusuna ilişkin olarak değinilmesi gereken önemli bir husus 107/1. maddede yer alan “*çıkarmak*” ve 107/2. maddede yer alan “*yararmak*” ifadeleridir. Biz bu iki ifadenin arasında bir anlam farkı olmadı-

⁶⁸ Aksi görüş için bkz. Üzülmöz, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 153. Yazar ifadenin maddi çıkarla sınırlı olmadığı düşüncesindedir.

⁶⁹ “Sanığın benimle olmazsan önceki ilişkilerini eşine söylerim” demesi biçimindeki eyleminin 765 sayılı TCK’nın 192 (5237 sayılı TCK’nın 107.) maddelerinde düzenlenen şantaj suçuna uyduğu gözetilmeden...” Yargıtay 4. C.D, E/K: 13082-2180, T. 6.3.2007. Karar için bkz. Haydar Erol: *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu*, Ankara (tarih-siz), s. 1334.

⁷⁰ Cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının bileşik suç olduğu yönünde bkz. Hafızoğulları / Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 151; Tezcan / Erdem / Önok, s. 301 ve 323; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s.190; Şen: s. 389 ve 396.

⁷¹ Aynı görüşte Şen, s. 386.

⁷² Şen, s. 431. Yazar 107/2. maddeyi yorumlarken, şantaj suçunun manevi çıkar elde etmek amacıyla işlenemeyeceğini ifade etmektedir. Biz 107/1. maddede yer alan çıkar kavramıyla, 107/2. maddede yer alan yarar kavramının birbirinden farklı olmadığı düşüncesinde olduğumuzdan, bu noktada Şen’e katılmaktayız. Öte yandan yazar çıkar kavramı için herhangi bir belirlemede bulunmadığından bu hususu özellikle belirtmeyi gerekli görüyoruz.

ğı düşüncesindeyiz ve bu nedenle kanun koyucunun aynı hususu anlatmak için iki ayrı kelime seçmesini doğru bulmuyoruz. Aradaki tek fark 107/1. madde bakımından çıkarın haksız olması aranırken, aynı hususun 107/2. madde bakımından aranmamasıdır ama elbette bu durumun farklı kavramların kullanılmasıyla bir ilişkisi yoktur.

Haksız çıkarın elde edilmesi, suçun tamamlanması bakımından zorunlu değildir.⁷³ Bu nedenle suç sırf davranış suçudur,⁷⁴ sonucu yoktur. Haksız çıkar madde metninde açıkça belirtildiği üzere failin lehinde olabileceği gibi üçüncü bir kişinin yararına da olabilir.

Failin Kanunda sınırlı olarak sayılan hususlara yönelik olarak mağduru zorlaması, suçun maddi unsuruna dâhildir. Söz konusu zorlama cebir ya da daha açık bir deyişle fiziki güç⁷⁵ içermemelidir aksi halde 108. maddede yer alan cebir suçu söz konusu olur. Dolayısıyla, suçun maddi unsuru Kanunda sayılan hususlara yönelik bir zorlamanın mağdura herhangi bir yolla bildirilmesinden ibarettir. Yukarıda belirtildiği üzere şantaj suçunu teşkil eden ifadeler yazılı olabileceği gibi, sözlü olarak da ifade edilebilir. Hükümde yer alan bahisle ifadesi, bu nedenle yalnızca "söylemek"⁷⁶ anlamını içerecek şekilde dar yorumlanmamalıdır.⁷⁷

Fransa'da bir suçu ihbar etmemek için para istemenin yanında; faille haksız bir çıkar sağlanmadığı takdirde, kişinin disiplin soruşturmasına⁷⁸ veya adli bir soruşturmaya uğramasına yol açacak fiillerin isnat edileceği; işçilere ödediği ücretleri Sosyal Güvenlik Kurumu'na beyan etmeyen işverenin ihbar edileceği⁷⁹ ve işçinin işten atılacağı şeklin-

⁷³ Madde gerekçesinden.

⁷⁴ Hafızoğulları / Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 172.

⁷⁵ Cebirin fiziki güç, tehdidin ise maddi olmayan gücü ifade ettiği hususunda bkz. Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Cebir Kavramı", YD, C. 16, S. 61-62, Y. 1990, s. 95.

⁷⁶ Nitekim Yargıtay'ın 765 sayılı TCK döneminde 191. maddede yer alan "bildirerek" kelimesini "söylemek" olarak dar yorumlaması eleştirilerek, bildirmenin herhangi bir şekilde ifade etmek olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Mustafa Güven, "Tehdit Suçunun Objektif Yapısı Üzerine Bir İnceleme", AD, 1987, S. 4, s. 64.

⁷⁷ Aynı görüşte bkz. Üzülmüş, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 146.

⁷⁸ Crim 4 juillet 1874, DP 1875, 1, p. 288 (Code Pénal Dalloz, 101^{ème} édition, p. 590).

⁷⁹ Crim 20 décembre 1967, Bull. Crim n° 22 (Code Pénal Dalloz, 101^{ème} édition, p. 590).

de tehditlere uygulamada sık rastlandığı ifade edilmektedir.⁸⁰ Ülkemizdeki benzer bir olayda da Yargıtay sanıkların mağdura “vergi kaçırdığını, Maliye ile sorunları olduğunu, kendilerine 50 milyar Lira verilmediği takdirde, ellerindeki bazı belgeleri Maliyeye vereceklerini” söylemelerinin şantaj suçuna vücut verdiğini yerinde olarak kabul etmiştir.⁸¹ Başka bir olayda ise Yargıtay “sanığın suça konu hatalı üretilmiş ilaç şişesini elinde birkaç aydır tutarak yasal yollara gitmediği, dosyadaki bant çözümüne göre de sanığın katılan şirket yetkilisiyle şişeyi teslim etmek karşılığında alacağı para konusunda pazarlıkta bulunduğu ve en fazla fiyatla satmak istediğini ve kendisini aramamış olmaları durumunda basın ve noter huzurunda şişeyi hıfzıssıhha kurumuna teslim edeceğini belirttiği” gerekçesiyle tehdit ile menfaat sağlama (5237 sayılı TCK döneminde şantaj suçu) suçunun oluştuğuna hükmetmiştir.⁸²

Fransa’da gerçekleşen bir olayda mağazadan mal çalan hırsızlardan malların beş katına kadar bir bedeli talep eden bir mağaza müdürü suçlu bulunmamasına⁸³ karşın, başka bir olayda 1350 Franklık mala karşılık 200.000 Frank talep eden mağaza müdürü mahkûm olmuştur.⁸⁴ Dolayısıyla Fransız hukukunda çalınan malların değeri ile talep edilen miktar arasındaki oran, bu tip olaylarda şantaj suçunun oluşup oluşmadığında belirleyici olmaktadır.⁸⁵ Bu örneklerde talep edilen miktarın malın değerinden bir miktar fazla olması, hırsızlık yapan kişinin yol açtığı ticari itibar kaybı ve insansız hizmet veren otomat⁸⁶ için daha özel bir gözetim sistemi kurulmasına ilişkin giderleri tazmin etmesi gerektiği şeklinde açıklanmış⁸⁷ ve istenen paranın bir miktar fazla olmasının haksız olmadığı kabul edilmiştir. Kararlar-

⁸⁰ Pradel / Danti Juan, s. 654; Veron, s. 267.

⁸¹ Y. 6. CD, E. 2004/1975, K. 2006/2445, T. 13.03.2006 (Hukuktürk, SGT: 09.01.2009).

⁸² Y. 4. CD, E. 2000/2913, K. 2000/5410, T. 20.06.2000 (Hukuktürk, SGT: 09.01.2009).

⁸³ Poitiers, 7 février, D. 1974, p. 693. (Code Pénal Dalloz, 101^{ème} édition, p. 591).

⁸⁴ Crim 27 janvier 1960, Bull. crim. n° 46, 1960, p. 247. (Code Pénal Dalloz, 101^{ème} édition, p. 591).

⁸⁵ Pradel / Danti Juan, s. 657.

⁸⁶ “Magasin de vente libre service” karşılığı olarak kullanılmıştır. Bu makineler ülkemizde bulunan otomatlardan farklı olarak neredeyse bir bakkal dükkânı büyüklüğündedir ve çok çeşitli sayıda ürün satılmaktadır.

⁸⁷ Crim 20 février 1963, D. 1963, Somm. 103. (Code Pénal Dalloz, 101^{ème} édition, p. 591).

da dikkati çeken bir başka husus ise, hırsızlık yapan bir kişiden sağlanan menfaatin ancak fahiş olduğu halde haksız bir menfaat olarak nitelendirilebileceği yönündeki yargıdır. Kanımızca Türk hukuku bakımından mağdurun talep ettiği miktarın mutlaka (maddi veya manevi) bir zarara karşılık olması gerekir. Menfaattin mutlaka fahiş olmasına gerek yoktur. Aksi halde, mağdurun failin içerisinde bulunduğu gayri meşru durumdan yararlanarak kendisi için haksız menfaat elde etmesine göz yumulması gibi kabul edilemez bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu nedenle Türk hukuku bakımından menfaatin fahiş olup olmadığı değil, bir zarara karşılık olup olmadığı araştırılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Açıklanacağı bildirilen olayın mağduru doğrudan ilgilendirmesinin gerekmediği yönündeki açıklamalar, suçun mağduru bölümünde yapıldığından, bu hususa ayrıca değinilmesi gerekli görülmemiştir.

3. Suçun 107/2. Maddede Yer Alan Şekli Bakımından

Bu fıkrada yer alan suçun maddi unsuru, *“kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikte hususların açıklanacağı veya isnat edileceği”* tehdidinde bulunmaktır.

765 sayılı TCK'nın 192. maddesinde yer alan *“tehdit ile menfaat sağlama”* suçunun maddi unsuru kendisine veya başkasına, para veya diğer bir yarar sağlamak maksadıyla bir gerçek veya tüzel kişiye zarar verebilecek bir hususu yayın veya herhangi bir suretle açıklamaktır. Söz konusu suç aslında şartlı tehdit suçunun özel bir görünüm şeklidir.⁸⁸ 5237 sayılı TCK'da ise zarar görebilecek değerler *“şeref veya saygınlık”* olarak açıkça belirlenerek hükmün uygulama alanı daraltılmıştır.

765 sayılı TCK'da açıklanan hususların niteliği belirtilirken, *“zarar verebilecek nitelikte”* ifadesinin kullanılmasına karşın 5237 sayılı TCK'da *“zarar verecek hususlar”* ifadesi yer almaktadır. İki kanun arasındaki bu fark, bazı yazarlar tarafından 765 sayılı TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK bakımından açıklanan hususların kesin olarak zarar verecek nitelikte olduğunun tespitini gerektirdiği şeklinde

⁸⁸ Üzülmüş, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 146.

yorumlanmaktadır.⁸⁹ Dolayısıyla mahkemenin objektif ölçütleri ve failin durumunu dikkate alarak, tehdide konu olan hususun zarar verecek nitelik taşıyıp taşımadığının, kesin olarak tespit edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁹⁰

Bu tartışma, bir tehlike suçu olan şantaja ilişkin olarak soyut tehlike suçu-somut tehlike suçu tartışmasını akla getirmektedir. Bilindiği üzere somut tehlike suçlarında davranışın suç konusu bakımından gerçek bir zarar tehlikesi yaratması aranırken, soyut tehlike suçlarında hareketin yapılmasıyla zarar tehlikesinin doğmasında bağımsız olarak suç gerçekleşmiş olur. Bu noktada öğretide soyut tehlike suçlarının ceza hukukunun ilkeleriyle bağdaşmadığı ve ferdi itaate zorladığı gerekçesiyle eleştirildiğini, dolayısıyla bu kavramlar üzerinde öğretide görüş birliği olmadığını da eklemek gerekir.⁹¹

Öğretideki yazarların soyut tehlike suçlarına ilişkin endişelerinin ne kadar haklı olduğu, zarara uğraması söz konusu olan husus şeref ve saygınlık gibi iki soyut değer olduğunda açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu noktada “zarar verebilecek nitelikte olma”nın sonuca değil, failin davranışına ilişkin bir değerlendirme olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Zaten söz konusu soyut değerlerin hangi noktadan itibaren kesin olarak zarara uğrayacağını belirlemek genellikle mümkün değildir. Bu nedenle kanımızca iki kanun arasındaki ifade farklılığı, uygulamada önemli bir değişikliğe yol açmayacaktır. Zira şeref ve saygınlığa zarar verebilecek hususla, kesin olarak zarar verecek hususun ayrılması neredeyse imkânsızdır. Dolayısıyla iki kanun arasındaki farkın kanun koyucunun değişen ve zarara uğrama hususunda kesinlik arayan iradesinin bir sonucu olduğu yönündeki görüşe⁹² katılmamaktayız. İfadelerin şeref ve saygınlığa zarar vermesinin kuvvetle muhtemel olması kanımızca yeterli görülmelidir.

765 sayılı TCK'nın 192. maddesinde yer alan tehdit ile menfaat sağlama suçunda, menfaatin elde edilmesi bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmekteydi. 5237 sayılı TCK bakımından ise menfaat sağla-

⁸⁹ Şen, s. 431.

⁹⁰ Şen, s. 431; Pradel / Danti Juan, s. 655.

⁹¹ Konuya ilişkin bilgi için bkz. Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 53 ve 54.

⁹² Üzülmöz, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 146.

mak amacıyla, mağduru şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikte hususların açıklanacağı yönündeki tehdit yeterli olup, çıkarın elde edilip edilmemesi herhangi bir önem taşımamaktadır.

Birinci fıkrada yer alan suça paralel olarak bu suç tipinde de açıklanacak veya isnat edilecek hususlar, mağdurun iradesini zorlamaya elverişli olmalıdır. Böylece mağdur, failin isteğini gerçekleştirmek veya açıklayacağı hususlara katlanmak arasında seçim yapmak zorunda kalmaktadır. Tehdit suçundan farklı olarak burada failin amacı mağduru korkutmak değil, içerisinde bulunduğu korku halinden faydalanarak ondan çıkar sağlamaktır. Birinci fıkrada yer alan suç gibi, bu suç da serbest hareketlidir.⁹³

Mecazi bir anlatımla bu suçta mağdur, şeref ve saygınlığına zarar verebilecek olguların açıklanması korkusuyla, failin suskunluğunu satın almaktadır.⁹⁴

Şeref, kişinin sosyal değerini oluşturan şartların bütünüdür.⁹⁵ Bugün doktrinde egemen olan anlayışa göre şerefın sosyal ve ahlaki değerlerin bütününden oluştuğu kabul edilmektedir.⁹⁶ Dolayısıyla şeref kavramı gerek bir insanın kendisine karşı beslediği içsel değeri (iç şeref), gerekse başkalarının gözündeki değerini (dış şeref) ifade etmektedir.⁹⁷ Şeref kavramının dış şerefi de içerdiğini ifade etmek, bu kavramın saygınlık kavramını da kapsadığı anlamına gelmektedir. Zira kişinin başkaları gözündeki değeri o kişinin saygınlığıdır, dış şerefidir.⁹⁸ Kişinin özel, mesleki ya da kamusal yaşamını hedef alan ve sosyal durumunu tehlikeye sokmaya elverişli her türlü davranış, kişinin saygınlığını azaltabilir.⁹⁹ Buna karşın kişinin şeref veya saygınlığı-

⁹³ Şen, s. 431.

⁹⁴ Francisque Goyet, *Précis de droit pénal spécial*, Paris 1945, s. 595.

⁹⁵ Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s. 100.

⁹⁶ Ayhan Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul, Beta, 1994, s. 221.

⁹⁷ Tezcan / Erdem / Önok, s. 340; Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Yenerer Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, C. I, İstanbul, Beta, 2007, s. 221.

⁹⁸ Centel / Zafer / Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, C. I, s. 222.

⁹⁹ Rassat, s. 506. Nitekim Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 765 sayılı Kanun döneminde verdiği aşağıdaki kararında, kişinin uygunsuz fotoğraflarının ailesine gönderilmesine yönelik tehdidi haklı olarak bu kapsamda değerlendirmiştir : "Hediye D.'yi sırtışık hareketleriyle rahatsız eden yakınına caydırmak için darp edip, uygunsuz pozisyonlarda

na zarar vermeyecek nitelikte olan hususların açıklanacağı tehdidiyle yarar sağlamak, şantaj suçuna vücut vermez. Örneğin ünlü bir kişiye, bir miktar parayı vermediği takdirde, cep telefonu numarasının internetten ilan edileceğini söylemek, kişinin şeref veya saygınlığını rencide etmeyeceği için şantaj suçuna vücut vermeyecektir. Benzer şekilde bir miktar para verilmemesi halinde, her hafta sonu eşinden gizli futbol maçına giden kocayı bunu eşine söylemekle tehdit etmek de şantaj suçuna vücut vermez.¹⁰⁰ Buna karşın, eşini aldatan kocanın, belli bir miktar para vermemesi halinde bu hususun açıklanmasıyla tehdit edilmesi şantaj suçunun tipik bir örneğidir.

Şantaj suçuna vücut verebilecek seçimlik hareketler şeref veya saygınlığa zarar verebilecek bir hususu açıklamak veya isnat etmektir. Dolayısıyla bir hususu açıklamak seçimlik hareketi bakımından, açıklanacak hususun olup bitmiş, geçmişte kalmış gerçek bir olay olması zorunludur.¹⁰¹ Suçun oluşumu açısından mağdurun içerisinde bulunduğu duruma düşmesinde failin katkısı olup olmadığı önem taşımaz.¹⁰² Bu nedenle mağdurun gayri meşru bir zeminde bulunması ve failin bu durumdan yararlanarak mağduru tehdit etmesi halinde dahi şantaj suçu oluşur.¹⁰³

Açıklanan hususların bilinmeyen hususlar olması gerekir. Bilinen hususların açıklanması şantaj suçuna vücut vermez. Zira herkes tarafından bilinen olayların, kamuoyu önünde tekrar edilmesi mağdurun irade özgürlüğünü kısıtlamaz ve onu bunların öğrenileceği yönünde bir endişeye sevk etmez. Öte yandan az bilinen veya unutulmaya yüz tutmuş bir olayın açıklanması bunların yeniden hatırlanmasına ya da ortaya çıkmasına yol açar. Nitekim Fransız yargı organları az bilinen

resimlerini çekerek onaylanmayan hareketlerinden vazgeçmemesi halinde bu resimlerinin ailesine yollanıp, duvarlarda afişe edileceğini belirten sanıkların eylemleri TCK'nın 192/1. maddesi kapsamında kaldığı halde, aynı kanun 188/3. maddesiyle uygulama yapılması (...) bozmayı gerektirmiş (...)". Y. 6. CD, E. 2001/15859, K. 2002/341, T. 22.1.2002. (KBİBB, SGT: 09.01.2009)

¹⁰⁰ Örnek için bkz. Meran, s. 308.

¹⁰¹ Üzülmöz, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 147.

¹⁰² Koca, *"Yağma Suçunun Kimi Suçlardan Ayrımı"*, s. 1491.

¹⁰³ Y. 5. CD, E. 1997/5112, K. 1999/811, T. 10.03.1999. Karar için bkz. Haydar Erol: *İç-tihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 1999, s. 400. Karar 765 sayılı TCK döneminde verildiği için tehdit ile menfaat sağlama suçundan hüküm kurulmuştur.

ya da şüpheli olan olayların, isnattan önce bir söylentiden ibaretken, isnadın ardından kesin vakıalar haline geldiği gerekçesiyle, bu nitelikteki fiillerin de şantaj suçuna vücut verebileceğini kabul etmiştir.¹⁰⁴

Hükümde yer alan diğer seçimlik hareket olan isnat etmek, dayandırmak, kara çalmak, iftira etmek anlamına gelmektedir.¹⁰⁵ Dolayısıyla gerçek olan hususlar bakımından açıklama seçimlik hareketi, uydurma olan hususlar bakımından ise isnat etme seçimlik hareketi söz konusu olacaktır.¹⁰⁶ İsnat edilen hususların uydurma fakat gerçekliğine inanılabilir olması gerekir.¹⁰⁷ Her ne kadar madde metninde böyle bir açıklık yer almamaktaysa da, uydurma olduğu açıkça anlaşılan isnatların mağdurun şeref veya saygınlığını tehlikeye düşürmesi muhtemel dahi olmadığından, hükmün bu şekilde anlaşılmasının amacına daha uygun olduğu düşüncesindeyiz.

Hükümde açıklama veya isnadın ne şekilde yapılacağına ilişkin bir belirleme yer almadığından, açıklamanın ne şekilde yapıldığının suçun oluşumuna bir etkisi yoktur.

Mağdurdan elde edilmek istenen yararın hukuka aykırı olması şart değildir. Bir iş adamına bir hayır kurumuna bağışta bulunması karşılığında, şeref ve saygınlığına zarar verecek haberleri yayınlanmayacağını ifade eden gazetecinin¹⁰⁸ veya hakkı olan parayı vermezse doğru olsun veya olmasın, karşısındakinin eş cinsel olduğunu açıklayacağını ifade eden kişinin davranışı bu duruma örnek olarak verilebilir.

İsnat edileceği bildirilen olayın mağduru doğrudan ilgilendirmesinin gerekmediği yönündeki açıklamalar, suçun mağduru bölümünde yapıldığından, bu hususa ayrıca değinilmesi gerekli görülmemiştir.

Fransız hukukunda bu suç tipinin uygulamada en çok karşılaşılan örneği, kişinin sabıkalı geçmişini, kamuoyu ya da bu bilgiyi öğrenme-

¹⁰⁴ Pradel / Danti Juan, s. 654.

¹⁰⁵ TDK, *Türkçe Sözlük*, C. I, İstanbul 1992, s. 719.

¹⁰⁶ Aynı görüşte bkz. Üzülmez, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 146 ve 147.

¹⁰⁷ Rassat, s. 211; Pradel / Danti Juan, s. 654.

¹⁰⁸ Soyaslan, s. 216

si şantaj mağdurunun menfaatini etkileyebilecek kişiler önünde açıklamamak için para istemektir.¹⁰⁹

B. MANEVİ UNSUR

Öğretide 107. maddenin birinci fıkrasında yer alan fiil ile ikinci fıkrada düzenlenen fiilin genel kastla mı yoksa özel kastla mı işleneceği yönünde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bu nedenle maddi unsurda olduğu gibi, manevi unsuru incelerken de her iki fıkrayı ayrı ayrı ele almak daha uygun olacaktır.

1. Suçun 107/1. Maddede Yer Alan Şekli Bakımından

Suçun işlenmesi için genel kast yeterlidir.¹¹⁰ Bilindiği üzere genel kast kanununun maddi fiilin bilinçli ve iradi olmasını kabul ettiği, suçun varlığı bakımından faili harekete geçiren amacın önem taşımadığı hallerde söz konusu olmaktadır.¹¹¹ Nitekim 107/1. maddede düzenlenen şantaj suçunda fail, hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle, mağduru kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya, yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlamaktadır. Kanunda yer alan ifadeden, bu suçun gerçekleşip gerçekleşmemesinde failin güttüğü amaca önem verilmediği anlaşılmaktadır.

Öğretide failin yalnızca hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağını ya da yapmayacağını ifade etmesinin yeterli olmadığı, bunun yanında mutlaka belirli bir gayeyle yani özel kastla hareket etmesi gerektiği görüşü de ileri sürülmektedir.¹¹² Kanımızca bu görüşün gaye olarak nitelendirdiği kanuna aykırı bir şeyi yaptıрма, yaptırmama veya haksız menfaat etme hususları, bizzat suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla suçun işlenmesi için özel kastın

¹⁰⁹ Rassat, s. 210.

¹¹⁰ Meran, s. 308; Ali Parlar / Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. II, Ankara 2008, s. 1774; Şen, s. 430.

¹¹¹ Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 188.

¹¹² Üzülmöz, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 152; Özbek, s. 705.

gerekli olduğu yönündeki görüşe katılmamakta ve genel kastı yeterli görmekteyiz.

2. Suçun 107/2. Maddede Yer Alan Şekli Bakımından

107/2. maddede yer alan suçun gerçekleşebilmesi için failin “*yarar sağlamak maksadıyla*” yani özel kastla hareket etmesi gerekir.¹¹³ Bilindiği üzere özel kast işlenen fiilin bilinçli ve iradi olmasından başka, kanunda failin özel amaçla hareket etmesinin arandığı hallerde söz konusu olmaktadır.¹¹⁴ Bu hallerde failin amacı tipik maddi fiile değil, manevi unsura dâhil olduğundan, suçun tamamlanması için amacın gerçekleşmiş olması şart değildir.¹¹⁵ Nitekim şantaj suçunda da, suçun gerçekleşmesi için kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanması veya isnat edilmesi yeterli olup, elde edilmek istenen yararın gerçekleşip gerçekleşmediği önem taşımamaktadır.

Bu suç bakımından özel kast olarak nitelendirilen “*yarar sağlama maksadı tespit edilemediği takdirde, genel kastla işlenebilen bir suç olan tehdit suçu*” gündeme gelecektir.¹¹⁶

VI. SUÇA ETKİ EDEN NEDEN

765 sayılı TCK'nın 192. maddesinde yer alan tehdit ile menfaat sağlama suçunda, talep edilen menfaatin elde edilmesi bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmekteydi. 5237 sayılı TCK bakımından ise çıkarın elde edilip edilmemesi herhangi bir önem taşımamaktadır. Dolayısıyla suça etki eden herhangi bir neden bulunmamaktadır.

Fransız Ceza Kanunu'nun 312-12 maddesinde yapılan yollama sonucunda 311-12. maddede hırsızlık suçu için düzenlenen şahsi ceza-

¹¹³ Meran, s. 308; Parlar / Hatipoğlu: *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. II, s. 1774; Şen: s. 432; Tezcan / Erdem / Önok, s. 342; Üzülmöz, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 154; Özbek, s. 705.

¹¹⁴ Bkz. Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 188; Zeki Hafızoğulları / Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, 2. Baskı, Ankara, U -SA, 2010, s. 2.

¹¹⁵ Bkz. Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 189.

¹¹⁶ Şen: s. 433.

sızlık sebebinin şantaj suçu bakımından da uygulanması mümkün olmaktadır. Buna göre şantaj suçunun üst soy veya alt soy ya da haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin aleyhine işlenmesi halinde kovuşturma yapılmamaktadır. Malvarlığına karşı suçlara ilişkin benzer bir hüküm TCK'nın 167. maddesinde de yer almaktadır. Fakat Türk Hukukunda şantaj suçu özgürlüğe karşı suçlar arasında düzenlendiğinden, söz konusu şahsi cezasızlık sebebinin, şantaj suçu bakımından uygulanması elbette mümkün değildir.

VII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS VE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Şantaj bir tehlike suçu olduğu için kural olarak teşebbüse elverişli değildir. Fakat tüm tehlike suçlarında olduğu gibi, icra hareketlerinin parçalara bölünebildiği hallerde, suça teşebbüs mümkün olabilir.¹¹⁷ Bu noktada Fransız Ceza Kanunu'nun 312-12. maddesi uyarınca şantaja teşebbüsün, tamamlanmış suç gibi cezalandırıldığını belirtmeyi gerekli görüyoruz.

Benzer şekilde ancak icra hareketinin parçalara bölünebildiği hallerde gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir. Failin mağdurun posta kutusundan, şantaj içerikli mektubu geri alması bu duruma örnek olarak verilebilir. Suç bir tehlike suçu olduğundan ve bir sonucu olmadığından, failin sonucun gerçekleşmesini önleyerek gönüllü vazgeçme hükümlerinden yaralanması mümkün değildir.

Yukarıda da belirtildiği üzere şantaj bir tehlike suçu olduğundan, suçun tamamlanması için failin amacına ulaşmış olması gerekmez. Mağdurun irade özgürlüğünü etkilemeye yönelik hareketlerin gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanmaktadır.

B. İŞTİRAK

Suç iştirak bakımından herhangi bir özellik göstermemektedir.

¹¹⁷ Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 270; Centel / Zafer / Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 455. Aksi görüş için bkz. Şen, s. 430.

C. İÇTİMA

Şantaj suçuna vücut veren fiiller bir kerede gerçekleşebileceği gibi, tekrarlanan davranışlar şeklinde de ortaya çıkabilir.¹¹⁸ Bu durumda şantaj teşkil eden birden fazla davranış gerçekleşse dahi, bunlar arasına uzun bir zaman aralığı girmediği ve tüm davranışların aynı amaca yöneldiği anlaşılan hallerde tek bir şantaj suçunun oluştuğuna hükmedilmelidir.¹¹⁹ Nitekim pek çok suç tipi bakımından Yargıtay da aynı görüştedir.¹²⁰ Araya zaman aralığı giren hallerde ise, suçun bir suç işleme kararının kapsamında işlendiği takdirde, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.¹²¹

Suç çeşitli seçimlik hareketlerden oluşmaktadır. Bunlardan birkaç tanesi birlikte gerçekleşse dahi, tek bir şantaj suçu söz konusu olur.¹²²

Failin birden fazla kişiye yönelik olarak tek bir davranışla şantaj suçunu işlemesi halinde, 43/2. madde uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün olacaktır. Bu duruma failin, cinsel ilişkiye girerken görüntülerini kayda aldığı karı-kocaya yönelik olarak şantaj suçunu işlemesi örnek olarak gösterilebilir.

Failin farklı fiilleriyle, farklı suçlar tarafından korunan hukuki değerlere yönelik ihlaller gerçekleştirmesi halinde, her iki suçun da oluştuğu kabul edilmeli ve cezalar içtima ettirilmelidir. Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 765 sayılı TCK döneminde gerçekleşen bir olayda “failin, mağdurun fotoğraflarının bir kısım kişiler tarafından teşhir edileceğini içeren mektup yazarak şantajda bulduktan sonra, isimsiz ve imzasız öldürme teh-

¹¹⁸ Larquier / Conte, s. 95.

¹¹⁹ Suçun sayısını belirleme konusunda uygulanan ölçütler ve sırf davranış suçları bakımından benimsediğimiz “normun ihlali” ölçütü hakkında daha fazla bilgi için bkz. Kayıhan İcel: *Suçların İçtimaı*, İstanbul 1972, s. 41. Aynı görüşte bkz. Türkan Yalçın Sancar: *Müteselsil Suç*, Ankara, Seçkin, 1995, s. 28-30.

¹²⁰ Şantaj suçu dışında başka suç tiplerine ilişkin çeşitli kararlar için bkz. Centel / Zafer / Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 430.

¹²¹ “Sanık Duygun’un, aralarındaki ilişkiyi ailesine bildireceği tehdidiyle birçok defa para alması biçiminde oluşan eyleminin de zincirleme şantaj suçunu oluşturduğu gözetilmemesi”. Yargıtay 4. C.D, E/K: 951/478, T. 30.01.2007. Karar için bkz. Parlar / Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. II, s. 1776.

¹²² Ali Parlar / Muzaffer Hatipoğlu, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara 2007, s. 891.

didi içeren mektuplar da yazıp kendisini aracı gibi göstererek yaptığı telefon konuşmalarında da tehditlerin ciddi olduğuna yakınanları inandırarak üç defa para almak biçiminde oluşan eyleminin 192. maddede düzenlenen korutarak yararlanma değil, 498. maddede düzenlenen yağma suçunu oluşturduğuna” hükmetmiştir.¹²³ 765 sayılı Kanun döneminde yağma suçunu düzenleyen 498. madde hem hayat hem de ırza yönelik tehditleri kapsamına aldığından, Yargıtay’ın ulaştığı çözümün yerinde olduğu söylenebilir. Buna karşın 5237 sayılı TCK bakımından olayın hukuki nitelendirmesi 107/2. maddede yer alan şantaj ve yağma suçlarının birlikte olduğu şeklinde olmalıdır. Çünkü şeref veya saygınlığa yönelik olan saldırı ile yaşam hakkına yönelik saldırı birbirinden bağımsız iki farklı suç tipi tarafından korunmaktadır.

VIII. YAPTIRIM

Suçun cezası hem birinci hem de ikinci fıkra için bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır. Hükümde adli pazar cezasının alt sınıra gösterilmemiştir. Öyleyse adli para cezasının alt sınırı TCK’nın 52. maddesi uyarınca beş gündür.

IX. DİĞER SUÇLARLA İLİŞKİSİ

A. TEHDİT

TCK’nın 106. maddesinde düzenlenen tehdit suçunda; *“hayat, vücut bütünlüğü veya cinsel dokunulmazlığa yönelik bir saldırıda bulunulacağı, malvarlığı itibariyle büyük bir zarar verileceği veya sair bir kötülük edeceğinin ifade edilmesi”* söz konusudur. Oysa şantaj suçunda birinci fıkraya bakımından hak veya yükümlülük sahibi olan failin mağduru karnuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya zorlaması veya ondan haksız çıkar talep etmesi, ikinci fıkrada ise şeref veya saygınlığa yönelik hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidiyle mağduru faili veya üçüncü bir kişiye çıkar sağlamaya zorlanması söz konusudur. Öyleyse şantaj, konusu belli olan türde bir tehditle işlenebi-

¹²³ Y. 6. CD, E. 2003/4728, K. 2003/7058, T. 14.10.2003 (KBİBB, SGT: 09.01.2009).

len bir suçtur¹²⁴ ve tehdit suçuna göre özel bir hüküm niteliğindedir.¹²⁵ Kanunda şantaj suçuna ilişkin özel bir düzenleme olmasaydı, aynı fiiller, tehdit suçunun hafifletilmiş şeklinin maddi unsurunda yer alan “*sair kötülük*” teşkil edecek ve 106. maddeye göre cezalandırılacaktı. Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere, 5237 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihiyle hükme ikinci fıkrayı ilave eden 5377 sayılı Kanun’un 8 Temmuz 2005 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmesi arasında geçen süre içerisinde işlenen suçlar bakımından durum tam olarak budur. Bu nedenle 5377 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihe kadar işlenen ve bugün 107/2. madde kapsamına giren şantaj suçları bakımından, tehdit suçunun hafifletilmiş şeklinden ceza verilmesi gerektiği gözden kaçırılmamalı ayrıca 765 sayılı Kanun döneminde işlenen suçlara ilişkin olarak lehe olan yasa tespit edilirken bu husus yine dikkate alınmalıdır.

Bu noktada tehdit suçuyla şantaj suçunun 107/2.maddede düzenlenen şeklinin birbirinde ayıran bir diğer unsurun “*yarar sağlamak maksadı*” olduğunun altını çizmek istiyoruz. Örneğin kişiyi yarar sağlama amacı olmaksızın “*şerefine dokunan bir haberi başkalarına duyurmakla tehdit etmek*” tehdit suçuna vücut verirken,¹²⁶ aynı fiili yarar sağlamak amacıyla işlemek 107/2. maddede düzenlenen şantaj suçuna vücut vermektedir.

İki suç arasındaki diğer bir fark tehdidin amaç veya araç olarak kullanılması bakımından ortaya çıkmaktadır. Tehdit suçunda amaç tehdit iken, şantaj suçunda tehdit araç olarak kullanılmaktadır.¹²⁷

Son olarak belirtmek gerekir ki tehdit suçunda yapılan fiiller hukuka aykırıyken, şantaj suçunda hukuka aykırı olmayan fiiller öne sürülerek de mağdurun zor duruma düşürülmesi mümkündür.¹²⁸ Failin, gerçekten eş cinsel olan fakat bunu saklayan mağduru bu durumu açıklamakla tehdit etmesi, bu duruma örnek olarak verilebilir.

¹²⁴ Rassat, s. 210; Üzülmmez, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 135.

¹²⁵ Hafızoğulları / Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 171.

¹²⁶ Hafızoğulları / Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 166.

¹²⁷ Erem, “*Tehdit ve Cebir Kullanma Suçu*”, s. 875.

¹²⁸ Üzülmmez, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 134 ve 136.

B. CEBİR

Cebir suçu TCK'nın 108. maddesinde düzenlenmiştir. Hem cebir hem de 107/1. maddede şantaj suçunda mağdurun irade özgürlüğü ihlal edilerek bir şeyi yapmaya ya da yapmamaya zorlanması söz konusu olmaktadır. Öte yandan iki suç tipi kullanılan araçlar bakımında birbirinden ayrılmaktadır. Cebir suçunda yukarıda da belirtildiği üzere fiziki zorlama kullanılırken¹²⁹, şantaj suçu tehdit yoluyla işlenmektedir.

C. YAĞMA

Mala karşı suçlardan biri olan yağma suçu, TCK'nın 148. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Yağma da şantaj gibi çok hukuki konulu bir suçtur.¹³⁰

Yağmayla şantaj, kullanılan araçlar¹³¹ ve korunan hukuki değerler¹³² bakımından birbirinden ayrılmaktadır. 107/1. maddede yer alan şantaj suçuyla yağma suçunun maddi unsurlarının kesişmesine imkân yoktur. 107/2. maddede yer alan şantaj suçu ise tehdidin konusu bakımından yağma suçundan ayrılmaktadır. Şantaj suçunda şeref veya saygınlığa yönelik hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidi söz konusuyken; yağma suçunda hayat, vücut veya cinsel dokunulmazlığa yönelik bir saldırı ya da malvarlığına yönelik bir saldırı tehdidi söz konusudur.¹³³ Dolayısıyla ünlü bir kişiye belirli bir miktar para vermediği takdirde, kendisine ya da yakınlarına zarar verileceğini ifa-

¹²⁹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 204.

¹³⁰ Tezcan / Erdem / Önok, s. 550; Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s. 145.

¹³¹ Veron, s. 266; Pradel / Danti Juan, s. 655.

¹³² Üzülmöz, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 137.

¹³³ Şantaj ve yağma suçlarının hangisinin hangi hukuksal değerleri koruyacağına ilişkin ayrımın 1988 yılında 192. maddede yapılan değişikliklerle tam olarak yapılmamış olması, uygulamada ciddi haksızlıklara yol açmıştır. 192. maddenin ilk halinde yalnızca "Bir kimsenin namusunu ihlal edecek veya itibarını kırarak bir maddeyi matbuat vasıtasıyla ifşa eylemek yahut bu yolda isnatta bulunmak tehdidi" bu maddenin kapsamına giriyordu. Aynı davranışın kişilere doğrudan bildirmek şeklinde işlenmesi halinde ise yağma suçunun gerçekleştiği kabul ediliyordu. Dolayısıyla namus veya itibara zarar verecek hususları herkese basın yoluyla duyurmak, birkaç kişiye duyurmaktan kat kat az cezayı gerektiriyordu. Konuya ilişkin olarak bkz. YCGK, E.1986/6-145, K. 1986/192, T. 12.05.1986. (KBİBB, SGT: 09.01.2009)

de etmek şantaj suçuna değil, yağma suçuna vücut verir.¹³⁴ Benzer şekilde, uçaktaki bir yolcunun kendisine belli bir miktar para verilmezse, üzerindeki bombayı patlatacağını ifade etmesi de yağma suçu teşkil eder.¹³⁵ Basında genellikle şantaj olarak adlandırılmasına karşın bir kişiyi kaçıırıp, ona zarar vermeden geri verme karşılığında fidye istenmesi de yağma ve kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçlarına vücut verir.¹³⁶

765 sayılı TCK döneminde failin, uydurduğu bir olaya dayanarak mağdurdan menfaat sağlamaya çalışması yağma suçuna vücut vermekteydi.¹³⁷ 5237 sayılı TCK bakımından aynı fiil 107/2. madde düzenlenen şantaj suçunun “şeref veya saygınlığa zarar verecek nitelikte hususları isnat etme” hipotezini teşkil etmektedir. Öğretide 5237 sayılı TCK’da yağma suçuyla korunan hukuki değerlerin sayma yoluyla belirlenmesinden dolayı, bu fiilin şantaj suçu kapsamında düzenlenmesi zorunluluğu doğduğu oysa yağma suçu kapsamında bırakılmasının daha uygun olabileceği ifade edilmektedir.¹³⁸ Söz konusu tespit doğru olmasına karşın ulaşılan sonuca katılmamaktayız. Çünkü failin şeref veya saygınlığa zarar vermesindeki kötülükle, yağma suçuyla korunan değerlere zarar vermesindeki kötülük eş değerde değildir. Öte yandan isnatta bulunan yani uydurduğu bir hususu açıklayarak iftira eden failin kötülüğü daha fazla olduğundan, şeref veya saygınlığa zarar verebilecek nitelikte hususların isnat edilmesi halinde, bu hususların açıklanmasından daha ağır ceza verileceği yönünde bir düzenleme yapılması daha uygun olacaktır. Yargıtay 765 sayılı TCK’nın 192. maddesinde 3445 sayılı Kanun’la değişiklik yapılmasından önce, bu fiillerin yağma suçunun oluştuğuna hükmetmekteydi.¹³⁹ Dolayısıyla eğer 107/2. maddede yer alan şantaj suçuna ilişkin düzenleme olmasaydı, bu fiiller bakımından 148/1. maddede yer alan yağma suçunun “malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek bir malın teslimine zorlamak” hipotezinin uygulanması gerekecekti.

¹³⁴ Pradel / Danti Juan, s. 655; Larquier / Conte, s. 97.

¹³⁵ Larquier / Conte, s. 97.

¹³⁶ Özbek, 704.

¹³⁷ Koca, “Yağma Suçunun Kimi Suçlardan Ayrımı”, s. 1493 ve 1494.

¹³⁸ Üzülmöz, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s. 137.

¹³⁹ Koca, “Yağma Suçunun Kimi Suçlardan Ayrımı”, s. 1492.

765 sayılı TCK döneminde gerçekleşen başka bir olayda Yargıtay, “evli olmayan mağdurların seviştiklerini anne ve babalarına söyleme tehdidi” karşılığında para ve ziynet eşyalarının alan failin yağma suçunu değil, şantaj suçunu (765 sayılı TCK dönemindeki tehdit ile menfaat sağlama suçu) oluşturduğuna yerinde olarak karar vermiştir.¹⁴⁰

Yağma suçunun hafifletici nedenlerin birinin düzenlendiği 150/1. maddede kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması halinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı ifade edilmektedir. 107/1. maddede yer alan hipotezlerden birisiyse bir hakkı olan faili bir şeyi yapacağından bahisle kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeye mağduru zorlamaktır. Borç ödemek borçlunun bir yükümlüğü ve kanuna uygun bir husus olduğundan iki hükmün uygulama alanı tamamen farklıdır.

Yağma suçuyla şantaj suçuna ilişkin olarak değinmek istediğimiz son husus Fransız Ceza Hukuku’nda yağma, şantaj ve mala karşı işlenen diğer bazı suçlara ilişkin özel tekrür düzenlemesidir. Bu hukuk sisteminde Fransız Ceza Kanunu’nun 132-16. maddesinde yer alan hüküm uyarınca hırsızlık, yağma, şantaj, dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma suçları tekrür bakımından birbirine esas teşkil edilmektedir.

D. RÜŞVET, GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA, İRTİKAP

Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, TCK’nın 250/1. maddesinde düzenlenen icbar suretiyle irtikâp suçundan cezalandırılmaktadır. TCK’nın 257/3. maddesindeyse kamu görevlisinin irtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlanmasının, görevi kötüye kullanma suçuna vücut verdiği ifade edilmektedir. Buna karşın kamu görevlisi, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçeve-

¹⁴⁰ Karar için bkz. Yılmaz Güngör Erdurak: *Türk Ceza Kanunu*, 3. Baskı, Ankara Ocak 1994, s. 338.

sinde bir yarar sağladığı takdirde, 252. madde uyarınca rüşvet suçundan cezalandırılmaktadır.

Bu başlık altında sayılan üç suç tipinin ve 107/1. maddede düzenlenen şantaj suçunun maddi unsurlarının aynı olayda gerçekleşmesi mümkündür. Bu suçların ayrıldığı nokta ise rüşvet, irtikâp ve görevi kötüye kullanma suçlarında fail, görevi başındaki bir kamu görevlisi olmasına karşın, şantaj suçun failinin herhangi bir kişi olmasıdır.

Anlatılanları örnekle somutlaştırmak gerekirse, kamu görevlisi olan doktorun hastayı ameliyat etmek için para istemesi halinde görevi kötüye kullanma, para istemenin mağduru icbar edecek düzeye ulaşması halinde irtikâp, polis memurunun kırmızı ışıkta geçen aracın sürücüsünden ceza kesmemek için para alması halinde ise rüşvet suçu söz konusu olmaktadır. Her üç olayda da kamu görevlisi kamu görevini yerine getirme yükümlülüğü altındadır fakat görevini yerine getirmek veya getirmemek için haksız çıkar sağlamaktadır. Oysa fail herhangi bir hakkı veya yükümlülüğü olan fakat kamu görevlisi olmayan ve kamu görevi yerine getirmeyen bir kişi olduğunda, şantaj suçu ortaya çıkmaktadır.

E. DOLANDIRICILIK

TCK'nın 157. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçuyla, şantaj suçunun maddi unsurları birbirinden tamamen farklıdır. Dolandırıcılık suçunda mağdurun hileyle aldatılıp malvarlığı üzerinde yanlış tasarrufa yöneltilmesi söz konusuyken, şantaj suçunda mağdur tehdidin oluşturduğu baskıyla iradesi bu yönde olmadığı halde malvarlığı veya yarar sağlayıcı diğer hakları üzerinde tasarrufta bulunmaya zorlanmaktadır.¹⁴¹

Yukarıda suçun maddi unsuru açıklanırken örneklerle de belirtildiği üzere failin bir hak ya da yükümlülüğü bulunmamasına rağmen, mağduru buna inandırması halinde sağlanmak istenen menfaatin tü-

¹⁴¹ Bkz. Üzülmöz, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 135; Hafızoğulları / Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 173; Üzülmöz, "Şantaj Suçu", s. 178.

rüne ve olayın özelliklerine göre dolandırıcılık suçunun gerçekleşmesi söz konusu olabilir.¹⁴²

F. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL

TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçuyla, 107/2. maddede düzenlenen şantaj suçunun "şeref veya saygınlığa zarar verecek nitelikte hususların açıklanması" hipotezinin sık sık birlikte gerçekleştiği bilinmektedir. Zira şantaj fiillerinin önemli bir kısmında kişilerin cinsel ilişki sırasında çekilmiş ses veya görüntüleri, uygunsuz fotoğrafları vs. kullanılmaktadır. Bilindiği üzere bunları kayda almak 134/1. maddedeki suça, ifşa etmek ise 134/2. maddedeki suça vücut vermektedir. Söz konusu ses veya görüntülerin yayınlanacağı kişiye söylemek ise tehdit veya şantaj suçuna vücut verir. Ses veya görüntüleri çeken kişiyle, bunları ifşa etmekle tehdit eden kişi aynı olsa dahi cezaların içtima ettirilmesi gerekir zira ortada iki ayrı hukuki değeri koruyan iki farklı suç bulunmaktadır. Şantaj suçuna ilişkin olmamakla birlikte, bu görüntüleri çekenle yayınlayan aynı kişi olduğunda da hem 134/1 hem de 134/2. maddelerden ayrı ayrı ceza verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.¹⁴³ Zira burada farklı davranışlar vardır ve Kanunun bir hükmünün aynı davranışla birden fazla ihlal edilmesi söz konusu olmadığından fikri içtima kurallarının uygulanması mümkün değildir.

X. SONUÇ

TCK'nın 107. maddesinde düzenlenen şantaj suçuyla asıl korunan değer irade özgürlüğüdür. Öte yandan bazı hipotezlerde, irade özgürlüğüne ek olarak malvarlığı değerleri de korunmaktadır. Suç, 765 sayılı TCK'nın 188. maddesinde yer alan şartlı tehdit suçuyla 192. maddesinde yer alan tehdit ile menfaat sağlama suçlarının bazı unsurlarından oluşan, dolayısıyla hukukumuz bakımından yeni sayılabilecek bir suç tipidir.

¹⁴² Üzülmüş, *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, s. 145; Özbek, s. 702; Hafızoğulları / Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 173.

¹⁴³ Farklı gerekçeyle aynı görüşte bkz. Tezcan / Erdem / Önok, s. 470.

TCK'nın 107/1. maddesinde suçun haksız çıkar sağlamak amacıyla işlenebileceği bir hipotez yer almaktadır. 107/2. maddede yer alan suç tipi ise yalnızca yarar elde etmek amacıyla elde işlenebilmektedir. Kanımızca her iki maddede de ifade edilen maddi çikardır. Dolayısıyla bu bakımından Kanun'a bir açıklık getirilmesinin ve her iki fıkrada da aynı ifadenin kullanılmasının uygulamada ortaya çıkabilecek karışıklığı önleyeceği düşüncesindeyiz.

Buna ek olarak yapılacak bir Kanun değişikliğiyle 107/1. madde-deki ifade bozukluğunun giderilmesi yerinde olacaktır.

Kanun'un şantaj suçuna ilişkin düzenlemesini genel olarak olumlu bulmaktayız. Öte yandan kanuna ikinci bir fıkra ekleneceğine, hüküm tek fıkra olarak yeniden düzenlenebilir ve sağlanan hukuki koruma daha geniş tutulabilirdi. Örneğin hükmün bu haliyle failin, şeref veya saygınlığına zarar verecek hususları açıklayacağı veya isnat edeceği tehdidiyle bir kimseye kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yaptırmaması veya yükümlü olduğu bir şeyi yaptırmaması şantaj suçun kapsamı dışında kalmaktadır. Mevzuatımızın bugünkü haliyle bu nitelikte bir fiil ancak tehdit suçunun "*sair kötülük etmek*" hipotezi kapsamında değerlendirilebilir. Oysa kişinin irade özgürlüğünün ihlali bakımından söz konusu fiilin, çıkar sağlamaya ilişkin hipotezden farkı yoktur. Yapılacak düzenlemede Fransız Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerinin ve bu hükümde korunan hukuki değerlerin esas alınması düşünülebilir.

KAYNAKLAR

- Adem Sözüer, "Tehdit Suçu", *İÜHFM*, C. 54, 1994, S. 1-4, s. 132.s. 125-146.
- Ahmet Gökçen, "Hürriyete Karşı Suçlar", www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc, s. 7 (SGT: 14.05.2010).
- Ali Parlar / Muzaffer Hatipoğlu, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara 2007.
- Ali Parlar / Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. II, Ankara 2008.

- Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, İstanbul, Beta, 1992.
- Ayhan Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul, Beta, 1994.
- Çetin Arslan / Bahattin Azızağaoğlu, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara Kasım 2004.
- Çetin Özek, "Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Temel Prensipleri", *İÜHFİM*, C. 29, Y. 1964, S. 4, s. 933-995.
- Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Bası, Ankara, Yetkin, 2005.
- Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, Seçkin, 2008.
- Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.
- Faruk Erem, "Tehdit ve Cebir Kullanma Suçu", *AD*, Y. 1952, S. 7, s. 863-879.
- Francisque Goyet, *Précis de droit pénal spécial*, Paris 1945.
- Hasan Tahsin Gökcan, "Nitelikli ve Basit Tehdit Suçu (TCK 191/1, son)", *YD*, C. 24, Ekim 1998, S. 96, s. 605-622.
- Haydar Erol, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu*, Ankara (tarihsiz).
- Haydar Erol, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 1999.
- İlhan Üzülmöz, "Şantaj Suçu (m. 192)", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII, S. 1-2, 173-198.
- İlhan Üzülmöz, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, Ankara, Turhan, 2007 (Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları).
- İsmail Malkoç, *Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara, Malkoç Kitapevi, 2005.
- Jean Larquier / Philippe Conte: *Droit pénal des affaires*, 11^{ème} édition, Paris 2004.
- Jean Pradel / Michel Danti Juan, *Manuel de droit pénal spécial*, Paris 2004.
- Kayihan İçel, *Suçların İçtimalı*, İstanbul 1972.
- Mahmut Koca, *Yağma Cürümleri*, Ankara, Seçkin, 2003.
- Mahmut Koca, "Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı", *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı* içinde, İstanbul 2002, s. 1479-1502.

- Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Turhan, 2006.
- Michel Veron, *Droit pénal spécial*, 11^{ème} édition, Paris 2006.
- Michéle Laure Rassat, *Droit pénal spécial - Infractions des et contre les particuliers*, 5^{ème} édition, Paris 2006.
- Mustafa Güven, "Tehdit Suçunun Objektif Yapısı Üzerine Bir İnceleme", *AD*, 1987, S. 4, s. 64. s. 52-72.
- Necati Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, Seçkin, 2005.
- Nevzat Toroslu / Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Savaş, Ekim 2008.
- Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş, 2009.
- Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara, Savaş, Ekim 2009.
- Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Yenerer Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, C. I, İstanbul, Beta, 2007.
- Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 4. Bası, İstanbul, Beta, 2006.
- Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, İstanbul, Beta, 2007, s. 172.
- Türkan Yalçın Sancar, *Müteselsil Suç*, Ankara, Seçkin, 1995.
- Veli Özer Özbek, *İzmir Şerhi C. II Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 2008.
- Yılmaz Güngör Erdurak, *Türk Ceza Kanunu*, 3. Baskı, Ankara Ocak 1994.
- Yüksel Ersoy, *Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar*, Ankara 1973.
- Zeki Hafızoğulları / Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara, U -SA, 2010.
- Zeki Hafızoğulları / Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Karşı Suçlar*, Ankara, U S-A, 2010.

CEZA MUHAKEMESİNDE ADLİ ARAMA

JUDICIAL SEARCH IN CRIMINAL PROCEDURE LAW

Duygu Çağlar DOĞAN*

Özet: Ceza muhakemesinin temel amacı olan adli yollarla maddi gerçeğe ulaşmada, koruma tedbirleri hassas bir noktada yer alır. Arama da, bir yandan özgürlüklerin teminat altına alınması; diğer yandan suç delillerinin ortaya çıkarılması ikilemindeki yargı organları ve kolluğun sıklıkla uyguladığı bir koruma tedbidir. Bu çalışmada, aramaya ilişkin genel ilkeler ve mevzuatımızın öngördüğü usul incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Arama, koruma tedbiri, adli arama, önleme araması, avukat bürosunda arama.

Abstract: The protection measures remain on a very delicate point in regard to achieve to material reality through legal means which are the main purpose of the criminal procedure. Search is also a protection measure frequently applied by judicial organs and police force which have the dilemma of regarding to safeguard freedoms on one hand and to reveal criminal evidences on the other hand. In this study, general principles and procedure regulated by our laws regarding search have been examined.

Keywords: Search, protection measure, judicial search, preventive search, search at attorney's office.

1. GİRİŞ

Esas itibarıyla “ceza muhakemesinin gayesine erişmesi maksadı ile saklanan sanığın ve delillerin elde edilmesi için bir kimsenin meskeninde, etra-

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı yüksek lisans öğrencisi.

*fi çevorili sair mahallerinde, üzerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemi*¹ olarak tanımlanan arama, başta özel yaşamın gizliliği olmak üzere, konut dokunulmazlığı, vücut bütünlüğü ve kişi özgürlüğü gibi temel insan haklarına müdahale teşkil ettiği için AİHS, Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş bir koruma tedbiridir. Tüm koruma tedbirlerinde olduğu gibi aramada da “*şüpheli*”, “*geciktirilemezlik*”, “*orantılılık*” ve “*görünüştüde haklılık*” ön koşuldur.² CMK m. 116 ve devamında aramaya ilişkin ön şartlara ve işlemin gerçekleştirilmesi sırasındaki önemli usul kurallarına yer verilmiştir. Belirtilen bu hususlar, “*adli arama*” ya ilişkindir. Diğer bir arama çeşidi olan ve bir suçun işlenmesini ya da bir tehlikenin önlenmesini ve anayasal hak ve özgürlüklerin korunmasını amaçlayan “*önleme araması*” ise Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda (PVSK) düzenlenmiştir. Kanun'un 9. maddesine göre, polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hakiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kağıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar. Önleme aramasının nerelerle sınırlı olarak yapılabileceğini yine kanun ayrıntılı biçimde düzenlemiştir. Bunların yanında Adalet ve İçişleri Bakanlıkları tarafından 01.06.2005 tarihinde çıkarılan “*Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği*”³ de, arama bakımından ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir.⁴ Yönetmelik, 5.maddesinde adli aramayı, “*bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde,*

¹ Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 1989, s. 720; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2008, s. 241.

² Hamdi Yaver Aktan, “Kozmik Büroda Arama”, <http://www.cumhuriyet.com.tr/?im=yhs&hn=105170>, (10.05.2010)

³ Bundan sonra “Yönetmelik” olarak anılacaktır.

⁴ Ceza Muhakemesi alanında, yönetmelik olarak çıkarılan kanun harici düzenlemelerin hukuki değerine ilişkin tartışmalara “değerlendirme” başlığında yer verilecektir.

özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemi" olarak tanımlamıştır.

CMK m. 134, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde aramayı ayrıca düzenlediği için bunlar, aramanın özel bir türü; hatta ayrı bir koruma tedbiri olarak nitelendirilmekte ve dolayısıyla çalışmamızda yer almamaktadır. Diğer yandan aramanın amaçlarından biri olan ve başlı başına ayrı bir koruma tedbiri olarak düzenlenen "el koyma" da kapsam dışında tutulmuştur.

Aramanın nitelik itibariyle benzerlik gösteren olay yeri inceleme ve beden muayenesi gibi kavramlardan fakının ortaya konulması, esas çerçevenin çizilmesi bakımından önemlidir. Olay yeri inceleme, suç işlenen yerlerde, sebep ve sonuç ilişkisini ortaya koyacak delillerin aranması, bulunması ve el koyulması için geliştirilmiş bilimsel ve teknik araştırma işlemleri olarak tanımlanmıştır.⁵ Görüldüğü üzere olay yeri inceleme esasen bir arama işlemidir; fakat suç işlenen yere özgü olduğu için ondan daha dar kapsamlıdır. Ayrıca bu işlemlerin uygulanmalarındaki usul de kimi zaman farklılık arz etmektedir. Eğer olay yeri inceleme, herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlarda yapılacaksa herhangi bir merciin emir veya kararına ihtiyaç duyulmamaktadır.⁶ Bunun dışında kalan yerler bakımından ise adli aramada olduğu gibi hakim veya gecikmesinde sakınca olan haller bakımından Cumhuriyet savcısı kararı, Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan haller bakımından ise konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar dışındaki yerler bakımından kolluk amirinin yazılı emri aranmaktadır (Yön. m. 9/2). Beden muayenesi bakımından ise ikilem, vücudun dış yüzeyinde yapılacak araştırmanın üst araması mı yoksa dış beden muayenesi mi sayılacağı noktasında yaşanmaktadır. Üst araması tıbbi bir müdahale olmaksızın ve herhangi bir araç kullanılmadan yapılan bir incelemedir.⁷ Dış beden muayenesi ise, bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanığın vücudunun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle veya elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesidir.⁸

⁵ Yönetmelik m. 9/1.

⁶ Yön. m. 9/1.

⁷ Şemsettin Aksoy, *Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara 2007, s. 113.

⁸ Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 3 ve m. 5.

Bu durumda kişide yapılan aramanın, kişinin o an üzerinde bulunan elbiselerinin aranması ile sınırlı olarak anlaşılması gerekmektedir.⁹ Bu sınırın ötesine geçip tıbbi bir inceleme noktasına gelindiği anda artık aramadan değil; beden muayenesinden söz edilecektir.

Arama koruma tedbiri, daha önce de ifade edildiği üzere, özel yaşamın gizliliği ve konut dokunulmazlığı gibi belli temel haklara ağır müdahalede bulunulmasını gerektirir. Bu yönüyle arama işlemi ile birey menfaati doğrudan zarara uğramaktadır. Tüm koruma tedbirleri gibi arama da, sadece masumiyet karinesi nedeniyle biçimsel olarak suçsuz olan kimselere değil; kimi zaman gerçekten suçsuz olanlara da uygulanabilecek ve ağır ihlallere yol açabilecek niteliktedir. Ancak diğer yandan ceza muhakemesinin de amacına ulaştırılması bakımından devletin üstün bir menfaati bulunmaktadır. Nitekim bütün koruma tedbirleri bu amaca hizmet etmek için öngörülmüş olup çatışan birey-devlet menfaatleri arasında denge kurabilmek ve birey bakımından teminat oluşturmak üzere Anayasalar ve kanunlarca ancak belli şartlara bağlı olarak uygulanabilir kılınmıştır. Anayasa m. 20 özel hayatın gizliliğine ilişkin olup kimsenin, usulüne uygun verilmiş hakim kararı veya gecikmesinde sakında bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri olmadıkça aranamayacağını ve bunun da yalnız maddede sayılan sebeplere dayanılarak yapılabileceğini hükme bağlamıştır. m. 21’de, konut dokunulmazlığını düzenlemiş ve bu hakkın arama yoluyla ihlalinin dayanabileceği sebepler ve izlenecek usul bakımından aynı hususları öngörmüştür. Öte yandan, AİHS de 8.maddesinde özel hayata, aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı gösterilmesi zorunluluğunu düzenlemiştir. Kamu otoritesinin bunlara yönelik müdahalesini meşru kılacak sebepler arasında “suç işlenmesinin önlenmesi” de sayılmış ve bu tedbirlerin ancak “ölçülülük” ve “yasayla öngörülmüş olma” koşulları gerçekleşmişse uygulanabileceği belirtilmiştir. Bu yönden incelendiğinde, CMK m. 116 ve devamında düzenlenen aramaya ilişkin hükümler AİHS’nin 8. maddede belirlediği kriterlere uygundur.

Arama koruma tedbiri, şüpheli veya sanığın yakalanması ve delillerin elde edilmesi şeklindeki iki amaca birden hizmet etmektedir. Bu durumda her ne kadar başlı başına bir koruma tedbiri olsa da; ara-

⁹ Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s. 300.

manın, yakalama ve el koyma tedbirleri bakımından bir “araç” olduğu açıktır. Yani arama başarıyla sonuçlandığında bunu mutlaka yakalama veya el koyma gibi bir başka koruma tedbiri izleyecektir.¹⁰ Aramanın vasıta niteliğinde bir koruma tedbiri olmasından hareketle tutuklama, zorla getirme ve yakalama kararlarının üstü kapalı bir arama kararı olduğu ileri sürülmüş ve yönetmelikte bu görüşe paralel düzenlemeler yapılmıştır. Ancak Danıştay konut, işyeri veya eklentilerinde yapılacak aramalar bakımından bu düşünceye katılmamış ve Yön. m.8/a ve m.30’daki buna ilişkin ifadelerin yürütmesini durdurmuştur.¹¹

2. ARAMANIN ÇEŞİTLERİ

Aramanın çeşitli kriterlere göre sınıflandırılması mümkündür. Amaca göre yapılan ayırım, “önleme araması” ve “adli arama” şeklindedir. Aramanın konusu veya arama yapılan yere göre ise aramayı, “üstte arama”, “konutta arama”, “işyeri veya kişiye ait diğer yerlerde arama”, “eşyada arama” ve CMK’da ayrıca düzenleme konusu yapılan “avukat bürosunda arama” şeklinde beş grupta toplamak mümkündür. Aramanın zamanına göre, “gece yapılan arama” ve “gündüz yapılan arama” da birbirinden ayrılmaktadır. Son olarak aramaya maruz kalan kişiye göre arama, “şüpheli veya sanık üzerinde arama” ve “diğer kişiler üzerinde arama” olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada ana hatlarıyla önleme araması incelenecek, ardından diğer sınıflandırmaları da içerecek şekilde adli arama bahsine ağırlık verilecektir.

A. Önleme Araması

Önleme araması, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması; suç işlenmesinin önlenmesi; taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle belli yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kağıtla-

¹⁰ Özbek, s. 301-303.

¹¹ Danıştay 10. Daire, T. 19.01.2006, E.2005/6392 K.2007/948 sayılı kararı.

rında ve eşyasında yapılan arama işlemi şeklinde tanımlanabilir.¹² Tanıma uygun olarak PVSK m. 9/1’de yer alan “*usulüne göre verilmiş hakim kararı*” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğuna dair itiraz Anayasa Mahkemesi önüne gitmiş ancak, Yüksek Mahkeme talebin reddine karar vermiştir. İtiraz başvurusunda, Anayasa’nın 20. maddesindeki düzenlemenin adli aramalara ilişkin olduğu, önleme aramasının idari işlem niteliğinde olduğundan bahisle hakim kararının aranmasının bunlar bakımından geçerli olmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi ise, 22.02.2006 tarih ve E. 2203/29 K. 2006/24 sayılı kararında, özel yaşamın gizliliğini güvence altına alan 20. maddenin özel yaşama müdahale teşkil eden tüm arama türleri bakımından geçerli olduğunu ve önleme araması bakımından hakim kararı güvencesinin istisna tutulamayacağını belirterek oybirliği ile ret kararı vermiştir.

PVSK m. 9 ve Yön. m. 19’a göre önleme araması aşağıdaki yerlerde yapılabilir:

a. 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yer veya yakın çevresi,

b. Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresi,

c. Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerler,

ç. Eğitim ve öğretim özgürlüğünün sağlanması için her derecede eğitim ve öğretim kurumlarının ve üniversite binaları ve ekleri içerisi, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkış yerleri,¹³

d. Umumî veya umuma açık yerler,

e. Her türlü toplu taşıma araçları, seyreden taşıtlar,

f. Yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışları,

¹² Özbek, s. 307.

¹³ Ancak üniversitelere girilebilmesi için kurumun imkanlarıyla önlenmesi mümkün görülmeyen olayların çıkması olasılığı karşısında rektör, acele hallerde de dekan veya bağlı kuruluş yetkililerinin kolluktan yardım istemeleri gerekmektedir. (PVSK m.20/A)

g. 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile eklentilerinde,

h. 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 6. maddesi kapsamında gerçekleştirilen spor müsabakalarıyla ilgili olarak, müsabakaların yapılacağı spor alanlarının çevresi, stadyum veya spor salonu girişleri ile turnike girişleri,

i. 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 20. maddesi kapsamında, dernekler veya eklentileri.

Görüldüğü üzere kanun ve yönetmelik, önleme araması yapılabilecek yerleri tahdidi şekilde sayma yoluna gitmiştir. Ancak çizilen bu çerçevenin dar olduğu söylenemez. Nitekim yukarıda sayılan haller yorum yoluyla genişletilip yeni durumlara uyarlanmaya müsaittir.¹⁴ Buna karşılık konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz. Kural bu olmakla birlikte, PVSK m. 20'ye göre toplum için veya kişiler bakımından mevcut bulunan hayati bir tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağruları üzerine kolluk görevlileri eve girebilir. Sayılan bu istisna dışında, hakim kararıyla dahi konutta, yerleşim yerinde, kamuya açık olmayan özel işyerleri ve eklentilerinde önleme amaçlı arama yapılamaz.¹⁵

Önleme araması yapmak isteyen kolluk, arama için makul sebeplerin oluştuğunu gerekçeleriyle birlikte gösterdiği, aramanın yapılmasını önerdiği yer ve zamanı da içeren talep yazısını, aramanın yapılacağı yer mülki amirine yazılı olarak iletir. Mülki amir de talebi uygun bulursa hakimden arama kararı talep eder. Ancak gecikmesinde sakında olan hallerde mülki amir, arama emrini yazılı olarak kendisi verir.¹⁶ Gecikmesinde sakınca olan hallerin neler olduğunu yönetmelik tanımlamıştır. Buna göre önleme aramaları bakımından, derhal işlem yapılmadığı takdirde milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık

¹⁴ Aksoy, s. 46.

¹⁵ Aksoy, s. 50.

¹⁶ Arama talep, emir ve kararında yer verilmesi gereken hususlar Yön. m. 20/3'te sayılmıştır. Buna göre aramanın sebebi, konusu ve kapsamı, yapılacağı yer, geçerli olacağı süre mutlaka belirtilmelidir.

ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hakimden karar almak için vakit bulunmaması hallerinde gecikmede sakınca vardır (Yön. m. 4). Yönetmelik, 25.maddesinde, hakimın arama kararına veya yetkili merciin arama emrine ihtiyaç duymaksızın kolluğun yapabileceği önleme aramalarının neler olduğu sayılmıştır. Bu sayılanlar dışında kalan, ama gecikmesinde sakınca olan tüm hallerde yine yetkili merciin yazılı emrinin bulunmak zorunda oluşu, acil bazı durumlarda telafisi mümkün olmayan zararlar doğurabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Denmektedir ki, bir canlı bombanın polis tarafından fark edilmesi halinde yazılı emir olmaksızın üstünde arama yapılamayacak; ama daha ağır bir koruma tedbiri olmasına rağmen gecikmesinde sakınca olan hallerde kolluğun yazılı emre ihtiyaç duymadan yapabildiği “yakalama”yı gerçekleştirmesi mümkün olacaktır.¹⁷ Bu eleştiri kabul edilebilir olmakla birlikte, “gecikmesinde sakınca olan hal” gibi pek çok farklı durumun kapsam dahiline sokulması mümkün bir kavramla kolluğun yetki alanının daha belirsiz hale getirilmesi de sakıncalıdır. Kaldı ki, yazılı bir emre ihtiyaç duyulmayan haller (Yön. m. 25) içerisinde sayılan “kanunun muhafaza altına alınmasına olanak verdiği eşyaların bulunması için kişilerin aranabileceği” kuralı da yorum yoluyla genişletilmeye imkan tanımaktadır. Dolayısıyla, canlı bomba örneğindeki gibi durumlar söz konusu olduğunda kolluğun, bu hükümden hareketle hakim kararı veya yazılı emir olmaksızın arama yapma yetkisine sahip olacağı kabul edilebilir.

Öte yandan, umuma açık veya açık olmayan özel işletmelerin, kurumların veya teşebbüslerin girişlerindeki kontroller buraya girmek isteyenlerin rızalarına bağlıdır. Kontrol edilmeyi kabul etmeyenler, bu gibi yerlere giremezler. Bu gibi yerlerde kontrol, esasta özel güvenlik görevlileri tarafından yerine getirilir. Ancak, bu yerlerin ve katılanların taşıyabilecekleri özel niteliklere göre, önleme aramaları kolluk güçleri tarafından da yapılabilir (Yön. m. 25/son).

¹⁷ Her durumda aranan hakim kararı veya yazılı emir şartına yönelik eleştiri için bkz. Yasemin F. Saygılar, “Arama”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, C. 1, s. 632.

Usulüne uygun bir arama kararı veya arama emri verildikten sonra, yetkili amirin aramanın yapılması için kolluk memurlarına vereceği sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu konudaki emirlerin yazılı olarak verilmesi istenemez. Emrin yerine getirilmesinden doğan sorumluluk ise emri verene ait olacaktır (PVSK m. 2). Kanundaki hüküm, Türk Ceza Kanunu m. 24'te düzenlenen amirin emri hukuka uygunluk sebebi ile uyum içindedir. Nitekim emri verenin sorumlu olması için TCK, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellenmesi gereğini ifade etmiş ve PVSK da yetkili amir tarafından verilen emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesine imkan tanımamıştır. Eklemek gerekir ki, konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Bu durumda emri veren de yerine getiren de sorumluluktan kurtulamaz (TCK m. 24/3).

B. Adli Arama

a. Aramada Şüpheler

Yukarıda da tanımlandığı üzere adli arama, bir suçun işlenmesinden sonra söz konusu olan ve şüpheli, sanık ya da hükümlünün yakalanması ve/veya suçun delillerine ulaşılması amacıyla gerçekleştirilen araştırma işlemi olup hukukumuzda CMK tarafından düzenlenmiştir.¹⁸ Mülga CMUK'dan farklı olarak CMK m. 116/1'de aramanın yapılabilmesi için "makul şüpheler" bulunması gereği açıkça ifade edilmiştir. Şüphelerle ilişkin, hukukumuzda basit şüpheler, yeterli şüpheler, kuvvetli şüpheler ve başlangıç şüphesinin yanına yeni bir kavram olarak makul şüpheleri ekleyen CMK, bunun tanımını yapmamıştır. Yönetmelik ise 6.maddesinde kavramın içeriğini doldurmaya çalışmıştır. Hükme göre "makul şüpheler, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphelerdir. Makul şüpheler, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüpheler ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphelerde, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphelerin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını

¹⁸ Özbeke, s. 312.; Kunter, s. 720.; Aksoy, s. 51.; Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara 2009, s. 242.

öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır." Görülüyor ki, şüpheden daha az bir anlama sahip olan ve sübjektif bir yaklaşım içeren umma veya sanma, arama yapılabilmesi için yeterli değildir.¹⁹ Esasen CMK, aramaya maruz kalan kişi bakımından ayrıma gitmiş ve aradığı şüphe derecesini sanık dışında kalan diğer kişilere yönelik aramalarda daha da yoğunlaştırmıştır. m. 117/2' de aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan "*olay*"ların varlığı şart koşulmuştur. Kanun koyucu, özel hayatın dokunulmazlığı ilkesi karşısında suçla ilgisi olmayan kişilerin nezdinde aramayı daha sıkı koşullara tabi kılarak şüpheyi de aşacak ölçüde "*belirlilik*" bulunmasını gerekli görmüştür.²⁰ Ancak bu sınırlama, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir (CMK m. 117/3). Bu istisnai durumda sınırlamanın geçerli olmamasını, m. 116'daki makul şüphenin de aranmayacağı şeklinde anlamamak gerekir. Yani bu hallerde artık "*olay*"ların varlığı aranmayacak, tıpkı şüpheli veya sanığa yönelik aramada olduğu gibi "*makul şüphe*" yeterli görülecektir. Diğer yandan şüpheli veya sanığın izlendiği sırada girdiği yerlerin ne anlama geldiği açık olsa da; "*bulunduğu yer*" kavramının tam olarak neyi karşıladığı belirlenmelidir. Aksi takdirde, sınırlamanın aranmayacağı haller, amacı aşan şekilde genişletilebilir. Bu nedenle doktrinde, "*bulunulan yer*"den "*kısa süreli olarak bulunulan yer*"in anlaşılması gerektiği, diğer bir ifade ile şüpheli ya da sanığın yerleşmek niyetiyle bulunduğu yerlerin kastedilmediği belirtilmiştir.²¹

b. Aramanın Yapılacağı Yer

CMK m. 116 şüpheli veya sanığın üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin veya ona ait diğer yerlerin aranmasından söz etmiştir. İşyeri kavramına dahil olmasına rağmen ayrı düzenleme konusu yapılan avukat bürolarında arama ise, kendisine özgü hassasiyeti nedeniyle farklı usullere tabi tutulmuştur.

¹⁹ Özbek, s. 313-314.

²⁰ Saygılar, s. 633.; Özbek, s. 316.

²¹ Özbek, s. 316-317.

Kişinin üstünde arama yapılması, giydiği elbise içinde veya altında, kişinin doğal vücut boşluklarında tıbbi araç veya yöntemler kullanılmaksızın gözle veya elle inceleme yapılarak delil aranmasıdır.²² Üst araması sırasında önemli olan vücut tamlığına, ar ve haya duygularına saygı gösterilmesidir.²³

Eşyada yapılan arama bakımından ise öncelikle “eşya”nın tanımını yapmak gerekmektedir. Maddi bir varlığa sahip ve delil olabilir nitelikteki her şey eşya olarak aramanın konusunu oluşturabilir. Bununla birlikte, kişinin terk ettiği bir eşya olarak örneğin çöpte delil aranması arama sayılabilecek midir? Bu soru karşısında doktrinde konuya, müdahalenin özel hayatın gizliliğine girilip girilmediği kriterine göre çözüm getirilmiştir. Kapı önündeki çöpe atılan bir pet şişe üzerindeki parmak izi araştırmasının arama sayılmayacağı; ama çöpün örneğin bir otel odasında bulunuyor olması durumunda, henüz sahibinin himayesinden çıkmamış olduğundan cevabın değişebileceği söylenmiştir.²⁴

Konut (mesken), bir kimsenin fiilen oturduğu yer; yani gerçek adresidir. Bu nedenle konutu, ikametgah ile karıştırmamak gerekir. Konut, gerek Türk Ceza Kanunu'nun 116.maddesindeki konut dokunulmazlığını ihlal suçu bakımından ve gerekse konumuz olan arama koruma tedbiri bakımından en geniş anlamıyla kabul edilmelidir.²⁵ O halde, ev, kulübe, çadır, otel odası, yurt odası, karavan, tren vagonu ... vs. konut kavramına dahildir. Ancak boş olan bir evin, terk edilmiş bir köyün²⁶ veya sokaktaki arabanın aranması teknik anlamda arama sayılmamaktadır.²⁷ Bir yerin konut kavramına dahil edilebilmesi için özgüleme (tahsis) iradesinin varlığı gerekir. Bir kimsenin birden fazla

²² Üstte yapılan arama ile beden muayenesi arasındaki farka yukarıda değinilmişti. Bkz. s. 1-2.

²³ Özbek, s. 325.

²⁴ Özbek, s. 325.

²⁵ Saygılar, s. 634.

²⁶ *Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu*, T.C.Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005, s. 525.

²⁷ Serap Keskin Kızıroğlu, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama(Adli Arama)”, *AÜFD*, C:58 S:1, s. 147; Saygılar, s. 634.

konutu varsa, bu yerlerin fiilen yaşamaya tahsil edilmesi ve bunun sürekli bir nitelik göstermesi halinde her biri konut sayılır.²⁸

İşyeri de, konut kavramı gibi geniş yorumlanmalıdır. İşyeri bakımından özellik arz eden arama türü, avukat bürolarında aramadır. CMK m. 130'da ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 58'de özel olarak düzenleme konusu yapılan avukatlık bürolarında yapılan arama, ancak mahkeme kararı ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde ve baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın hazır bulunmasıyla aranabilir. Görülüyor ki, gecikmesinde tehlike bile olsa, arama kararını vermek için savcı yetkili kılınmamıştır. Bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken husus; söz konusu özel düzenlemelerin avukatlık bürosunda yapılan her arama bakımından mı, yoksa avukatın müvekkillerine ilişkin olarak yapılan aramalar bakımından mı geçerli olacaktır. CMK m. 130 ve Avukatlık Kanunu m. 58/1'in koruduğu alanların farklı olduğu şeklindeki görüş, CMK'daki düzenlemenin ister avukatın mesleğiyle ilgili olsun ister mesleki olmayan nedenlerle olsun büroda yapılan her aramayı kapsama aldığı; oysa Avukatlık Kanunu'ndaki korumanın sadece avukatın mesleği gereği maruz kalacağı soruşturmaları kapsadığını, buna ek olarak, konuttaki ve işyerindeki aramaların her ikisi bakımından geçerli olacağını belirtmektedir.²⁹ Diğer yandan, her iki düzenlemenin de salt avukatın müvekkillerine ilişkin olarak yapılacak aramalara özgü olduğunu söyleyen görüş, avukatın kendisinin şüpheli ya da sanık olması durumunda aramaya ilişkin genel hükümlerin uygulanacağını ifade etmektedir.³⁰ Kanımızca, koruma alanlarının farklı olduğu şeklindeki ilk yorum, Avukatlık Kanunu'nun sistematığı gereği kabul edilebilir. Nitekim Avukatlık Kanunu m. 58, avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı yazıhane ve konutlarının daha güvenceli bir usulle aranabileceğini hükme bağlamıştır. Oysa CMK aramanın nedeni olan suçun görevle ilgili olup olmadığı ayırımına gitmemiş ve kapsamı yalnızca bürolar bakımından sınırlan-

²⁸ Özbek, s. 320.

²⁹ Aksoy, s. 115; Recep Gülşen, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Arama", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Nisan Sayısı, No: 3, İstanbul 2005, s. 94; İsmail Malkoç / Mert Yüksektepe, *Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, Ankara 2005, s. 355; Keskin Kızıroğlu, s. 145.

³⁰ Özbek, s. 321.

dırmıştır. Diğer görüş, avukat bürolarında yapılan her aramanın değil; sadece müvekkillere ilişkin olanların özel düzenlemelere konu olduğunu söylemekle koruma alanını olması gerekenden fazla daraltmaktadır. Bu nedenle, avukatın gerek vekil, gerekse şüpheli veya sanık olduğu her durumda bürosunda yapılan aramanın korumadan yararlanacağına kabulü gerekmektedir.³¹ Avukat bürolarında aramaya ilişkin üzerinde durulması gereken diğer husus da, avukatın evinin aynı zamanda bürosu olması halinde hangi usulle aramanın yapılacağıdır. Bu noktada bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Avukatın hem mesken hem de büro olarak kullandığı yerde yapılan arama, onun mesleki faaliyetinden dolayı yapılan suç soruşturmasına veya kovuşturmasına ilişkinse özel düzenlemelere tabi olacak; ancak mesleğinden kaynaklanan suçlar dışında yapılacak soruşturma ve kovuşturmalardaki ev araması, herhangi bir muafiyetten yararlanamayacaktır.

c. Aramanın Zamanı

Kural, aramanın gündüz yapılmasıdır. Bu kuralı, CMK m. 118/1, *"konutta, işyerinde ve diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz."* şeklindeki hükümlerle ifade etmiştir. *"Gece"* kavramını da TCK tanımlamıştır. m. 6/1-e'ye göre gece vakti deyiminden, *"güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve güneşin doğmasından evvele kadar devam eden zaman süresi"* anlaşılır. Ancak aramaya gündüz başlanıp da tamamlanamazsa gece devam edilebilir. Elbette yetkili makamlar burada dürüst işlem ilkesine uygun hareket etmek zorundadırlar.³² Doktrindeki, kişinin rızasının varlığı halinde, bunun tutanakta gösterilmesi şartıyla aramanın gece de yapılabileceği³³ şeklindeki görüş kanımızca tutarlı değildir. Kanunda gösterilen istisnalar dışında, ilgilinin rızası ile koruma tedbirleri bakımından getirilen güvencelerin dolanılması mümkün olmamalıdır.

³¹ Uygulayıcıya yol göstermek üzere hazırlanan eserde, avukat bürosunda yapılacak olan ve özel usule tabi arama için örnek olarak sunulan arama kararında, avukat bizzat adam öldürme suçundan dolayı sanık konusundadır. Bkz. M. Hakan Ünal, *CMK Uygulamaları ve Nöbetçi Hakim El Kitabı*, Ankara 2009, s. 97.

³² Özbek, s. 327.

³³ Özbek, s. 326.

Kanun, aynı maddenin ikinci fıkrasında kuralın istisnalarını düzenlemiştir. Belirtelim ki, 5271 sayılı CMK, 1412 sayılı CMUK'dan farklı olarak, aramanın gündüz yapılması kuralının istisnalarını azaltmıştır. Eski Kanun'daki geceleyin herkesin girip çıkabileceği yerler; mahkumların toplanma, sığınma ve suçtan elde edilen eşyayı saklama yeri; gizli kumar yeri; genelev gibi yerlerde gece-gündüz ayrımı yapılmaksızın arama yapılabilmesini sağlayan ifadeler yeni kanuna alınmamış ve yerinde olarak, sayma yöntemiyle sınırlandırılan üç istisnai duruma yer verilmiştir. Bunlar, suçüstü halleri,³⁴ gecikmesinde sakınca olan durumlar³⁵ ve yakalanmış veya gözaltına alınmış³⁶ olup da firar eden kişi, tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalardır.

d. Aramaya Maruz Kalanlar

Kanun, hakkında arama yapılabilen kimseleri esas itibariyle iki grupta toplamıştır. Bunlar, suç şüphesi altındakiler(şüpheli veya sanık) ve diğer kişilerdir.

Yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evrede suç şüphesi altında bulunan kimse olarak tanımlanan "*şüpheli*" ve hakkında kamu davası açılan kimse ola-

³⁴ CMK m. 2/1-j, "suçüstü" kavramından, 1) işlenmekte olan suçun, 2) henüz işlenmemekte olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suçun, 3) fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suçun anlaşılacağını hükme bağlamıştır.

³⁵ Gecikmesinde sakınca olan hal kavramı yasada tanımlanmamıştır. Yönetmelik ise kavramın içeriğine dair açıklama getirmiştir. Yön. m. 4'e göre, "derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hakimden karar almak için vakit bulunmaması hali" olarak tanımlanan gecikmesinde sakınca olan hal, yazık ki, geniş yorumlara konu olup uygulayıcılar tarafından çoğu zaman kötüye kullanılmaktadır. Hatırlatılmalıdır ki, aynı durumda arama kararı verilebilmesi için hakim kararına da ihtiyaç duyulmamaktadır.

³⁶ Hüküm, özgürlüğü sınırlandırılmış her kişiyi değil; yakalanmış veya gözaltına alınmış tutuklu veya hükümlüyü kapsamına almaktadır. Örneğin, zorla getirilen kişi istisna kapsamında değerlendirilemeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, s. 330.

rak tanımlanan “sanık”³⁷ yönünden arama, kanunun 116. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kişilerin üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin veya ona ait diğer yerlerin aranabilmesi için “makul şüpheli”nin³⁸ varlığı gerekmektedir. Şüpheli veya sanık, daima bir gerçek kişidir. Dolayısıyla tüzel kişiler, şüpheli veya sanık sıfatıyla aranamaz.

CMK m. 117’de düzenlenen üçüncü kişilere yönelik arama ise, makul şüpheyi yeterli görmemekte; aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan “olayların varlığı”nı şart koşturmak suretiyle şüpheden fazlasını aramaktadır. Olayların varlığı, belirli, somut bir delilin bulunacağı; şüpheli, sanık veya suç delillerinin buralarda bulunduğunu gösteren belirtilerin varlığı şeklinde anlaşılmalıdır.³⁹ Ancak bunun istisnası maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, makul şüpheden fazlasını gerektiren somut belirtilerin varlığı şartı, şüpheli veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli olmayacaktır. Söz konusu hükme yönelik eleştiriler yoğunudur. Düzenlemenin yersiz olduğunu, çünkü şüpheli veya sanığın bir yerde bulunduğu kabul edilebilmesi için yine delil gerektiğini, izlendiği sırada bir yere girmesi durumunda ise zaten ortada bir delilin bulunduğunu belirten yazarların⁴⁰ yanında, “izlendiği sırada girdiği yer” kavramını yerinde bulsa da “bulunduğu yer” kavramının belirsizliğine işaret eden yazarlar⁴¹ da bulunmaktadır.

Üzerinde durulması gereken bir husus da, cezai ehliyeti bulunmayan, örneğin kusur yeteneği olmayan kimselerin aranmasında hangi hükme tabi olunacağıdır. Bir görüşe göre, cezai ehliyeti bulunmayan kişiler şüpheli ve sanık olarak kabul edilemeyeceğinden m.117’ye göre, yani “diğer kişi” sıfatıyla aranabilir.⁴² Şüpheli ve sanık kavramlarının kanunun tanımladığı şekliyle anlaşılması gerektiğini, kanunda yer almayan unsurların ilave edilemeyeceğini belirten diğer bir görüş ise, haklarında ceza verilemeyecek olsa bile güvenlik tedbirine hük-

³⁷ “Şüpheli” ve “sanık” kavramlarının tanımı CMK m. 2/1-a ve b’de yapılmıştır.

³⁸ Makul şüpheli kavramının içeriği hakkında bkz. s. 5-6.

³⁹ Toroslu / Feyzioğlu, s. 242.

⁴⁰ Toroslu / Feyzioğlu, s. 242.

⁴¹ Özbek, s. 316-317.

⁴² Özbek, s. 315.

medilebilen bu kimselerin, sırf bu nedenle şüpheli veya sanık olmasını reddetmektedir. Dolayısıyla haklarında yapılacak aramanın m. 116'ya tabi olması gerektiğini ileri sürmektedir.⁴³ Bizce de, cezai ehliyeti olmayan kimselerin ceza muhakemesi safhalarında şüpheli veya sanık şeklinde nitelendirilmeleri gerekmektedir. Kimi durumlarda cezai ehliyetin bulunmadığı, yapılacak yargılama sonrasında anlaşılacaktır ki, bu tespitin öncesinde yapılan işlemler bakımından kişi ya şüpheli ya da sanık sıfatını taşımaktadır. Ayrıca, haklarında güvenlik tedbirine hükmedilebilecek olan bu kimseler bakımından ceza muhakemesi sürecinde izafe edilebilecek ayrı bir statü bulunmamaktadır.

Ceza muhakemesi şartları gerçekleşmemesi ise aramanın yapılmasına engel değildir. Çünkü arama, kovuşturma ve hatta soruşturmadan da önce yapılabilen bir işlemdir. Ancak kovuşturma mümkün değilse tutuklama da söz konusu olamayacağından, böyle bir kimsenin yakalanıp tutuklanması amacıyla arama yapılması mümkün olmamalıdır.⁴⁴

e. Arama Kararı veya Emri

Arama kararını verme yetkisi, kural olarak, hakime aittir (Anayasa m. 20 ve 21, CMK m. 119/1, Yön. m. 7/1). Kolluk, arama kararı alınmasını talep ettiğinde, makul suç şüphelerini belirtilen ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor hazırlayarak Cumhuriyet savcısına başvurmalıdır (Yön. m. 7/1). CMK m. 34'te öngörülen hakim ve mahkemelerin her türlü kararlarının yazılı ve gerekçeli olması kuralına uygun olarak, aramaya ilişkin hakim kararının da yazılı olması gerekmektedir. Örneğin telefonla bilgilendirilen hakimin sözlü olarak arama emri vermesi kanuna uygun değildir.⁴⁵

Arama kararının hakim tarafından verilmesi kuralının istisnası da Anayasa ve CMK'da düzenlenmiştir. Anayasa, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle de arama yapılabilmesine izin vermektedir. Buna paralel olarak CMK'da, gecikmesinde tehlike bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına; ona ulaşamayan hallerde de kolluk amirine yazılı olarak arama emri ver-

⁴³ Şahin, s. 243.

⁴⁴ Kunter, s. 722.

⁴⁵ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Isparta 2006, s. 246.

me yetkisi tanınmıştır (m. 119/1). Maddenin 5353 sayılı Kanun'la değişmeden önceki halinde, kolluk amirine arama kararı verme yetkisi tanınmamıştı.⁴⁶ Kolluk amirinin verdiği yazılı emir ile arama yapılmışsa bunun sonuçları derhal Cumhuriyet savcısına bildirilir (CMK m. 119/1-son cümle). Önemle belirtilmelidir ki, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama kararı verme yetkisi yalnız hakim ve gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısına aittir. Kolluk amirinin, hiçbir durumda, bu sayılan yerlerde arama emri verme yetkisi bulunmamaktadır (CMK m. 119/1, Yön. m. 7). Demek ki, kolluk amiri, gecikmesinde tehlike olan hal ve Cumhuriyet savcısına ulaşamama şartlarının her ikisi gerçekleştiğinde ve ancak kişinin üstü, eşyası ve kamuya açık alanlarla sınırlı olmak üzere arama kararı vermeye yetkilidir.

Arama emrinin Cumhuriyet savcısı tarafından verildiği hallerle ilişkin olarak üzerinde durulması gereken iki husus bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, Cumhuriyet savcısının adli kolluk görevlilerine vereceği emirlerin kural olarak yazılı olması gerektiğini, fakat acele hallerde sözlü olabileceğini düzenleyen CMK m. 161/3 ile "yazılı" arama emrinin istisnasını düzenlemeyen CMK m. 119'un, birbiriyle çelişip çelişmediğidir. m.161/3'te acele hallerde sözlü olarak verilen emirlerin en kısa sürede yazılı olarak da bildirileceği belirtilmiştir. Buradan hareketle, doktrinde ve bunu destekleyen mahkeme kararlarında,⁴⁷ iki

⁴⁶ Bu değişiklik öncesinde, 5271 sayılı CMK m. 119 hakkında, TBMM Adalet Alt Komisyonu, Adalet Komisyonu ve Genel Kurul'da yapılan görüşmeler sırasında, Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde, kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapıp yapılamayacağı hususu yoğun şekilde tartışılmış; muhalefetin baskısı ile komisyonda yapılan oylamada ifade metne alınmamış; ancak madde Genel Kurul'da görüşülmeye başlandığında sanki komisyonda kabul kararı çıkmış gibi kolluk amirine arama emri verme yetkisi tanındığı fark edilmiştir. Bu ilginç durumu, Komisyon başkanı ve Adalet Bakanı, zaman baskısı altında sehven yapılmış bir değişiklik olarak nitelendirmişler ve komisyon başkanı özür dilemiştir. Bunun üzerine kolluk amirine verilen yetkiye ilişkin ifade, metinden tekrar çıkarılmış ve kanun bu haliyle yürürlüğe konmuştur. Nihayet, çok kısa bir süre sonra, 5353 sayılı Kanun'la, başından beri kurulmak istendiği anlaşılan ve arama emri vermek için kolluğu yetkilendiren bu düzen tesis edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, *Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu*, s. 495-524.

⁴⁷ Danıştay 10. D. E.2005/6392 sayılı dosyada verilen kararda, "Cumhuriyet savcısının yazılı emir vermesinin istisnası ise, aynı yasanın 161/3. maddesi uyarınca acele hallerde verilecek olan sözlü emir oluşturmaktadır." ifadesi kullanılmıştır.

hükmün çelişmekten ziyade birbirini tamamladığı, Cumhuriyet savcısı tarafından e-mail, cep telefonu mesajı veya salt sözlü olarak da arama emri vermesinin mümkün olacağı; ancak bu şekilde verilen emirlerin arama sona erinceye kadar yazılı hale dönüştürülmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁴⁸ Böylesi istisnai durumların esas uygulama haline dönüşmesi engellendiği sürece, pratik hayatın ihtiyaçlarına uygun olan bu yorum bizce de yerindedir. Sonuçta Cumhuriyet savcısına ulaşma yolları henüz tüketilmiş değildir ve savcının belirtilen yollarla vereceği bir emrin, kolluk amirinin yazılı emrinden daha teminatlı olduğu şüphesizdir. Tartışılması gereken diğer konu, savcının verdiği yazılı arama emrinin sonradan hakim onayına sunulup sunulmayacağıdır. Belirtelim ki, kolluk amirinin vereceği yazılı emrin derhal Cumhuriyet savcısının bilgisine sunulacağı yönünde bir hüküm, kararın savcı tarafından verildikten sonra hakime bildirilmesi bakımından öngörülmemiştir. Ancak Anayasa konuyu düzenlemiştir. Gerçekten, m. 20 ve m. 21’de gecikmesinde sakınca olan hallerde kanunla yetkilendirilmiş merciin arama emri verebileceği belirtildikten sonra, bu kararın yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunulacağı ifade edilmiştir. Bu hükmeye rağmen CMK’da bir düzenlemenin bulunmaması gerekçesine dayanarak doktrinde kimi yazarların gecikmesinde sakınca olan hallerde savcı tarafından verilen arama kararlarının yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulması gerekmediği şeklindeki görüşlerine katılmak mümkün değildir.⁴⁹

Ülkemizin ceza muhakemesi usulü tarihinde yer alan, istisnai olmasına rağmen adeta esas uygulama halini alan bir müessese, “*muvafakatli arama*”dır. Anayasa’da 2001 yılında yapılan değişiklik öncesinde kişilerin rızasına dayalı olarak, hakim ya da yetkili merci kararı olmaksızın da, ev araması yapılabilmekteydi. Üstelik uygulamada, kişilerin muvafakatleri gerçekten alınmadığı halde bu yönde tutanaklar oluştu-

⁴⁸ Malkoç / Yüksektepe, s. 325.

⁴⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Malkoç – Yüksektepe, s. 325.; Özbek ise, Anayasa m.20 ve m.21’deki “hakim kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar” ifadesinden dolayı bu düzenlemelerin el koyma tedbiri yönünden geçerli olduğunu, CMK’da da özel düzenleme bulunmadığından savcı tarafından verilen arama emrinin sonradan hakim onayına sunulmasına gerek olmadığını; yine de, CMK’daki hükmün Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Özbek, s. 336-337.

rulmaktaydı. Bu durumun ortaya çıkardığı tepki sonucunda, kişilerin rızasına dayalı arama yapılması yasaklandı ve tüm aralamalar için hakim kararı veya kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı arama emrinin bulunması zorunlu hale getirildi. Yapılan bu yetki kısıtlamasına karşı kolluk cephesinden de yoğun tepki gelmiştir.⁵⁰ Yürürlükten kaldırılan Arama Yönetmeliği'nde rızaya dayalı aramaya izin veren hükmün önce yürürlüğünün durdurulması ve ardından iptal edilmesi sonrası başlayan tartışmalar, yeni Arama Yönetmeliği'nde de benzer hükümlerin ihdas edilmesi ile hız kazanmışsa da; sürece nokta koyan Danıştay 10. Dairesi'nin kararı⁵¹ ile Yönetmelik m. 8/f'de yer alan "ilgilinin rızası" ibaresinin yürütülmesi durdurulmuştur. Kararda, Anayasa tarafından korunan ve sınırlama ölçütleri sıkı şekilde kurallara bağlanan özel yaşamın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen rıza müessesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılabilceği vurgulanmıştır. Özellikle ülkemizde kolluğun elde edeceği rızanın serbest iradeye dayanıp dayanmadığı noktasında, geçmişte yaşanan tecrübeler de dayanarak duyulan tereddüt nedeniyle, kanaatimizce muvafakatli arama kurumunun hukuki dayanaktan yoksun bırakılması yerinde olmuştur.

f. Aramanın İcrası

Arama, kolluk görevlileri tarafından yapılır (CMK m. 119/1). Ancak askeri mahallerde yapılacak arama, Cumhuriyet savcısının istem ve katılımıyla yerine getirilir (CMK m. 119/5). Cumhuriyet savcısına, askeri mahal⁵² dışında yapılacak aramalara katılma yetkisi tanınmamış gibi görünse de; iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, savcının aramalara katılımının zorunlu olmadığı, ancak isterse buna yetkisinin olduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki, CMK m. 161/1'de yer alan, Cumhuriyet savcısının doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabileceğine dair hüküm de

⁵⁰ Hasan Hüseyin Çalı, "Polisin Arama Yetkisine Ne Oldu?", <http://www.caginpolisi.com.tr/29/57-58.htm> (16.05.2010).

⁵¹ Danıştay 10.D.E.2005/6392 T. 19.01.2006.

⁵² Savcının katılımının zorunlu olduğu bir diğer arama türü, avukat bürolarında yapılan aramadır. Bkz. s. 7.

bunu doğrulamaktadır. Buna bağlı olarak, aramanın evleviyetle hakim huzurunda da yapılabileceği kabul edilmelidir.⁵³ Ancak uygulamada genellikle arama işlemini kolluk icra etmektedir.

Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur (CMK m. 119/4). Doktrinde bu kişilere “arama tanıkları”⁵⁴ denmektedir. Maddede, “bulundurulur” şeklinde bir zorunluluk ifadesi kullanılmaktadır. Dolayısıyla bu kimse-lerin yokluğunda, konut, işyeri veya diğer kapalı alanlarda, Cumhuriyet savcısı olmaksızın yapılan arama hukuka aykırı olacaktır. Doktrinde aramaya maruz kalanların, yazılı olarak feragat etmesi halinde arama tanıklarının aramada hazır bulunmasının zorunlu olmayacağı ileri sürülmüşse⁵⁵ de, kanunun amir hükmü karşısında bu görüşe katılmıyoruz. Ayrıca arama tanıklarının, kanunun bulunmalarını zorunlu kıldığı bu işlem için, kolluğun davetine rağmen aramaya katılmak istememeleri halinde ne yapılacağı düzenlenmemiştir. Bir görüşe göre bu hallerde zor kullanılabilir ve bu kişiler hakkında gözaltına alma gibi diğer yasal işlemler dahi yapılabilir.⁵⁶ Ancak kimi yazarlar da bunun mümkün olamayacağını, nitekim tanıkların zorla getirilmelerine ilişkin hükümlerin bu kişilerin yalnız Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme önünde tanık olarak dinlenmelerine ilişkin olduğunu belirtmektedirler.⁵⁷

Aramanın hakim, Cumhuriyet savcısı veya kolluk tarafından yapılması ayrımına bağlı olmaksızın aramada hazır bulunabilecekleri de kanun, 120. maddesinde belirlemiştir. Buna göre, aranacak yerin sahibi veya eşyanın zilyedi⁵⁸ aramada hazır bulunabilir. Yukarıda değini-

⁵³ Kunter, s. 724.; Özbek, s. 340.

⁵⁴ Özbek, s. 340.; Malkoç / Yüksektepe, s. 330.; Doktrinde ayrıca bu kişilere “işlem tanığı” veya “adli tanık” adını verenler de bulunmaktadır. Bkz. Saygılar, s. 640.; Şahin, s. 246.

⁵⁵ Özbek, s. 341.

⁵⁶ Özbek, s. 342.

⁵⁷ Aksoy, s. 103.

⁵⁸ “Yerin sahibi” ve “eşyanın zilyedi” terimleri özel hukuktaki manalarından daha geniş anlaşılmalıdır. Nitekim kişinin malik olup olmadığından ziyade, fiilen orada oturup oturmadığına veya eşyayı elinde bulundurup bulundurmadığına bakılmalıdır.

len hükümden farklı olarak, burada sayılan kimselerin aramada bulunabileceklerinden söz edilmiştir. Dolayısıyla aranacak yerin sahibinin veya eşyanın zilyedinin hazır bulunmaması, aramayı hukuka aykırı kılmaz. Nitekim kanunun aynı maddesinde, bu kimselerin bizzat bulunmamaları halinde, temsilcilerinin⁵⁹ veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından birinin veya kendileriyle oturmakta olan bir kişinin ya da son olarak komşusunun hazır bulundurulmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Ayrıca m. 117/1'de gösterilen, yani şüpheli veya sanık dışındaki diğer kişilere yönelik arama hallerinde zilyet veya onun yokluğunda yerine çağırılacak kişiye, arama başlamadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verilir.⁶⁰ Bu bildirim yapılmaması yahut eksik veya yanlış bilgi verilmesi de aramayı hukuka aykırı hale getirir.⁶¹ Aramayı kim gerçekleştirirse gerçekleştirsin, sayılan kişilerin aramada hazır bulunmalarını zorunlu kılarak kanun, arama sırasında doğabilecek olası aksaklıklara karşı itiraz edebilmesini sağlamış ve bu sayede savunma hakkı lehine adım atmıştır.

Aramada avukatın yardımından yararlanabilme bakımından ise m. 120/3'te hüküm sevk edilmiştir. Buna göre, kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz. Bu ifadeden anlaşılan, avukatın arama sırasında bulundurulmasının zorunlu olmadığı, ancak bulunmasına da engel olunamayacağıdır. Dolayısıyla aramaya başlandığı sırada orada bulunmayan avukatın beklenmesi de zorunlu değildir.⁶²

Aramanın yapılmasına ilişkin ayrıntılar, Yönetmeliğin 4. Bölümünde düzenlemiştir. Bu ayrıntılara girmeksizin önemle belirtelim ki, arama işlemine ilişkin en önemli husus ölçülülük ilkesidir. Arama sırasında yalnızca, arama karar veya emrine konu olan kişi ya da eşyanın bulunduğundan şüphe edilen yerlere bakılmalıdır.⁶³ Ayrıca, arama yapılan ortamın düzenini bozmamak için azami gayret sarf edilmeli-

⁵⁹ Avukat, maddede sayılan temsilci kavramına dahil değildir. Çünkü kanun, avukatın aramada hazır bulunabileceğine dair ayrıca hüküm sevk etmiştir.

⁶⁰ Bu bildirim, yalnızca şüpheli veya sanık dışındaki 3. kişilerin aramaya maruz kalması halinde yapılmasını anlamak mümkün değildir. Aranan şüpheli veya sanık olduğunda da, aramanın amacı hakkında bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmeliydi.

⁶¹ Gülşen, s. 93.

⁶² Turhan, s. 248; Özbek, s. 346.

⁶³ Şahin, s. 246.

dir. Bunların yanında, arama kararı ilgiliye ibraz edilmeksizin, kanunen bulunması zorunlu kişiler beklenmeksizin veya aramada bulunma yetkisi olan kimselerin yer alması engellenerek ve gereken ölçünün ötesinde zor kullanarak yapılan her arama ölçüsüzdür. Ölçülülük ilkesine riayet edilmediği takdirde, böylesi bir aramaya maruz kalan kişiler, uğradıkları maddi veya manevi zararlarını Devletten tazmin edebilirler (CMK m. 141/1-i).

g. Arama Sonunda Verilecek Belge

CMK m.121/1'e göre, aramaya maruz kalan kimseye, istemi halinde, aramanın m.116 veya m. 117'ye göre yapıldığını gösteren bir belge verilir. Arama m. 116'ya göre yapılmışsa; hakkında arama işlemi yapılmış olan şüpheli veya sanık, kendisine verilmek üzere, soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğini belirten bir belge de talep edebilir. Yani bu belgede, hangi sebeple arama yapıldığı ve varsa sanık veya şüpheliye isnat edilen suç yer alır. Ayrıca arama sonucunda elkonulan veya koruma altına alınan eşya varsa, talep üzerine, bunları gösteren bir defter yapıp ilgiliye verilmesi mümkündür. Şüpheyi haklı kılan bir şey bulunamaması halinde ise bunu belirten bir belge verilir. Bunun verilmesi de ilgilinin talebine bağlıdır. Ayrıca arama sonunda adli arama tutanağı düzenlenir (Yön. m.11). Bu tutanak, arama işlemine katılmış olanlar ve hazır bulunanlarca imzalanır. Tutanağın bir sureti de ilgililere verilir.

h. Aramada Ele Geçirilen Belge ve Kağıtları İnceleme Yetkisi

Yürürlükten kalkan CMUK, belge ve kağıtları inceleme yetkisini yalnız hakime vermişken CMK, bu konuda hakimle birlikte Cumhuriyet savcısını da yetkili kılmaktadır (m. 122/1). İncelemenin kolluğa bırakılmaması, Anayasal bir ilke olan özel hayatın gizliliğinin de bir gereği ve teminatıdır. Kolluk, ele geçirilen belge ve kağıtların soruşturma bakımından değer taşıyıp taşımadığının tespiti amacıyla yalnızca dış belirtilere bakarak bir sınıflandırma yapabilir. Bu itibarla, ayıklama amacıyla belge ve kağıtların kolluk tarafından okuması dahi mümkün değildir. Öte yandan, özgürlükten yana durulmalı, belge ve ka-

ğit terimi geniş olarak anlaşılmalıdır. Mektup, günlük, kişisel notlar, ticari defterler, fatura gibi kağıtların ve hatta fikri içerik taşıyan film, fotoğraf albümü, kaset... vb. nesnelere de bu kapsama girdiği kabul edilmelidir.⁶⁴

3. DEĞERLENDİRME

Arama, temel insan haklarından olan özel yaşamın gizliliğine ağır bir müdahale teşkil etmektedir. Bu nedendir ki, sıkı şartlara bağlanmalı ve uygulanmasında teminatlı bir usul öngörülmelidir. Konunun AİHS ve Anayasa ile düzenlenmiş olması genel çerçevenin çizilmesi bakımından önem arz eder. Bunun yanında CMK da, kimi aksak yönlerine rağmen, özgürlük çizgisinden sapmamaya özen göstermektedir. Ancak böylesi bir alana ilişkin, uygulayıcıya yol göstermesi amacıyla Yönetmelik çıkarılması yoğun eleştirilere hedef olmuştur. Doktrinde Hafizoğulları, Adalet Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı'nun birlikte yürütmek üzere çıkardıkları ve kamu idaresinin kendi iç yönetimlerinin sınırlarını aşan böylesi bir yönetmeliğin yok hükmünde olduğu iddiasını ileri sürmüştür. Yazar görüşünü, kanunilik ilkesinin ege-men olduğu ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunda, açık ceza normlarını doldurma dışında, idarenin hiçbir adla düzenleyici işlem yapamayacağı savına dayandırmaktadır. Anayasa'nın Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerine tanımış olduğu yönetmelik çıkarma ve diğer düzenleyici işlemleri yapma yetkisinin münhasıran kendi görev alanlarıyla sınırlı olduğunu ve her iki bakanlığın görev alanının da bu sınırlara dahil olmadığını vurgulamaktadır. Yargı kan-dında da Danıştay'ın aynı eğilimde olduğunu söylemek mümkündür. Ceza muhakemesi alanlarında çıkarılan yönetmeliklerin yok hükmünde olduğu açıkça zikredilmemekle birlikte bu husus, tetkik hakimlerin görüşü olarak ifade edilmektedir. 10. Daire'nin 2005/6392 E. sayılı kararda, yargılama usulü ile ilgili kanunların tamamen idarenin dışında kalan ve Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca Türk Milleti adına yargı yetkisi kullanan Mahkemeler tarafından uygulanan kanunlar olduğu, bu nedenle yargılama usulüne ilişkin her türlü düzenlemenin idari alan dışında kalacağı tartışılmış ve idarece çıkarılan böyle bir yönet-

⁶⁴ Özbek, s. 351.

meliğin, yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması olacağı belirtilmiştir. Bizce de, ceza muhakemesi kanununda, kanunkoyucunun yönetmelikle düzenlenmesine izin verdiği⁶⁵ alanlar dışında kalıp da, bakanlıkların kendi görev alanlarına da girmeyen konularda yönetmelik çıkarılması hukuka uygun değildir. Nitekim "arama" bakımından CMK, yönetmelik çıkarılmasına izin vermediği gibi; konunun Adalet veya İçişleri Bakanlıklarının kendi görev alanlarına girdiği de söylenebilir. Bu haliyle Adli ve Önleme Arama Yönetmeliği'nin hukuki meşruluğu tartışılır durumdadır. Yine de, çalışmada yer yer yönetmeliğe değinmekle uygulamadaki hakim durum ifade edilmeye çalışılmıştır.

KAYNAKLAR

- Şemsettin Aksoy, *Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara 2007
- Hamdi Yaver Aktan, "Kozmik Büroda Arama", <http://www.cumhuriyet.com.tr/?im=yhs&hn=105170> (10.05.2010)
- Hasan Hüseyin Çalı, "Polisin Arama Yetkisine Ne Oldu?", <http://www.cagipolisi.com.tr/29/57-58.htm> (16.05.2010)
- Recep Gülşen, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Arama", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Nisan Sayısı, No: 3, İstanbul 2005.
- Serap Keskin Kızıroğlu, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama(Adli Arama)", *AÜFD*, C. 58, S. 1.
- Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 1989.
- İsmail Malkoç / Mert Yüksektepe, *Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, Ankara 2005.
- Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006.
- Yasemin F. Saygılar, "Arama", *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, C. 1.
- Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara 2009.
- Nevzat Toroslu / Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2008.
- Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Isparta 2006.
- Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu*, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005.
- M. Hakan Ünal, *CMK Uygulamaları ve Nöbetçi Hakimin El Kitabı*, Ankara 2009.

⁶⁵ Örneğin 82., 99., 167.maddelerinde düzenlenen hususlarda ayrıntıların Yönetmelik ile düzenlenmesine açıkça izin verilmiştir.

İDARE HUKUKUNDA BİLİMSEL YAKLAŞIM SORUNU -I

THE ISSUE OF SCIENTIFIC APPROACH IN ADMINISTRATIVE LAW -I

Sedat ÇAL*

Özet: Hukukta analitik bir yaklaşım içerisinde bulunulması ve şekilci (formalist) bir yönde hareketten kaçınılması gerektiği açıktır. Ne var ki, özellikle idare hukuku alanında bu zorunluluğun yeterince dikkate alındığını savlayabilmek zordur. Bu durum, yapılan değerlendirmeler sonucunda varılan yargıların gerçekliği ne denli kucaklayabildiği hususunda ayrıca kuşkuları beraberinde getirmektedir. Bu itibarla, hukuksal irdelemelerde analitik bir bakıştan hareket edilmesi, bilimsel değerlendirmelere gidilirken şekilci yaklaşımlar yerine sorgulayıcı anlayışa yer verilmesi ve nihayet varılan sonuçların işlevselliği üzerinde durulması gereklidir. Günlük yaşamın içinde beliren karmaşık hukuksal sorunların, gerektiği gibi bir çözüme ancak bu yolla kavuşturulabileceği düşünülmektedir.

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

Abstract: It goes without saying that law necessitates an analytical approach and calls for refraining from acting in a formalist way. Nonetheless, it is quite difficult to assert that this requirement is fairly observed particularly as regards administrative law. This situation invokes questions about to what extent legal judgements made through legal reasonings can embrace the reality. Therefore, it is essential to employ an analytical perspective in legal assessments, to undertake a questioning approach as opposed to a formalist one, and finally, to ensure effectiveness and functionality of the results that are achieved through legal processes. Only by way

* Dr., Kıdemli Uzman, Yatırımlar Direktörlüğü, Enerji Şartı Sekreteryası (Senior Expert, Investment Directorate, Energy Charter Secretariat), Brüksel. cal@encharter.org, sedatcal@gmail.com.

of this understanding can come adequately effective solutions to legal problems that happen to emerge through the intricacies of everyday life.

Keywords: Scientific approach, analytical thinking, legal analysis, criticism in law, legal approach.

“Sitem aşinalardan gelir bigânelerden değil...”

Nabî

*“Aşinâyî, can fedâ-yi âşinâ,
Âşinâ dâed sezâ-yi âşina.”¹*

Giriş

Sosyal bir bilim alanı olarak hukukta, bilimsel yaklaşımın asgari gereklerine uyarlık içerisinde hareket etme zorunluluğunun bulunduğu açıktır. Kuşkusuz, temel bilimler alanındaki kesinlik ve doğrulanabilme gibi kimi özelliklerin, sosyal bilim alanı olarak özellikle hukukta sözkonusu edilmesi güçtür. Bununla birlikte, bu durum, hukuka bilimsel ilkelerin ve yaklaşımların, yöntemlerin uygulanamayacağı anlamına kuşkusuz gelmez. Nitekim öğretilerdeki bir görüşe atfen değinilirse;

“... (s)osyal bilimlerin kendine mahsus bir metodu olduğu, bunun hiç te fizik veya tabii bilimler metodu olmadığı çok kere öğretilmiştir. Bana kalırsa garip bir yanlışlığa düşülmektedir; çünkü her bilimsel metodu hangi sahada çalışır ve araştırırsa araştırırsın, aynı olduğu söz götürmiyen insan zihninin kanunları tayin eder. Bu kanunlar kudretimizi sınırlar ve faaliyetimizi düzenler.”²

¹ Beytin anlamı şöyle açıklanabilir: “Âşinalık mı, âşinâ kişiye can fedâ olsun. Âşina âşinâyaya nasıl davranılacağını bilir ve hâlimden anlar” (bkz. Hatemi, Hüsrev, *Birader: Hüseyin Hatemi*, içinde Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009 (ifade, anılan eserin başlarında, sayfa numarası olmaksızın yer almaktadır).

² Duguit, Leon, *Kamu Hukuku Dersleri*, (Çev. Süheyp Derbil), AÜHF Yayını, Ankara, 1954, s. 13.

Hukuk alanında bilimsel yaklaşım itibariyle en başta gelen ilkelere birisi olarak, önyargılardan kurtulma gereğine değinmek mümkündür.³ Bu bağlamda, öğretiden bir görüşte aşağıdaki ifadeye yer verilmektedir:

“Ne vakit ilkel zihniyetten ve her çeşit peşin yargılardan (préjugés) sıyrılarak, insan bilgilerinin her hangi bir kolunda metodlu bir surette hakikat araştırması yapılırsa bilim yapılmış olur. Sosyal bilimler bu zihniyetle sosyal olayları inceleyen bilimlerdir...”⁴

Bununla birlikte, karşı görüşü benimseyen yaklaşımlar da bulunmaktadır. Buna göre;

“... hukuksal-toplumsal olguların çalışılması, hukukçularda tarihsellik duygusunun yitimine yol açmaktadır. İnceledikleri olguların, bir an sonra, kendilerini önceleyen olgular sürekliliğinden başka bir şey olmayıp geçmişe ait olacağını hiç düşünmeden ve inceledikleri olguların bir tarihin içine doğduklarını ve bununla belirlenmiş olduklarını hiç görmeden çalışan hukukçular olmak meslek erbabı için kolaylıktır. Ancak ... olumsuzluk niteliği taşıdığı düşünülemez... Araştırmacı için her türlü toplumsal sorumluluktan, siyasal ilgiden ve tarafolma sorunundan kurtuluşu sağlayan (içekapalı) bu yöntemden uzak durmak gereğine inanıyorum.”⁵

Giderek, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alındığı üzere, hukuksal pozitivizm anlayışında⁶ bilimsel yaklaşımın “değer ölçüleri”nden beri durması özelliğinin öne çıktığı savlanabilir. Ne var ki, buradaki ifadelerin neyi kastettiği de yine belli belirsiz bir sis içinde kalıyor. Zira her hukuk düzeni ister istemez kimi temel değerler üzeri-

³ Bu hususta ilave değerlendirmeler için bkz. ileride 131 no.'lu dipnot.

⁴ Duguıt, *Kamu Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 11.

⁵ Karahanoğulları, Onur, *Türkiye’de İdari Yargı Tarihi*, (doçentlik çalışması), İnternet paylaşımı, Ankara, 2005, s. 1.

⁶ Hukuksal pozitivizmin gelişimi ve bu bağlamdaki birbirlerinden türlü ölçülerde farklılaşan algılamaları hakkında -görece son dönemlerden- müstakil bir çalışma için bkz. Keyman, Selahattin, *Hukuki Pozitivizm*, AÜHFD, C. 35, S. 1-4, 1978, s. 17-55 (özellikle s. 18-41).

ne kurulmuş durumdadır. Bu meyanda, en başta evrensel insan haklarından beslenen bir değerler kümesi⁷ yol gösterici olmaktadır.⁸

⁷ Nitekim hukuksal pozitivismde dahi, aslında hukuk ve değer, başka deyişle “olan hukuk-olması gereken hukuk” ayrımının mutlak biçimde ele alınmadığı görülür. Sözgelimi, bizatihi kimi pozitivistler tarafından, normal koşullarda “olan hukuk” un ahlaki değerler gerekçesiyle uygulanamazlığının savlanamayacağı ileri sürülürken, aynı zamanda ayrık duruma da değinilmekte ve şöyle denilmektedir: Bir yasa yürürlükteki kurallar uyarınca “geçerli” biçimde vazedilmiş olsa dahi, sıradan değer yargılarına değil ve fakat insan olmanın gerekleri yahut hukukun temel ilkeleri gibi “esaslı değerler” e aykırı ise, artık “olan hukuk” tan bahsedilemez ve bu yasaya uyulamaz; zira, bu durumda hukuk niteliğini taşıyan bir “yasa” dan artık söz edilemez (bkz. Hart, H. L. A., Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958, s. 617-619). Hart’ın, böylece, pozitivismi 1950’lerdeki demokratik toplum düzeni anlayışıyla uyumlu hale getirecek bir öğretisel yenilik getirdiği; hukuk ile değerler arasında zorunlu bir bağ olmadığı yolundaki klasik pozitivist anlayışı sürdürmesine karşın, bunun yasaların değerler statüsüne kayıtsızlık anlamına gelmeyeceği yaklaşımını benimsemek suretiyle farklılaştığı belirtilmektedir (bkz. Lacey, Nicola, *H.L.A. Hart’s rule of law: the limits of philosophy in historical perspective*, LSE Research Online, Mart 2008, s. 2-4 (<http://eprints.lse.ac.uk/3520/>). Giderek, yargıçların mahkemede hukuk kurallarını yorumlamaları gereksinimi nedeniyle pozitivist yaklaşımın bu duruma açıklama getiremediği de savlanmaktadır (bkz. Foreword - Fifty Years Later, *NYU Law Review*, Vol. 83, No. 4, 2008, s. 994). Nihayet, dikkat çeken bir nokta, özellikle Nazi döneminde yaşananlardan sonra pozitivismin diktatöryayı meşrulaştırmaya hizmet ettiği gibi bir algılamının etkisiyle, pozitivismin “kötü bir şey” olduğu anlayışının yaygınlık kazanmış bulunmasıdır. Nitekim, Hart, kendisi için şöyle söylediğini aktarıyordu: “Biliyor musun, o bir pozitivist; ama, aslında oldukça iyi bir insan” (Lacey’den aktaran: A. g. e.).

Dahası, Hart’ın görüşlerini esaslı biçimde eleştirmiş bulunan Fuller’e göre, bir anayasanın en başta ortaya çıkışında değerlerden kaçamayan hukuksal pozitivism, bu konuları geçiştirmekte ve buradaki kendi bakış açılarından doğan sorunla yüzleşmekten ısrarla kaçınmaktadır (bkz. Fuller, Lon L., Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958, s. 638-643). Fuller’e göre, “kötü bir yasa” dahi, kendi içerisinde bir “değer” içerir (Fuller’in bu konuda verdiği ilginç örnek için bkz. a. g. e., s. 644, 645).

⁸ Bu “kurucu” değerler çerçevesinde kimi zaman hukuk uygulamasında ikincil normların biçimsel eşitlik veya şekilsel demokrasi kavrayışlarıyla karşı karşıya gelebildiği, giderek hak ve özgürlüklerin kısıtlanması bağlamında “yakın tehlike” gibi kavramların geliştirildiği; dahası, en gelişmiş demokratik ülkelerde dahi terör gerekçesiyle kimi sert önlemlerin alınabildiği dikkat çeker. Bu yönde, özgürlük sorunsalını dar bir bakışla irdeleyen –ve yer verilen eleştirilerin çoğunluğundaki isabet payı derin biçimde kuşkuyla olmakla beraber burada çalışmamızın asli konusunu oluşturmaması bakımından ayrıntılarına girilmeyecek olan- bir çalışma için bkz. Coşkun, Vahap, *Yargının Çıkması: Devlet mi, Adalet mi?*, SETA Analiz, Nisan 2010.

Nitekim, hukuk ve ahlak “ayrı” değildir; sözgelimi, cinsiyet ayırmacılığına yönelik “pozitif yasa”yı ortaya koyarken ve uygularken, “eşitlik” gibi bir ahlaki ilkedden yola çıkılmaktadır. Bu itibarla, hukuksal pozitivistlerin “hukuk ile ahlakın ayrılması” şeklindeki ifadelerinin “ayrı” olmayı değil, “ayrılabilir” olmayı kastettiği söylenebilir.⁹ Giderek, Spaak’a göre de, hukuksal pozitivism¹⁰ bakımından hukukun kaynaklarına ilişkin hukuksal tarafsızlık sözkonusu olabilir. Ne var ki, hukuksal kaynakların yorumlanması ve hukukun uygulanmasında, “değerler”¹¹ çok kez devreye girecektir.¹²

Hukuksal pozitivismze karşı anlayış olarak beliren doğal hukuk yaklaşımının temsilcilerinden Dvorkin’e göreyse, hukuk ile ahlak ara-

⁹ Bkz. Green, Leslie, *Positivism and the Inseparability of Law and Morals*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 15, 2008, s. 1, 2. Green’e göre, hukuksal pozitivism anlayışını benimseyen Hart’ın ileri sürdüğü gibi “hukuk ile ahlak arasında, veya olan hukuk ile olması gereken hukuk arasında zorunlu bir bağ olmadığı” görüşü yanlıştır; zira, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir ilişki bulunur (bkz. İbid, s. 2, 4-19). Yine, Green’e göre, hukukun üstünlüğünün “yasal hukukdışılık” ile “yaygın duyarsızlık” tehditleri altında olduğu bir zamanda, Fuller’in değindiği “yasaların ahlakla bağlantılılandırılması” görüşünü özellikle benimsemek gerekir. Giderek, bu anlayışın daha etkili ve yetkin bir biçimde siyasal yaşama sızabilmesi ümit edilir (A. g. e., s. 23).

¹⁰ Hukuksal pozitivismin “yukarıdan aşağıya inme” bir yaklaşım (“top-down approach”) içerdiği, böylece bir egemen taraftan konulan kural esasına dayandığı; ancak, bu yaklaşımın, bir kural koyucu egemenin bulunmadığı uluslararası hukukta yetersizliğinin ortaya çıktığı yönünde görüşler de bulunuyor (bkz. Krueger, James, *A Critique of Positivism As a Belief System*, *Mizan Law Review*, Vol. 3, No. 2, 2009, s. 342-351); ki Oppenheim da bu bakımdan uluslararası hukukta buyurucu gücün olmaması nedeniyle sadece bu unsura dayalı anlayışın geçersiz kalacağı hususuna değinmektedir (bkz. Kingsbury, Benedict, *Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim’s Positive International Law*, *EJIL*, Vol. 13, 2002, s. 434).

¹¹ Nihayet, hukuk ve değer (ahlak) ilişkisi bağlamında bir diğer yazarın ilginç bir tesbitine daha yer vermekte yarar görüyoruz: Soper’e göre, bir kişinin ahlaklı olup olmaması o kadar o önemli değildir; neticede, ahlaklı olmadığını düşündüğümüz kişiden uzak dururuz, olur biter. Ancak, ahlak değerinden yoksun bir yasa için durum vahimdir; zira bu değeri taşımayan bir yasadaki kaçış ve kurtuluş olanağı yoktur. İşte, bu keyfiyet, hukuk öğretisinde konuya neden bu denli yoğun ilgi gösterildiğini ve hukuksal pozitivism ile doğal hukuk arasındaki tartışmaların nasıl olup da mümbit biçimde boy gösterdiğini açıklamaktadır (bkz. Soper, Philip, *The Ethics of Deference: Learning From Law’s Moral*, Cambridge University Press, 2002, s. 4).

¹² Bkz. Spaak, Torben, *Legal Positivism and the Objectivity of Law*, *Annali e Diritto*, Vol. 253, 2004, s. 253.

sındaki ayrımı yadsımak, bu ikisinin aynı olduğunu kabul anlamına gelmez.¹³ Yine, bu akımın ileri gelenlerinden Fuller'e göre;

"... hukuk sadece, mikroskop altında tarafsız bir şekilde incelenecek bir nesne ya da varlık değildir; hukuk bir insan tasarımıdır, örtük –ve ahlâki- bir amaca sahiptir: insanların bir toplumda bir arada varolabilmeleri ve işbirliği yapabilmeleri... (U)laşmaya çalıştığı (ahlâki) ideali anlamadan, hukuku doğru biçimde anlamak da mümkün olmaz..."¹⁴

Diğer yandan bilim, gerçeği aramak üzere yola çıkar ve bilime özgü ölçüt ve yöntemlerle gerçeğe ulaşmaya çalışır. Özellikle bilimin yuvası konumundaki üniversiteler bakımından konuya değinen bir ifadeye göre, *"(ü)niversite, birinci vazifesi hakikati aramak olan bir müessesedir."*¹⁵ Bu noktada, hukuk bilimi itibariyle hangi tür yöntemle bilimsel irdelemelere gidilebileceği hususunda yine Duguit'ye başvuracağız:

"Metodun bu kurallarını ... kısaca işaret (edersek, b)u kuralların sayısı üçtür:

1. *Olayların gözlemini gayri şahsi bir surette, bugün söylendiği gibi, objektif (nesnel) bir surette yapmak ve millî, dinî ve sair her türlü veraset, çevre ve peşin yargıların tesirinden sıyrılmak¹⁶ için sürekli gayret sarfetmek;*

2. *Sadece keşif vasıtası olarak, talil (= deduction = tümdengelim) yolu ile muhakeme (= raisonnement = usamlama) yürütmek; mantık talilinin ulaştırdığı sonuçları olaylar üzerinde denetlemek; olaylara uymuyorsa hareket noktası olan faraziyeyi (= hypothése = varsayım) hiç acımadan atmak; olayları mantığa uydurmağa hiç yeltenmemek, yoksa olaylar er geç ölçlerini alırlar ve bu bazan bir felaket olur.*

3. *Nihayet apriori bütün kavramları atarak bunları dini veya metafizik inanç alanına bırakmak. Eşya hakkında doğrudan doğruya duyularımızın gözlemi altına girmiyen ve bundan dolayı metafizik olan her düşünceye kav-*

¹³ Bix, Brian H., Doğal Hukuk: Modern Gelenek, (Çev. Ertuğrul Uzun), DEÜHFD, C. 6, S. 2, 2004, s. 322.

¹⁴ A. g. e., s. 312, 313.

¹⁵ Spaak, *Legal Positivism and the Objectivity of Law*, op. cit., s. 8.

¹⁶ Bilimsel yaklaşım için önyargılardan sıyrılmaya ve bir tür "kavramsal striptiz" eylemine girişme zorunluluğu hakkında bkz. Çal, Sedat, *Hukukta Bilimsel Yaklaşımın Önemi*, TBBD, S. 88, 2010.

ram adını veriyorum. Bu çeşit kavramları bilim alanından çıkarmadıkça gerçekten bilim yapılamaz.”¹⁷

Öte yandan, daha farklı bir yaklaşımla konuya eğildiği gözlenen Gadamer’e göre, sosyal bilimlerde *“yaşanılan tarih bilincinden, önyargılardan ve gelenekten yoksun bir çalışma imkansız”*dır.¹⁸ Böylece, Gadamer’in de, hukuksal pozitivizm anlayışında –haklı veya haksız bir kanı olduğu kimi yazarlara göre tartışmalı olmakla beraber¹⁹ belirlediği gözlenen *“yalıtık”* hukuk anlayışının aksine bir yaklaşımı benimsediği gözleniyor.

Hukukta bilimsel yaklaşımın en başta gelen *“olmazsa olmaz”* koşullarından birisi de, sosyal veya temel bilim alanı olsun her tür bilimsel sahada gözlenmesi gereken *“eleştiri”* zorunluluğudur. Eskilerden bir deyiş bu gereksinimi güzel bir biçimde betimler: *“Barika-yı hakikat, müsademe-i efkardan doğar.”* Hukukumuzda –dahası, giderek kültürümüzde– bu zorunlu ögenin ne denli yerleşik olduğu veya benimsendiği ise, tartışma götürür.²⁰ Oysa eleştirinin bir *“hayatiyet ifadesi”* olduğuna değinen Kıratlı’ya göre, *“(e)leştirden değil, onun yokluğundan endişe duyulmalıdır.”²¹*

Giderek, hukuk bilimi bakımından önemle altı çizilmesi gereken bir diğer özelliği daha vurgulamakta yarar var. Hukuk, vardığı sonuçların her şeyden önce gerçekliği yakalaması zorunluluğu bulunan bir alandır. Temel bilimler alanında bu örtüşme daha bir kolaylıkla be-

¹⁷ Duguít, *Kamu Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 14.

¹⁸ Kılıç, Muharrem, *Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz*, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA), 12. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – II”, Sempozyum, 7-11 Eylül, 2004, İstanbul, Bildiriler / 1, İstanbul Barosu, İstanbul, 2005, s. 96.

¹⁹ Bkz. Uzun, Ertuğrul, *Hukuksal Pozitivizmi Doğru Okumak*, HFSA, 16. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu – III”, 7-9 Eylül, 2006, İstanbul, İstanbul Barosu, İstanbul 2007, s. 343-350.

²⁰ Bu hususta ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, *Hukukta Bilimsel Yaklaşımın Önemi*, op. cit.. Nitekim, eleştirinin toplumsal yapımızdaki eksikliğinin yıllar önce sine dayanan makus tarihsel geçmişi bağlamında bir yabancı yazar (Martin Hartmann), eleştiriye kapalılığın, Türklerin değiştirmeleri gereken eski zavıflıklarından biri olduğuna değinmektedir (aktaran: Selçuk, Sami, *Cumhuriyet, Çağcıl Demokrasi ve Türkiye'nin Dönüşümü*, BİLGESAM, Rapor No. 23, İstanbul, 2010, s. 42).

²¹ Kıratlı, Metin, Yargının Sorumluluğu, *SBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, C. 3, S. 3, 1995, s. 6.

lirlenebilir ve ölçülebilir nitelikteyken, sosyal bilimler alanında ve bu arada öncelikle hukukta bu özelliğin ne denli gerçekleştiğini belirleme olanağı her zaman kolayca karşımıza çıkmaz. Bu, önemli bir sorun olmakla beraber; her halükarda, hukuk biliminde elde edilen yargıların toplumdaki hangi gereksinimi karşıladığı veya çözüm getirmedeki etkinliği, ayrıca ve dikkatle sorgulanmaya muhtaçtır. Öğretiden bir ifadeyle değinirsek; “(h)ukuk, toplumsal gerçeklikten doğar, toplumsal gerçekliğin güçlenmesi ve süreklilik kazanması için katkı vererek onun hizmetinde bulunur.”²²

Dolayısıyla, hukuk alanı bakımından, ele alınan konunun öncelikle etraflıca incelenmesi ve ayrıntılı biçimde irdelemeye gidilmesi; dahası, bunu yaparken de analitik bir yaklaşım²³ sergilenmesi gerekir. Akabinde, eleştirel bakışla elde edilen değerlendirmelerin sergileneceği bir yapı içerisinde kişisel kanıların da açıkça ortaya konulması gerekecektir. Böylece, hukuksal yaklaşım itibarıyla şekilci bir analizle konuların değerlendirilmesinden uzak kalınması ve analitik bir bakışa sahip olunması, önemli bir zorunlu öge olarak belirmektedir.

Bu noktada, genel bir çerçeve içerisinde çizmeye çalıştığımız tüm bu ölçütlerden hareketle idare hukuku alanındaki kimi temel sorunlara geçiş yapabiliriz. Kanımızca, idare hukukunda bilimsel yaklaşımların her daim yetkinlikle uygulandığını savlamak kolay değildir. Bu alanda önemli eksiklerin görüldüğü yönündeki gözlem ve algılamalarımıza dayanarak, işbu çalışma içerisinde hem kuramsal bakımdan

²² Türközer, Bahir Güneş, Hukuk Toplumsal Bir Gerçekliktir, *TBB Dergisi*, S. 62, 2006, s. 96.

²³ Önemle kaydetmek isteriz ki, çalışma içerisinde kullandığımız “analitik” terimini “analitik hukuk yaklaşımı” şeklinde hukuk kuramcılarınca ele alınan yaklaşımla eşanlamlı biçimde kullanmıyoruz. Bilindiği üzere, hukuki pozitivistizmin İngiltere ayağını oluşturan analitik hukuk teorisi, belli bir zamanda var olduğu şekliyle hukuk düzenini ele almakta ve bu dizgenin sahip olduğu kavramları çözümlmeyi öngörmektedir (bkz. Uzun, Ertuğrul, İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 2, 2003, s. 2, 3, 22). Bizim kullandığımız şekliyle analitik terimi ise, belli bir zaman kısıtından bağımsız olarak, akılcı bir yaklaşımla zaman ve disiplin fetişizmine girmeksizin (hemen değinmek gerekirse, idare hukuku disiplinler arası bir nitelik göstermekle (bkz. Atay, Ender Et-hem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 47, 48), bu yaklaşım bir zorunluluk arz etmektedir kanısındayız), her zamandan ve her disiplinden bilgiyi aklın süzgecinden geçirip, usavurmaıyla gerçekliği kavraması bakımından da ayrıca ve mutlaka değerlendirmeyi öngörmektedir.

bilimsel yaklaşımın gereklerine yahut isterlerine değinilecek, hem de uygulamada karşılaşılan kimi sorunlar ele alınmak suretiyle kimi somut örnekler üzerinden değerlendirmelere girişilecektir.

Burada yapılması öngörülen, kuşkusuz, bir eleştiri denemesine girişmektir ve bu nitelikteki bir çalışmada yer verilen değerlendirmelerin isabet derecesi –doğaldır ki– tartışmaya açık olacaktır. Ancak, eleştirinin bilimde zorunlu bir öge olduğuna hemen yukarıda değinmiş olmakla, bu eleştirilerin karşıt eleştirilere yol vermesi sadece daha doğruya varmayı mümkün kılabilir, giderek karşıt eleştirileri davet edebilmesi öncelikle arzu edilir. Bu bağlamda bir alıntıya daha yer vermek, benimsediğimiz ve öğretiye de egemen olmasını arzuladığımız, giderek ülkemizde –ve özellikle idare hukuku alanında– mutlak bir gereklilik olduğunu savladığımız temel ilkeyi ortaya koymak bakımından yararlı olacaktır: *“Bilimsel eleştiriye dayanan her görüşü memnunlukla karşılarım.”*²⁴

Özetle, bu çalışmada hukuk alanında bilimsel bir yaklaşım sergilenmesi gereğine yönelik olarak özellikle idare hukuku bakımından ortaya çıktığını düşündüğümüz kimi eksikliklere dikkat çekmeyi öngörüyoruz. Böylece, idare hukukunda bilimsel bir yaklaşım itibariyle gözlenen eksikliklerin hangi bakımlardan sorunlar yaratabildiğine değinmek suretiyle, idare hukuku alanındaki değerlendirmelerin bilimin gereklerine uygun bir yapı içerisinde daha ileri bir gelişme düzeyine yükselebilmesine olası bir katkı sağlayabilmeyi ümid ediyoruz.

I. Hukukta Yaklaşım Sorunu

Gaudemet’ nin vurguladığı üzere, *“hiçbir hukuk sistemi –dolayısıyla hiçbir toplum– yorumun dışında kalmaz.”*²⁵ Aslında, gök kubbenin altındaki hiçbir *“kelam”* yorumdan uzak duramaz (eski deyişle, bu gereksinimden *“müstağni değildir”*). Nitekim Gadamer’ in Platon hakkındaki

²⁴ Marx, Karl, *Kapital – Kapitalist Üretimin Eleştirel Bir Tahlili*, (Çev. Alaattin Bilgi), C. 1, Eriş Yayınları, 2003, s. 18.

²⁵ Gaudemet’ den (bkz. Gaudemet, J., *Eski Çağ Dünyasında Kanunların ve Hukuki Muamelelerin Yorumu*, (Çev. B. Tahiroğlu), *İÜHFİM*, C. 36, S. 1-4, 1971, s. 496) aktaran: Karakaş, Jale, *Hermeneutik ve Hukuk*, HFSA, 12. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), *“Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – II”*, Sempozyum, 7-11 Eylül, 2004, İstanbul, Bildiriler / 1, İstanbul Barosu, İstanbul, 2005, s. 102.

irdelemeleri bağlamında dile getirdiği üzere, “Platon için motivasyonu, amacı, yöneldiği kitleleri, bağlamı, kısacası “ruhunu” dikkate almaksızın anlaşılabilir salt bir önerme yoktur”.²⁶ Hukukta yorum²⁷ ise, farklı yaklaşımları gündeme getirmektedir. Bu çerçevede, hukuk biliminde yaklaşım bakımından değişik akımların varlığı dikkati çekmektedir.

Konuya hukuk felsefesi açısından yaklaşarak değerler âleminde faaliyet gösteren, giderek ahlakî ve ideolojik bir yaklaşımla değerler arasında tercih yaptığı söylenen anlayış, bunlardan birisidir. Hukuka yaklaşımda felsefeden yararlanılması gerektiği yolundaki bu görüş, hukukun felsefeye yer vermeyen bir anlayışında olumsuz sonuçların doğacağı yaklaşımını benimser. Buna göre, “... felsefeden yoksun bir pozitif bilim eksik ve hatta zararlıdır.”²⁸

Hukukun kendine özgü bir bilimsel yaklaşım içermesi gerektiğini savunan “saf hukuk” yaklaşımında ise, aksi görüş egemendir. Bu çerçevede, hukuksal değerlendirmelerin sadece hukuk alanında kalması ve kendi dışındaki diğer sosyal bilimlerden yalıtılması tercihinin gidildiği söylenebilir. Nitekim öğretilen bu yoldaki bir görüşe göre;

“Türk hukuk eğitimi felsefi yaklaşımlarla, dogmatik yaklaşım arasında hapsolmuştur. Birisi doğrudan değerlerle uğraşır, öbürü ise içeriğin doldurulmasıyla ilgilidir. Her iki yaklaşım biçimi de, içeriksel ve ideolojiktir. Aslında Türk hukuk eğitimi alanında karşılaştığımız ideolojik saplantıların nedenlerinden biri de, hukuk eğitiminde hukukun genel teorisi yaklaşımının yokluğudur... (Oysa h)ukukun yapısını (hukukun genel teorisini) bilmeden bu yapının içinde bulunan kurallar (hukuk dogmatigi) hakkında bilgi sahibi olmak mümkün değildir. Yapı hakkında fikir sahibi olmadan, tüm dikkatin ya-

²⁶ Bkz. Tatar, Burhanettin, *Hermenötik*, İnsan Yayınları, İstanbul, 2004, s. 13.

²⁷ Bir hukuk normunu uygulayacak olan yargıcın, çoğu zaman yorum zorunluluğuyla karşı karşıya geldiğini vurgulayan Spaak, metinsel, sistemik, yasa koyucunun niyeti ve amaçsal yorum şeklinde dört ayrı kategorik yorum yönteminden söz edilebileceğini; bununla beraber, bunların arasında nasıl bir önceliğe gidileceği sorununun ortaya çıktığını belirtiyor. Spaak’a göre, bu durumda, anılan yöntemlerin her biri farklı gerekçelerle savunulabilir ve nihayetinde bir “değer” yargısıyla ancak sonuca varılabilir. (Bkz. Spaak, *Legal Positivism and the Objectivity of Law*, op. cit., s. 260, 261.)

²⁸ Atalay, İbrahim Orkun, Yabancılar Tanınan Ekonomik Yatırıma İlişkin Hakların Sınırlandırılmasının Tarihi ve Hukuki Temelleri, *AÜEHFD*, C. XII, S. 3-4, 2008, s. 409.

pının içine verilmesi, yapının içi hakkında da yanlış bilgiler edinilmesine yol açabilir.”²⁹

Öte yandan, aynı yazarın bir diğer eserinde de, hukuk biliminde yaklaşım itibariyle hukuksal kavramların ele alınması ve değerlendirilmesi bakımından, bu kavramların diğer bilim alanlarıyla ilişkisine itibar edilmeksizin –diğer bir deyişle “*yöntem bağdaştırmacılığı*”na gidilmeksizin– sadece saf hukuksal bir değerlendirmenin esas alınması gerektiği savlanmaktadır.³⁰ Buna göre;

“Anayasa hukukunun saf teorisi, ne anayasa koyucunun amaçlarından, ne de toplumsal grupların çıkarlarından etkilenmelidir... (P)ozitif anayasa hukukunun yapısını tahlil etmeli, ama bu hukukun oluşumunda rol oynayan toplumsal, ekonomik ve siyasal koşulları dikkate almamalıdır.”³¹

Buna karşın, 1930’lu yıllardaki Amerikan hukuksal realizminin yeniden canlandırılması olarak da değerlendirildiği görülen –ve 1970’lerin sonunda ortaya çıkan– eleştirel hukuk hareketindeki yaklaşım, hukuksal usavurumun toplumsal bağlamdan bağımsız olmadığı yönündedir.³² Giderek, hukukun genel teorisine bağlı kalarak sadece “*yapı hakkında bilgi sahibi olma*”nın yeterli olamayacağı, sosyolojik yaklaşımın başlıca savı bağlamında ileri sürülen bir karşıt görüş olarak ortadadır. Buna göre:

““Ne”yi düzenlemekte olduğunu lâıyıkıyla bilmeyen, düzenlemek istediği sosyal maddeyi iyice tanımayan bir kimsenin, sadece “nasıl” düzenlemek gerektiği hakkında bazı fikirlere sahip olması onu başarıya ulaştırmaya kâfi gelmez.”³³

²⁹ Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Ekin Kitabevi, (Genişletilmiş ve Düzeltilmiş) Beşinci Baskı, Bursa, 2008, s. 7.

³⁰ Bkz. Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, Ekin Kitabevi, İkinci Baskı, Bursa, 1999, s. 162.

³¹ A. g. e., s. 17, 162 (alıntı yapılan kaynaktaki atıflara burada yer verilmemiştir).

³² Eleştirel hukuk yaklaşımı hakkında derli toplu bir kısa çalışma için bkz. Akbaş, Kasım, *Hukuk Eleştirisi ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Gündemi*, HFSA, 16. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu – III”, 7-9 Eylül, 2006, İstanbul, İstanbul Barosu, İstanbul, 2007, s. 351-364.

³³ Topçuoğlu, Hâmede, *Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk, C. I, Üçüncü Baskı, AÜHF Yayını, İstanbul, 1969, s. VI.*

Nihayet, Duguit de hukukun sadece pozitif hukuk yaklaşımıyla ve üretilmiş normlar üzerinden anlamlandırma çabalarıyla sınırlandırılmayacağı kanısındadır. Duguit, bu yoldaki ifadesinde şöyle demektedir:

“... Açıkça ve tam bir inanışla söylüyorum ki: hukuk profesörünün rolü positif kanunları şerhetmeğe inhisar edecekse bir dakika bile çalışıp uğraşmaya değmez.”³⁴

Bize göre, hukuksal pozitivizm çerçevesinde ortaya konulan görüşlerde zikredilen hususların kendi içerisinde bir değeri bulunduğu savlanabilir. Bununla beraber, *münhasıran* bu yaklaşımda ısrar edilmesinin olumlu sonuçlara varmayı mutlaka garanti edeceğini savlamak zordur. Bu anlamda, karşı görüş bağlamında çarpıcı bir ifadeye yer vermek gerekirse, Kirichmann’a göre;

“... pozitif yasaları konu edinmiş oldukları yani rastlantısal olanı bilimsel sandıkları için hukukçular, hastalılarda yaşayan ve yalnızca çürümüş tahatta yiyen kurtçuklar haline gelmişlerdir... Bilim rastlantısal olanı (yani konulmuş kuralları) konu edindiği için kendisi de rastlantısal olmakta ve kanun koyucunun üç yeni düzeltici kelimesi, koca kütüphaneleri okkalık kağıt haline dönüştürmektedir.”³⁵

Yine, öğretilen bir başka görüşe göre;

“(t)oplumsal gerçeklikle paralel biçimde hukuksal gerçekliğin de önceden öngörülemeyen ve somut olan karakteristiğinin karşısında, pozitif hukukun sınırlılığı ve yetersizliği, anlayan öznenin –hukukçunun– yaklaşım biçimini çok önemli kılmaktadır. Metin/yasa karşısında öznenin pozitivist bir tutum sergilemesi, onun bakışını yasa/metin ile sınırlayarak, yasa üstü olan diğer unsurların yorumsama sürecinde devreye sokulmasını olanaksız kılmaktadır. Bu yaklaşım biçimi, hukukun siyasal iktidar tarafından yozlaştırılmasına karşı direnci ortadan kaldırmaktadır. Diğer yanda doğal hukuksal bir yak-

³⁴ Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 11.

³⁵ Kirichmann’dan (Kirichmann, Julius Hermann, İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği, (Çev. Coşkun Üçok), AÜHF Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Enstitüsü Yayınları, Tercüme Serisi, Sy. 3, Ankara, 1949, s. 8) aktaran: Can, Cahit, *Hukuk ve Matematik*, HFSA, 13. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – II”, Sempozyum, 7-11 Eylül, 2004, İstanbul, Bildiriler / 1, İstanbul Barosu, İstanbul, 2005, s. 14 (aynı kaynağa ağ erişimi olanağı da vardır: www.law.an-kara.edu.tr/dosyalar/dersnotlari/cahit.doc).

*laşım da hukuk güvensizliğine veya keyfiliğe imkan tanıyabilir. Bu iki yaklaşım biçimi de, "hukukun varoluş tarzını kavramakta isabetsizlik göstermektedir. Bu yüzden her ikisinde de hukuk kendisini bulamamaktadır".*³⁶

Hukukta belirsizlik sorunsalı bağlamında ileri sürülen bir görüşe göre de;

*"... (H)ukuku kurallardan ibaret sayan geleneksel pozitivist düşünce ve bununla birleşen formalist yaklaşımın, hukukî belirsizlikle ilgili tartışmalarda savunulması oldukça güç görünmektedir."*³⁷

Hukuktaki belirsizlik sorunu üzerinde hukuksal pozitivizmin yeterli aydınlığı getiremeyeceği anlayışına ilişkin olarak, öğretilen bir diğer görüşe daha yer vermek yararlı olacaktır. Buna göre:

*"Hukuka matematik bir kesinlik getirilmek istenmesi, hukukun oluşturulması ve biçimlenmesinde; aklın, değer yargılarıyla beslenen değerlendirci bir düşünce ile tamamlandığı gerçeğini görmezden gelmeyi gerektirmektedir. Çünkü hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar çoğu kez değer yargısı farklılığı nedeniyle ortaya çıkmaktadır."*³⁸

Nitekim "töre" ile "değer yargıları" arasındaki bağıntı itibarıyla şu atasözü de aynı yargıyı dile getiriyor sayılabilir: "İl ilden ayruk olmaz, türesi ayruk olur" (ülkeleri sınırlar ayırmaz, töreleri / kuralları ayırır).³⁹

Daha ziyade Almanya'da 1930'lu yıllarda yaşanan deneyimlerin ışığında, 1945 yılı sonrasında iki ayrı hukuk felefi ortaya çıkmıştır: Hans Kelsen'in saf hukuk kuramı ile Gustav Radbruch'un hukuk felsefesi.⁴⁰ Birincide hukuk bilgisi, hukukun ne olduğunu irdeler ve hukukun ne olması gerektiğinin dışarıda bırakılması gerektiğini savunur; böylece, bir normlar kuramı olarak hukuk normlarının sonuç-

³⁶ Kılıç, *Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz*, op. cit., s. 100.

³⁷ Özkök, Gülriz, *Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine*, AÜHFD, C. 51, S. 2, 2002, s. 13.

³⁸ Can, *Hukuk ve Matematik*, op. cit., s. 7.

³⁹ Seviğ, Vasfi Raşid, *Borçlar Hukuku ve İktisat*, AÜHFD, C. 7, S. 3-4, 1950, s. 230.

⁴⁰ Bkz. Ökçesiz, Hayrettin, *Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı: "Radbruch Formülü"*, TBB, S. 56, 2005, s. 168 vd.

larıyla ilgilenilmemesi gerektiği anlayışını benimser.⁴¹ “Adalet” ögesi- ne dayalı ikinci yaklaşım ise, her pozitif yasanın –kendi içeriğine bakılmaksızın- belirli bir değer taşıdığını; ancak, adaletin amaçlanmadığı bir yasanın yalnızca “yanlış hukuk” değil, daha ziyade “her türlü hukuk olma doğasından yoksun” olmakla malûl kalacağını savlamaktadır.⁴²

Nitekim hukuksal pozitivizmin Alman hukukunda eski dönemlerde reddedilmesi bağlamında, bir Alman Federal Mahkemesi kararına atfen bu yöndeki bir değiniye yer vermek isabetli olacaktır. Buna göre, göçmen Yahudilerin ırkçı nedenlerle Alman vatandaşlığını kaybetmelerine temel oluşturan İmparatorluk Vatandaşlık Yasasına İlişkin 11. Tüzüğü, hukukun temel ilkelerine açıkça aykırılığı nedeniyle “yasaya uygun haksızlık” olarak nitelendirilmesi sözkonusu olmuş ve “bu normun pozitif hukuk üstü hukuka aykırılığına dayanarak” geçerliliğinin bulunmadığı kararına varılmıştır.⁴³ Ayrıca, Nazi döneminde yasaların –sonuçlarına bakılmaksızın- olduğu gibi uygulanması yaklaşımı benimsenmekle o dönem yargıçlarının ahlaki olmayan şeyler yaptıkları yönünde görüş ileri sürenler de bulunmaktadır.⁴⁴

Giderek Radbruch’un⁴⁵ deyişiyle “hukukun yalnızca ne olduğunu ve nasıl olduğunu ortaya koymakla hukuk güvenliğini tek başına gerçekleştirmekten uzak kalan”⁴⁶ saf hukuksal yaklaşımın, sadece konuya ilk bakışın içeriği kapsamında etkinlik sağlayabileceği ve bu bakımdan önem atfedilmesi gerektiği, ancak hemen akabinde bu noktada varılan sonuçların bir de ilaveten yöntem bağdaştırmacılığına uzanmak suretiyle varılacak sonuçlar karşısında değerlendirilmesi gerekliliği bulundu-

⁴¹ Bkz. Aktaş, Sururi, Pozitif Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirisel Bir Refleksiyon, AÜ-EHFD, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 264, 265.

⁴² Bkz. Ökçesiz, *Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı: “Radbruch Formülü”*, op. cit., s. 168 vd.

⁴³ Bkz. Heper, Altan, *Alexy’nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki*, HFSA, 12. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – II”, Sempozyum, 7-11 Eylül, 2004, İstanbul, Bildiriler / 1, İstanbul Barosu, İstanbul, 2005, s. 66, 67.

⁴⁴ Bkz. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, op. cit., s. 616-619.

⁴⁵ Radbruch, aslında Nazi dönemine kadar pozitivist görüşü benimsemekteydi; ancak, anılan dönemde yaşananlardan sonra görüşlerinde değişiklikler meydana gelmiş ve pozitivist anlayışın yetersizliğine değinmeye başlamıştır (bkz. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, op. cit., s. 616.

⁴⁶ Bkz. Ökçesiz, *Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı: “Radbruch Formülü”*, op. cit., s. 169.

ğu savlanabilir. Zira, "... şimdiye kadar geliştirilen bütün yorum yöntemleri daima sadece bir olası, fakat hiçbir zaman tek başına doğru bir karara ulaşmayı sağlayamaz."⁴⁷

Dolayısıyla, kanımızca, burada zikredilen her iki yaklaşımdan da yararlanılabilmesi gerekir. Nitekim idare hukukundaki "polis" kavramı üzerinde serdedilen farklı yaklaşımlar bağlamında Derbil'in bir ifadesi, bu meyanda dikkat çekiyor. Buna göre;

"... birbirine uymayan iki fikirden birisinin mutlaka yanlış olması gerekmez. Böyle fikirler çok kere birbirini bütünleyebilir. Biri meselenin bir cephesini, öteki diğer bir cephesini aydınlatabilir. Tek bir fikre saplanıp "yalnız bu vardır" demek her zaman doğru olmaz; "bu da vardır" demek daha yerinde olabilir. Böyle bir zihniyet karşımıza çıkan meseleleri her vecheden kavramamıza yardımcı olabilir."⁴⁸

Gerçekten, öğretilerdeki bir görüşte değinildiği üzere;

"... belki de yapmamız gereken şey, tarihsel/sosyolojik verilerden hareketle hukukun gerçekte hangi işlevi yerine getirmek (hangi toplumsal/insani ihtiyaçları karşılamak) üzere var olduğunu kavramaya çalışmak olmalıdır."⁴⁹

Nitekim bu yoldaki yaklaşıma genel anlamıyla bir destekleyici savı ortaya koyan öğretilerden bir görüşte, şu kanaate varılmaktadır: "İdeal bir hukuk sisteminden beklenen bütün sosyal durumlar karşısında hem net bir etkinliği, hem de işlevsel ve amaçsal olanın gerçekleştirilmesini sağlamaktır."⁵⁰ Nihayet, pratik bir hukuk sorununa yaklaşımda hukuksal yöntem olarak çok sayıda aşamayı öngören yaklaşımların⁵¹ da yargımızı desteklediği söylenebilir. Bu bağlamda, keza Dilthey'e göre de;

⁴⁷ Kelsen'den aktaran: Adomeit, Klaus, *Hukuki Yöntem*, (Çev. Altan Heper), HFSA, 10. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), İstanbul Barosu, İstanbul, 2004, s. 43.

⁴⁸ Derbil, Süheyy, Polis Kavramı, *AÜHFD*, C. 1, S. 4, 1943, s. 475.

⁴⁹ Balı, Ali Şafak, *Hukukun Meşruluğu*, HFSA, 16. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - III", Sempozyum Bildirileri, 7-9 Eylül, 2006, İstanbul, İstanbul Barosu, İstanbul, 2007, s. 79.

⁵⁰ Işıktaç, Yasemin, Bir Hukuk Tanımı Vermenin Zorunluluğu, *GÜHFD*, C. II, S. I-II, Haziran-Aralık 1998 (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/2_16.pdf).

⁵¹ "Hukuku bulgulamanın 12 işlem modeli" adı altındaki bahse konu yaklaşım için bkz. Adomeit, *Hukuki Yöntem*, op. cit., s. 48.

“... beşeri bilimler, yazılı metinlere yönelişinde öncelikle filolojik anlam eleştirisi yapmalı ve daha sonra da belli bir dönem ya da çağ için yüklendikleri tinsel anlamları ortaya çıkarmalıdır.”⁵²

Bu bağlamda Bentham’ın ifadeleri açıklayıcı olmaktadır. Bentham’a göre, hukuk hakkında bir şey söyleyecek olan herkesin, *açıklayıcılık* ve *denetleyicilik* gibi iki niteliği belirir. Bunlardan birincisi, hukukun ne olduğunu söylerken, ikincisi hukukun ne olması gerektiğini irdelemeye matuftur.⁵³ Böylece, yukarıda değindiğimiz “her iki yaklaşımdan da yararlanmak gerekir” yollu ifademizin, buradaki görüşle uyuştuğunu ve desteklendiğini söyleyebiliriz.

Nihayet, bu yaklaşım bağlamında bir ilave boyuta daha değinmek gerekirse; öğretilerdeki bir görüşte belirtildiği üzere, hukuksal pozitivizme yönelik eleştirilerin “kısmen” yanlış algılamalara dayandığı savlanabilir.⁵⁴ Buna göre, hukuksal kavramların incelenmesi ile hukuk kökenine ve ahlaki değerlere ilişkin tartışmanın birbirinden ayrı tutulmasını savunan pozitivist yaklaşım, bunların mutlaka *birbirini etkilememesi anlamına gelmez*. Bu görüşe göre;

“Açıktır ki, ayrı tutmak ile birini var sayarken diğerini yok saymak birbirinden farklı şeylerdir... (Nitekim,) pozitivistler, dönemlerinin hukuk anlayışına en radikal eleştirileri getiren insanlar olarak tarihe geçmişlerdir; hem de ahlak, felsefe ya da din adına.”⁵⁵

⁵² Kılıç, *Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz*, op. cit., s. 94 (alıntı yapılan metindeki atflara yer verilmemiştir).

⁵³ Bkz. Uzun, *İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin*, op. cit., s. 6, 7.

⁵⁴ Bkz. Leiter, Brian, *The Radicalism of Legal Positivism*, 8 Mart, 2010 tarihli taslak, s. 1-11 (<http://ssrn.com/abstract=1568333>). Yazara göre, hukuksal pozitivizmin “karikatürize” edilerek yanlış biçimde “formalizm” ile eşanlamli algılanması ve yargıçların yasa koyucunun vazettiği kuralları -sonuçları ne olursa olsun- “yazıldığı şekliyle” uygulayacakları yönünde getirilen eleştiriler isabetli değildir (bkz. a. g. e., , s. 1). Yine, yazara göre, Alabama’da 1950’lerdeki ırk ayrımcılığı gibi “geçerli / pozitif kurallar”ın varlığı durumunda, yargıcın bu ahlaka aykırı normlara itaatsizliği esastır; ne var ki, Alabama’da bir hukuk düzeninin varlığı ile bunun “iyi / adil” bir hukuk düzeni olup olmadığı, birbirinden farklı iki husustur (A. g. e., s. 4, 5).

⁵⁵ Uzun, *Hukuksal Pozitivizmi Doğru Okumak*, op. cit., s. 345. Yabancı literatürde de bu hususa değinildiği görülüyor. Buna göre, eşcinselliğin cezalandırılmaması yönündeki düzenlemenin getirilmesinde hiç bir entellektüel Hart kadar çabalamamıştır; yine, İsraili Raz, ülkesinin Flistinlilere kötü muamelesini ve diğer insan haklarını yermekte önde gelen kişilerden olmuştur (bkz. Leiter, *The Radicalism of Legal Positivism*, op. cit., s. 5, 6). Hart da aynı görüşü dile getiriyor ve Bentham ve Austin’in

Nitekim, benzer bir görüşe daha rastlıyoruz. Buna göre;

“Kelsen’in haklı olarak gösterdiği gibi bu tartışma gereksizdir; zira bu iki yaklaşım biçimi arasında tercih yapmak zorunlu değildir. Hukuki bilginin bu iki dalı arasındaki ayırım bir iş bölümünden ibarettir. Bunlar, birbirlerine rakip olmaktan ziyade birbirlerinin tamamlayıcısıdır. Her ikisinin de kendine has bir varlık sebebi vardır. Hukuk felsefesi hangi ilkelerin kabul edilmesi gerektiği sorusuyla uğraşır. Bu sorun adalet ile, dolayısıyla etik veya ahlaki felsefesiyle ilgilidir. Buna karşın, hukukun genel teorisi fiilen olan hukuku inceleyen. Amacı pozitif hukukun yapısını analiz etmek ve bu hukukun temel kavramlarını tesbit etmektir.”

Zeki Hafizoğulları’na göre de hukukun genel teorisi yaklaşımı hukuk felsefesi yaklaşımını bertaraf etmemektedir. Hatta hukuk deneyinin tam bir bilgisine varmak için değişik yaklaşım biçimleri gereklidir.”⁵⁶

Öte yandan, hukuku sadece hukuksal normların dar kalıbında çözümlenmeye çalışmanın, bir filozofun *“kendi saçlarından çekerek boğulmayı ummak”* şeklindeki benzetmesini anımsattığını ileri süren öğretiden bir görüşte, giderek daha ayrıntılı bir analizle aşağıdaki isabetli yargılara varılmaktadır:

“(H)ukuku yalnızca norm ile açıklayan ve/fakat onun ardındaki ikincil düzey hukuksal yapılara yol açan sosyolojik ve siyasal faktörleri ilgi alanı içine almayan..., hukuku yine salt hukukla anlamaya, ona yine ve yalnızca onun içinden bakmaya endeksli (bir) yöntem, idare hukukunu da o alana ilişkin normlarla bir tekabülîyet ilişkisi içerisinde görmekte. Bu biçimci ve kavramcı ekol, burada da (yani idari yargı kararlarının uygulanmaması sorununda) sorunun teşhisi ve ait olduğu alanın belirlenmesinde yetersiz kalmakta... Mills’e başvurursak, “sistematik, ama sadece kavramsal alanda sistematik bir çalışma yapmak; bundan ileriye gitmemekte ısrar etmek sosyal bilim çalışmalarında sadece biçimsel ve ‘merasim düşkünü’ bir tutumun sonucu sayılmalıdır. Böylesi bir yaklaşım, bizi salt tezahürler düzeyinin gündemine bağlamakta, münferit gibi görünen konular hukuk düzeninin yapısal bütünlüğünden ve bu bütünlüğü etkileyen faktörlerden bağımsız olarak ele alındığın-

“kuru hukuk analizleriyle” yetinmeyip, daha iyi bir toplum ve daha iyi hukuk düzeni / kuralları için “aşkla çabaladıklarına” değiniyor (bkz. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, op. cit., s. 596).

⁵⁶ Gözler, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998, s. 12 (alıntılanan kaynaktan atf yapılan eserlere burada yer verilmemiştir).

da da yalnızca kendine birşeyler söyleyen mikro analizlerle yetinme sonucuna varılmaktadır.”⁵⁷

Hukuk felsefesi disiplininin konuya bakışla görüşlerini ortaya koyan bir yazara göre de, “(h)ukuk, toplumdaki yalıtık değildir. Dolayısıyla toplumsal olanın farklı yönlerini ele alan disiplinlerle de ilişki içinde olmalıdır.”⁵⁸

Sonuç olarak geneli itibarıyla konuya bakılırsa, Çin Cumhuriyeti’nin son zamanlarda uyguladığı ekonomik siyasanın “kapitalizm” mi yoksa “sosyalizm” mi sayılması gerekeceğine yönelik Çinli yetkililerin iyi bilindiğini sandığımız yanıtı dikkat çekmektedir: “Kedinin ak veya kara olması değil, fare tutabilmesi önemlidir”.⁵⁹ Buradan ilhamla değinirsek; öğretilerde ortaya konulan yaklaşımların, kendi başına kategorik bir mutlak değerinden bahsetmenin güçlüğü ortadadır: Toplumsal gereksinimlerle veya toplumdaki gerçekliklerle bağdaşmayan bir hukuksal kuram veya yaklaşıma itibar etmenin veya bunda üstelik ısrar etmenin anlamlı sayılmayacağı açıktır. Bu bağlamda, 1991 yılında ekonomi dalında Nobel ödülünü alan Ronald Coase’nin, Hazlett’in “siyasi görüşlerinizi hangi temele oturtuyorsunuz” sorusuna verdiği “(h) içbir siyaseti sonuçlarının ne olduğunu düşünmeden reddetmem”⁶⁰ yanıtı, yaklaşım bakımından hukuk alanına gerekli aydınlığı getirmeye aday gösterilebilir.

Aksi durumda, münhasıran saf hukuk anlayışıyla hareket eden yaklaşımların sağlıklı sonuçlar vermeyeceğini savlamak mümkündür. Öğretilerde bu anlamda hukuksal kavramlar irdelenirken kavramların hangi ortamda, neden ve ne şekilde ortaya çıktığına yahut hangi aşamalardan geçtiğine göz atılmasının bu yaklaşım sahiplerince garipsen-

⁵⁷ Ozansoy, Cüneyt, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması ve İdare Gerçeği*, içinde İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Danıştay 133. Yıl Sempozyumu, 11-12 Mayıs, 2001, Danıştay Yayını, Ankara, 2003, s. 166, 167.

⁵⁸ Karakaş, *Hermeneutik ve Hukuk*, op. cit., s. 105.

⁵⁹ Bkz. *Kitabın Adı Budur – Tan Oral Kitabı*, (Nehir Söyleşi: Aydın Engin), T. İş Bankası Yayını, İstanbul, 2006, s. 501.

⁶⁰ Bkz. Hazlett, Thomas W., R. Coase ile Haklar, Kaynaklar ve Regülasyon Üzerine, içinde *Piyasa Dergisi*, S. 9, Ankara 2004, s. 78.

mesinde⁶¹ isabet bulunmadığı, kanımızca uygulamadan örneklere bakıldığında rahatlıkla görülebilecektir.⁶²

Nitekim ülkemizde idare hukuku öğretisine önemli katkı sağladığını düşündüğümüz Derbil, eski dönemlerde idare hukukunun meri mevzuatı ve mahkeme içtihatlarını birebir ele alarak, madde madde açıklama yoluna gittiğini, buna karşın “*zaman, mekan ve ihtiyaç bakımlarından muhakeme, mukayese ve tenkit*” yönteminin daha yerinde olacağını belirtmekteydi.⁶³ Bu yaklaşımın sadece eski dönemlere arız olduğunu sanmak, idare hukukumuz açısından ferahlatıcı olurdu. Oysa günümüzde de benzeri yaklaşımların sergilendiğini ileri sürmek, mutlak bir yanlışlık içerisinde olmaktan –ne yazık ki– beridir (bu yönde örnekler için bkz. aşağıda 69 no.’lu dipnot). Sözgelimi, imtiyaz kavramı, öğretinin içtihatlardan birebir ilkeler çıkarma yanlışlığının günümüzde de sürdürüğüne verilebilecek örneklerden sadece birisidir.

Anayasa hukuku bağlamında konuya bir örnek yargı kararını ele alarak değinmek yararlı olabilecektir. Anayasa Mahkemesi (AYM)’nin bu kararı, oyun kağıtlarında devlet tekeli kılınmış olması ve bu tekel sahibi tarafından tedarik edilenler dışındaki oyun kağıtlarını kullananların kaçakçılık suçu işledikleri gerekçesiyle hürriyeti bağlayıcı bir cezaya çarptırılmaları; buna karşılık, kaçak mal ithalini gerçekleştirenlerin yine kaçakçılık suçunu işlemiş bulunmalarına rağmen bu defa para cezasıyla tecziye edilmelerinin Anayasa’ya uygunluğu sorunu bağlamında gündeme gelmiştir.⁶⁴

⁶¹ Örneğin, bkz. Ulu, Güher, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü* (Kitap İncelemesi), *AÜHFD*, C. 57, S. 4, 2008, s. 406 vd.

⁶² Bu konuda özellikle imtiyaz kavramının ve keza kamu borçlanma sözleşmelerinin hukuksal niteliğinin öğretilde yanlış biçimde ele alındığı ve kavrandığı hususundaki görüşümüz için bkz. Çal, Sedat, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, TOBB Yayını, Ankara, 2008, s. 38-93; Çal, Sedat, Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuksal Yönden Değerlendirilmesi, *AÜSBFD*, C. 63-4, s. 89-134 (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/936/11660.pdf>) (ilk kavram bakımından) ve Çal, Sedat, Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 63-64, Kasım-Aralık 2009 (ikinci kavram bakımından).

⁶³ Bkz. Derbil, Süheyp, *İdare Hukuku*, C. I, AÜHF Yayını, Ankara, 1940, s. VI.

⁶⁴ AYM’nin 27 Mart, 1986 tarih ve E. 1985/31, K. 1986/11 sayılı kararı (9 Mayıs, 1986 tarih ve 19102 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

Bu konunun Anayasa'ya aykırılığının değerlendirilmesi, kaçınılmaz olarak, devletin gelir amaçlı tekel kılmasıyla öngörülen amaç ve bu çerçevede konuya ilişkin bir ekonomik analizi gerekli –ve giderek zorunlu- kılmaktadır.⁶⁵ Verilen “*hürriyeti bağlayıcı ceza*”nın öngörülen amaca uygunluğu ise, sosyolojik bir bakış açısını –yardımcı veya destekleyici değerlendirme unsuru olarak- kullanmayı elzem kılmaktadır.⁶⁶ İşte, bu örnek karar itibariyle de ortaya çıktığı üzere, sadece “*saf anayasa hukuku*” anlayışı bağlamında konuya yaklaşılmasının ne denli önemli bir eksikliğe yol açabileceği hususu –özellikle ve öncelikle- düşünülme gerekir.

Özetle, kanımızca yukarıdaki tesbitlerin yerindeliğinden öte daha önem taşıyan husus, hukukun analitik irdelenmesini, hukuksal kural- ların neden çıktığını ve hangi gereksinimi karşılamak amacıyla konul- duklarını, bir başka deyişle toplumdaki hangi “*çıkar dengelerini*” veya “*korunması gereken menfaatler dengesine yöneldiğini*” belirleme gereğinde yatmaktadır.⁶⁷ Aksi durumda ise, yanlış algılamalara ve yargılara var- ma tehlikesi doğabilecektir.

Bir varsayımsal örnek kurgu yaratarak, bu savımızı açıklamaya çalışalım: “*Halka açık bir parkta, henüz boyanmış bulunan ahşap bankta- ki boyanın kurumamasından ötürü bankta oturanların giysilerine bulaşma-*

⁶⁵ Karara muhalif kalan ve Sayıştay kökenli olmakla konuya hakimiyetinin çok daha fazla olduğu gözlenen AYM üyesi Mehmet Çınarlı'nın karşıoyunda ise, fevkalade isabetli gördüğümüz bir değerlendirmeye gidildiği görülmektedir:

“*Bin liralık tekel maddesi kaçakçısı 8 seneden 12 seneye kadar ağır hapis ve ayrıca ağır para cezasına çarptırılma durumu ile karşı karşıya bulunurken, 30 milyonluk diğer eşya kaçakçısı sadece ağır para cezası ödemekle kurtulacaktır. Kanunun toplu kaçakçılık saydığı bir suçtu işleyen iki kişi arasında, ceza uygulaması bakımından, bu kadar büyük bir farklılık yaratılmasında, daha önce verilmiş Anayasa Mahkemesi kararlarında varlığı şart koşulan, “haklı bir sebebi” bulmak mümkün değildir. Tekel maddesi kaçakçılığı da, gümrüğe tabi diğer eşya kaçakçılığı da, sonuç olarak, devlet gelirlerini ziyana uğratmaktadır. Bazı maddelere tekel uygulanmasının, devlete gelir sağlama dışında, daha büyük, daha önemli sebepleri bulunduğuna inanmak bugün son derece zorlaşmıştır. Mesela, sağlığa ayın derecede –hatta daha fazla- zararlı bazı maddeler tekel dışı- na çıkarılmışken, tekel uygulamasında toplum sağlığı endişesini aramak ve tekel maddesi kaçakçılarını ötekilerle kıyaslanamayacak kadar ağır bir ceza verilme- sini bu sebeple haklı görmek imkansızdır.” (“Vurgu”, tarafımıza aittir.)*

⁶⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Cooter, Robert / Ulen, Thomas, *Law and Economics*, 3. Bası, Addison Wesley Longman Yayınevi, 2000, s. 3.

⁶⁷ Aynı yönde bkz. Hırş, Ernest E., *Pratik Hukukta Metod*, (Genişletip değiştirerek işle- yen: Volf Çernis), 4. Tıpkı Basım, BTHAE, Ankara (tarihsizdir) s. 90.

sı nedeniyle, gerekli önlemleri almayan idarenin hizmet kusuru tahtında sorumluluğuna” hükmeden bir varsayımsal idari yargı kararına atfen, öğretinin sözgelimi aşağıdaki gibi bir çıkarımda bulunması tehlikesi belirebilecektir:

“İdarenin kamusal alanlardaki banklardan dolayı sorumluluğuna hükmedilebilmesi için;

a. Kamusal alanda kullanıma sunulan **ahşap** bir bank bulunması;

b. Bu bankın henüz boyanmış durumda bulunmasına karşın, boya kuruyana değin bankın kullanıma açılmamasını teminen idarece gerekli önlemlerin alınmaması; ve

c. Bundan dolayı bir zarar doğmuş olması

koşullarının birlikte gerçekleşmiş olması gerekir.”

Oysa, açıktır ki, kurgulanan örnek olayımızdaki konunun esası, bankın “**ahşap**”tan yapılmış olmasında değil; “*henüz kurumamış*” durumdaki, yeni boyalı bir banka ilişkin olarak halkın zarar görmemesi amacıyla idarenin gerekli önlemleri alması gereğinde düğümlenmektedir. Hukuksal değerlendirmesinde bu analitik kurguyu gözden kaçırmanın bir yaklaşım, doğal olarak “*bankın mutlaka ahşaptan yapılmış olması*” gibi yanlış bir yargıya varabilecektir.⁶⁸

⁶⁸ Bu varsayımsal örneğimiz, aslında kamu hizmeti ve imtiyaz kavramlarına yönelik olarak idare hukuku öğretisinde ileri sürülen yaklaşımlarla neredeyse birebir örtüşen bir analogik niteliktedir. Sözgelimi, kamu hizmeti imtiyazı sözleşmelerinin eski devirlerde doğrudan halka sunulan hizmet karşılığında toplanan gelirle finanse edilmesinden yola çıkan bir yaklaşımla, halka doğrudan hizmet verilmesi ve bunun yerine aynı hizmetin bir kamu kuruluşuna sunulması durumunda, keyfiyetin kamu hizmeti imtiyazı sayılamayacağı gibi örnek görüşler bulunmaktadır (bkz. Sezginer, Murat, İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci, *GÜHFD*, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 1080, 1081). Yine, imtiyazcının bir kamu hizmeti imtiyazı örneğinden kâr ve zararı kendisine ait olmak üzere faaliyet gösterdiğine yönelik belirlemeden –tam da Derbil’in eleştirdiği şekilde (bkz. yukarıda 64 no.’lu dipnotta alıntılanan görüş)- birebir “idare hukuku ilkesi” çıkaran öğretisi, hizmetin uzun süreli olarak devlete satılması yoluyla tüm temel risklerin devlete yüklendiği durumlarda, bu konuyu kamu hizmeti imtiyazı olarak nitelendirmeme yoluna gidebilmektedir (bkz. a. g. e.,. Nitekim yazara göre, “... idarenin karı garanti etmesi, hizmeti yürütecek olana ödemede bulunması gibi usuller imtiyaz sözleşmesi kavramına yabancıdır”) (alıntılanan bu görüşün eleştirisine ileride 137 no.lu dipnotun bulunduğu paragraf ve devamında yer verilmektedir)).

Nitekim, öğretilerden bir görüşe göre;

“(y)orum ve yaşayan hukuk açısından kavramlara ilişkin bilimsel tartışmaları, yargılama hukukunun tekniği ve içtihatların içine hapsedmek, orada dondurmak, onları yalnızca yoksulaştırır. Kavramların bugüne ilişkin vurgusunu ve tarihsel özünü, çifte bağını olarak görmek gerekir. Bu özü belirlemede her kavramın tarihi bir araçtır. Eğer bilimsel bir gelenekten bahsedilecek ise aksi durum, yani kavramın yalnız içeriği ile ilgilenmek gerektiği iddiası, çalışmaları amatör bir düzeyde bırakır.”⁶⁹

Kaldı ki, öğretilerde değinildiği üzere;

“... değer ögesinden soyutlandığı normun salt emir ögesini benimseyen yaklaşım doğrultusunda biçimci hukuk anlayışı, biçimsel demokrasi oluşumunun başlıca nedenlerinden biri konumundadır.”⁷⁰

Yasanın yaratıcısının gerçeklik değil ve fakat otorite olduğu anlayışından hareket eden hukuksal pozitivizmin⁷¹ demokrasi bağlamında doğurduğu olumsuz sonuca değinen bir başka görüşte, daha çarpıcı bir ifadeye yer verilmektedir:

“Bugün, Türkiye örneğinde bir kısım hukukçuların öncülüğünde ulusal egemenlik-parlamento-yasa özdeşliği sağlanarak yaratılan siyasi iktidar fetişizmi ve yargı düşmanlığı, hukuk devletine giden yolda birkaç yüzyıldır alevli bir şekilde yaşanan doktriner tartışmalardan bihaber görünüyor.. Sorun; si-

Yine, sözcüğümleri, altyapı faaliyetlerinin özel girişimciler eliyle ve idareyle sözleşme ilişkisi içerisinde sunulmasına yönelik yap-ışlet-devret (YİD) modeli uygulamalarının gündemi yoğun biçimde oluşturduğu dönemlerde konuyu irdeleyen Danıştay mensubu bir yargımcı eserinde, anılan model tahtındaki “ileri teknoloji ve yüksek maddi tutar” öğelerinin “modelin gereği” olarak öne sürüldüğü görülmektedir (bkz. Polatkan, Vahit, *Yap İşlet Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim*, Ankara, 2000, s. 57, 58). Oysa bir faaliyetin anılan modelle gerçekleştirilmesi ile sözü edilen iki öge arasında bir zorunluluk ilişkisinden söz edilemez (bkz. Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit., s. 152-155).

İşte, tüm bu örneklerde, analitik inceleme yetersizliği veya eksikliği nedeniyle “kavramların künhüne vakıf olamama” şeklinde betimlenebilecek bir keyfiyetin belirdiği savlanabilir.

⁶⁹ Akkaya, Rukiye, Kamu Hukuku Eğitiminin Fransa’da Tarihsel Kökleri ve Kamu Hukuku Okulları Üzerine Notlar, *AÜEHFD*, C. VII, S. 3-4, Aralık 2003, s. 155.

⁷⁰ Can, *Hukuk ve Matematik*, op. cit., s. 40.

⁷¹ Bkz. Caniklioğlu, Meltem Dikmen, Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri, *DEÜHFD*, C. 10, S. 1, 2008, s. 30.

yasi iktidarın yasalar yoluyla çoğunlukçu baskı yaratabilme potansiyelidir ve kanun fetişizmi ile beslenmektedir.”⁷²

Bu meyanda, bir önceki paragrafta alıntılanan yazarın değindiği çarpıcı bir belirlemeye daha yer vermek yerinde olacaktır. Buna göre:

“Kelsen’in somut gerçekliğe “aşkın mantıksal” yaklaşımı ya da biçimci hukuk” anlayışı doğrultusunda norm, içeriğinden (ahlak, mantık, adalet, sosyal gereksinim vd.) bağımsız ve emredici bir anlamdır görüşündeki belirleyicilik, günümüz Türkiye’sinde yaşanan birçok olumsuzluğa da anlaşılabilirlik kazandırmaktadır.”⁷³

Yine, öğretide daha eski tarihlerden günümüze dirayetle uzanan bir başka görüşe göre;

“Hukukçu her hangi bir maddeyi tatbik ederken tefsir ameliyesini... ilmî biçimde yapmalı ve bulduğu tefsir normunu mantıkla da isbat edebilmelidir. Neticenin maddenin lafzına veya ruhuna ve yahut menfaatler vaziyetine uyduğunu iddia etmek kafi değildir. İntihap edilen tefsir şeklinin hangi sebeple-re binaen daha elverişli olduğu isbat edilmelidir. Bu isbat mantıki ve ikna edici olmalıdır.”⁷⁴

Yaklaşık olarak aynı dönemlerden bir başka görüş ise, idare hukukunun duayeni “bilge” Onar’dan gelmektedir. Onar’ın ifadesiyle;

“... idare hukukunda bu hukukun kökünü, kaynağını teşkil eden siyasî, iktisadî, içtimaî olayları, bu olaylardan kaidenin nasıl ve niçin çıktığını ve ne gaye takip ettiğini ihmal etmek doğru olmaz.”⁷⁵

Öğretiden –benzer biçimde konuya yaklaşan– bir diğer görüşteki ifadeye göre de; “(h) iç şüphesiz, ilmî bir tetkik, metinler üzerinde değil, her hâdisenin sebeplerini ve neticelerini araştırmak suretile yapılabilir.”⁷⁶

Yine, eski dönemlerden bir değerlendirmeye göre;

⁷² A. g. e., s. 33

⁷³ Can, *Hukuk ve Matematik*, op. cit., s. 39.

⁷⁴ Hırş, Ernst, *Pratik Hukukta İlmî İspat ve Tefsir*, AÜHFD, C. 1, S. 1, 1943, s. 137.

⁷⁵ Bkz. Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. XII.

⁷⁶ Derbil, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 8.

“(i)limde büyük güçlüklerden biri, gördüğümüz hâdiselerin göremediğimiz sebeplerini araştırmaktır. Hâdiseler iştirak ettikleri sebeplerle –halkalarını birbirinden ayırmak kabil olmayan– ince bir zencir teşkil eder. Bir ilim adamının vazifesi, bu bağları araştırarak müşterek esasları bulabilmektir.”⁷⁷

Bir bakıma, idare hukuku bakımından kavramlar ve ilkeler ele alınırken idare hukukunun dar teknik yaklaşımla incelemesine gidilmesi gerektiği –böylece– söylenebilir. Öğretiden bir görüşte de değinildiği üzere;

“(d)isiplinin “dışarı” ile kapısını kapatmayan bu yöntem sayesinde... idare hukukunun kendi içine kapanmasına engel ol(unabilecektir). (Böylece) alanın kavram, ilke ve kurallarının varlığı ve değerleri kendinden menkul olmaktan çıkar, sorgulanmaya, anlaşılmaya ve dönüştürülmeye açık hale gelir... (Zira s)af ve kendinden menkul hukuki kavramlar yoktur... (Bu durumu dikkate almaksızın “ö)tesi” ile arasına geçilmez duvarlar koyan hukuk, kendi içine kapanmakta (ve) gittikçe teknik, kısır, anlaşılmaz ve anlamaya yönelik araçlar üretemez hale gelmektedir... (Ne var ki, d)isiplini yer aldığı bağlamından kopararak herhangi bir bütünsel yaklaşım geliştirmeden salt teknik hukuki araçlarla, bunların işleyiş ve sorunlarıyla uğraşanların, dönüşümler karşısındaki tavırları da sağlıklı olamaz... (Esasen, d)isiplin içinde yer alan teknik hukukçuların, alanların dönüşümünü algılayıp yorumlamaları ve yeni bir inşa sürecine girmeleri (de) genellikle mümkün değildir.”⁷⁸

Yine, bilge Onar’ın ifadesiyle;

“... idare hukukunda bu hukukun kökünü, kaynağını teşkil eden siyasî, iktisadî, içtimaî olayları, bu olaylardan kaidenin nasıl ve niçin çıktığını ve ne gaye takip ettiğini ihmal etmek doğru olmaz.”⁷⁹

Bu meyanda, yine Onar’a atfen değinmek gerekirse;

“... idare hukukunda her kavramı evvela kendisini doğuran siyasal, sosyal ve iktisadî neden ve etkenler bakımından tahlil etmek ve açıklamaya çalışmak en uygun yöntemdir.”⁸⁰

⁷⁷ Musliheddin Âdil (*Mukayeseli Hukuku İdare*, Güneş Matbaası, İstanbul, 1933)’den aktaran: Karahanoğulları, Onur, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 102.

⁷⁸ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 2.

⁷⁹ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. XII.

⁸⁰ A. g. e., s. 119.

İdare hukuku öğretisinde varılan yargıların sosyal gerçekliği ne denli kavradığı yolunda yeterli çabanın gösterilmemesi, belki kuramcılarının uygulamada ne olup bittiğiyle yakından ilgilenmek hususundaki çaba eksikliğinden, belki de içinde buldukları görece kapalı çerçevenin sınırlarını zorlamamaları nedeniyle ortaya çıktığı savlanabilecek –Ward’ın değindiği- “yakınlık hatası”ndan⁸¹ kaynaklanmaktadır. Nitekim, bu bağlamda dikkat çeken bir tesbit, Fuller’den geliyor. Buna göre, “olan hukuk”la ilgilenildiği kadar “olması gereken hukuk” a ülfet gösterilmemesi, her türden yargılama etkinliğinde karmaşa yaratacaktır; lâkin, bu karmaşa en çok idare hukuku alanında zirveye varmaktadır.⁸² Öğretinin, ülkemizdeki durum bağlamında bu tesbite özellikle kulak vermesinde büyük önem vardır kanısındayız.

Hemen bu noktada, Frank’ın hukuk fakültelerinde öğretim üyelerinin büyük kısmının beş-on yıl sürelerle uygulamada yer almış olanlar arasında seçilmesi yönündeki önerisinin dikkat çektiğini de ayrıca belirtelim.⁸³ Nitekim, idare hukukumuz bakımından kaynak oluşturan Fransız öğretilerinden Sfez’in, bu gerekliliğe daha 1970’lerde değindiğini görüyoruz. Buna göre, Fransa’da yeni bir “ekonomik yargı” kurulması ve aynı zamanda iktisatçı, hukukçu ve sosyolog olan yeni bir yargıç tipinin yaratılması gereği bulunmaktaydı.⁸⁴

Yine, hukukumuz açısından dikkate alınmasında yarar bulunduğu savlanabilecek bir diğer görüşteki ifade içerisinde ise;

“... günümüzde hukukçuların, doktrinin dar ve katı kalıplarını terk etmeyi göze alarak, hukukun hayata geçirilmesinde devreye giren hukuk alanı dışındaki etmenleri daha fazla dikkate aldığı, **en azından gelişmiş ülkelerin bazılarında bunun böyle olduğu**”⁸⁵

ileri sürülmektedir.

⁸¹ Bkz. Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk)*, op. cit., s. 119.

⁸² Bkz. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, op. cit., s. 648.

⁸³ Bkz. Gürkan, Ülker, *Hukukî Realizm Akımı*, AÜHF Yayını, Ankara, 1967, s. 96.

⁸⁴ L. Sfez (l’Administration prospective, A. Colin, Paris, 1970, s. 199)’den aktaran: Tan, Turgut, *Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi, AİD, C. 8, S. 2, Haziran 1975, s. 49.*

⁸⁵ İnsel, Ahmet, İktisat ve Hukuk Arasındaki Karmaşık İlişki, *Güncel Hukuk Dergisi*, Aralık 2005 (www.birikimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=113) (“*vurgu*”, tarafımıza aittir).

Şu halde, Kelsen'in ileri sürdüğü saf hukuk kuramı uyarınca "özellikle sosyoloji, felsefe, etik, politika vd. hukuk alanının dışına sürülerek"⁸⁶ "saf hukuk" anlayışı içerisinde hukuksal kavramlara yaklaşılmaması ve böylelikle "kendisine yabancı tüm unsurlardan kurtulması"⁸⁷ önerisinin kabul edilmesi, aksi yönde hareket edilerek hukuk felsefesi veya tarihsel açılardan kavramlara yer verilmesi durumundaysa "kötü bir tarihçi", "kötü bir siyasal bilimci" ve "kötü bir felsefeci" nin ortaya çıkacağı yaklaşımının benimsenmesinde⁸⁸ isabet görmek zorlaşmaktadır. Bununla beraber, idare hukukumuz bakımından ülkemizde "saf hukuk" anlayışıyla örtüşen bir hareket tarzının izlendiğine yönelik öğretilerde tesbitler yapıldığı hususunu burada hemen zikretmekte yarar vardır. Buna göre;

"(k)amu hizmeti konusunda, siyaset bilimi yüzyıl başında az da olsa idare hukukuna sızabilmişse de kamu maliyesi, kamu ekonomisi ya da genel olarak ekonomik yaklaşımlar idare hukuku alanında hemen hiç kullanılmamıştır."⁸⁹

İdarenin kamu parasını harcadığı faaliyetlerinde işleri ihalesiz görmesiyle ilgili olarak kimi çarpıcı örneklerle atfen konuya eğilirsek,⁹⁰ disiplinler arası ilişkinin gerekliliğine yönelik savımızı daha iyi ortaya koyabiliriz düşüncesindeyiz: İdarenin milyarlarca lira hacmine varan bayındırlık yapım sözleşmelerinde ihaleye gitmemesi hususu idare hukukçularınca değerlendirilmek durumunda kalındığında, "teknik hukuk" yaklaşımıyla konuya eğilmek nasıl mümkün olabilecektir veya nasıl olup da sağlıklı bir hukuksal analize yer verebilecektir? Şayet, sadece idarenin bu etkinliğinde idari işlemin ("amaç" dışındaki) yetki vbg. unsurlarının ele alınması sözkonusu olacak ise, varılacak sonuç nasıl olup da makul ve mazur gösterilebilecektir?

Sözgelimi, idare hukuku kuramcıları imtiyaz sözleşmelerinde idarecinin imtiyazcayı seçimi konusunda takdir yetkisine sahip kılınması gerektiğini ileri sürerken ve Fransız idare hukuku kaynaklı mahut *intuitu personae* kavramına bu bağlamda neredeyse hiç sorgusuz dayanırken, bu durumun kamu hizmetinin gerektiği gibi görülebilmesi ba-

⁸⁶ Can, *Hukuk ve Matematik*, op. cit., s. 13.

⁸⁷ Bkz. Gözler, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, op. cit., s. 17.

⁸⁸ Bkz. A. g. e., s. 273.

⁸⁹ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 9.

⁹⁰ Atfı yapılan örnekler için bkz. Çal, *Hukukta Bilimsel Yaklaşımın Önemi*, op. cit.

kımından bir zorunluluk olduğu⁹¹ ve keza idarenin imtiyaza konu hizmetin özel girişimciler eliyle görülmesinde sorumluluğunun devam edeceği⁹² gibi –kanımızca ilintisiz– savlarını ortaya koymaktadır.⁹³ Öğreti, işte tam bu noktada, idarenin faaliyetlerini yürütürken bu gereksinimi duyduğu kanısına nasıl ve neye dayanarak varabilmektedir? Öğreti, genel olarak üniversite kürsüsü sınırlarında işteğal eylediğine ve idari yapıda –ayrık örnekler dışarıda tutulursa– görev almadığına göre, bu eksikliği veya gereksinimi nereden –ve nasıl– teşhis edebilmektedir?

Açıktır ki, toplumda kamu hizmetleri görülürken bu yönde bir eksiklik doğduğunun belirlenebilmesi, eskilerin “*hissi kablel vuku*” deyişinin ortaya koyduğu gibi bir metafizik intikal yoluyla gerçekleşmez; yahut, deyiş yerindeyse “*gökten zembille inmez*”. Buradaki keyfiyet, ancak –ve sadece– ya bir sosyolojik gözlem yapılmasına bağlıdır; yahut, idari yapı içerisinde görev almış olmakla birinci elden böylesi bir gereksinimin doğduğuna şahit olunmasını gerekli kılar. Nitekim, öğretiden bir görüşte değinildiği üzere;

“Hukuku uygulayacak, tamamlayacak hatta bizzat hukukun yaratılması faaliyetine katılabilecek olan hukukçunun, bu hususlarda başarı gösterebilme-

⁹¹ Örneğin, bkz. Sezginer, *İmtiyaz Sözleşmelerinde İmtiyaz Süreci*, op. cit., s. 1090-1093.

⁹² Duran, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 334; Sızlı, Gülhanım Erol, *Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması*, DPT Uzmanlık Tezi, DPT Yayını, Ankara, 1999, s. 51.

⁹³ Bu hususta ayrıntılı bir eleştiri için bkz. Çal, Sedat, “Intuitu Personae” veya İmtiyaz Sözleşmesinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine... (anılan makale, 2008 yılı sonlarında yazılarak yayımlanmak üzere değerlendirilmesi istemiyle AÜHF’ye sunulmuş, ancak dergi hakeminin yarıyıllık bir süreden sonraki (işbu çalışma içerisinde öyküsüne kısaca yer verdiğimiz) olumsuz raporu üzerine, bu kez Zabunoğlu Armağanı’nda yayımlanmak üzere 2009 yılı Haziran ayında ilgili düzenleme kuruluna iletilmiş, ancak söz konusu Armağan’ın aradan geçen –ilave– bir yıllık süre boyunca yayımlanması konusunda herhangi bir gelişmenin ortaya çıkmaması üzerine geri çekilerek, yayımlanmasını teminen nihayet *TBB Dergisi’*ne sunulmuş olup, halihazırda hakem incelemesi aşamasındadır ve yazılmasının üzerinden bu yana geçen iki yılı aşkın süre içerisindeki “makus talihinin” bu “son girişim”le “son bulacağı” umulur). Öğretide değinildiği üzere, “(b)atılı kavramlar, alındıkları yerlerin özellikleri göz önünde tutulmadan aynen iktisap ve tatbik edildiğinden, ülkemizde uyumsuzluk göstermektedir” (bkz. Atalay, *Yabancılarla Tanınan Ekonomik Yatırıma İlişkin Hakların Sınırlandırılmasının Tarihi ve Hukuki Temelleri*, op. cit., s. 409).

si için hukukun fonksiyonel bir izahundan haberdar olması lâzımdır ki bunu da ancak bazı sosyolojik hakikatleri öğrenmekle kazanabilir.”⁹⁴

Bundan dolayıdır ki, hukukçuların yasa koyucu tarafından belirlenmiş iradeyi hiç değiştirmeksizin uygulayacaklarını öngören saf hukuk kuramı,⁹⁵ eksik kalmaktadır. Kaldı ki, hukuk hakkındaki âmiyane bir bilgiyle, onun iktidar tarafından dilendiği şekilde yapıлып değiştirilebilen bir şey olduğu sanısı yanlıştır.⁹⁶ Keza, öğretilerdeki bir ifade içerisinde değinildiği üzere;

“... hukuku, içerdiği öğelerden bir tanesiyle (norm ile) açıklamaya çalıştığımız zaman; ahlaksal, sosyolojik, psikolojik, tarihsel vb. pek çok ögenin bileşimiyle varlığını kazanan bu sosyal gerçekliği açıklayamamış daha doğrusu yanlış açıklamış oluruz...”⁹⁷

İşte, bu gibi durumlarda sosyolojik gözlemleri veya idari faaliyet pratiği bilgilerini “dışarıdan” almakta sakınca görmeyen öğretinin, konu halkın idari işlemler karşısında ihalesiz işlemler dolayısıyla korunabilmesi bakımından imtiyazın tarihsel kökenlerine veya iktisadi boyutlarına yer vermeye gelince, bu yöndeki analizleri “saf hukuk” yaklaşımı dolayısıyla reddedilmesi olanağına nasıl olup da sahip olacağı, büyük bir muammadır. Şayet, saf hukuk yaklaşımını benimseyecek ve hukuk alanı dışındaki analizlere kulak asmayacaksak, böylesi bir anlayışa dayanıldığında öğretinin “hukuk dışı” alanlara müracaat olanağının ortadan kalkmış olması gerekmeyecek midir? İhalesiz işlemler dolayısıyla ekonomik dengelerin bozulması yönünde konuya göz atan bir yaklaşım, neden dolayı “iktisadi hukuk yaklaşımı” sayılarak reddedilecektir?

Tüm bu sorular –ve sorunlu alanlar– üzerinde ayrıntılı biçimde durulması gerektiği kanısındayız. Ancak, işbu çalışmada sadece idare hukukundaki bu yapısal sorunlara değinmeyi ve dikkat çekmeyi amaçlamakta olduğumuz veçhile, ortaya konulan bahsekonu hususların ayrıntılarına girilmeyecektir. Sadece kısaca değinmek gerekirse, hukuksal pozitivizm yaklaşımıyla bu meyanda aydınlığa ulaşma

⁹⁴ Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk)*, op. cit., s. V.

⁹⁵ Can, *Hukuk ve Matematik*, op. cit., s. 11.

⁹⁶ Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk)*, op. cit., s. 119.

⁹⁷ Can, *Hukuk ve Matematik*, op. cit., s. 11.

olanağı kalmıyor görünmektedir. Nitekim bir görüşe göre, yalnızca hukuk normlarına ilişkin genel bir bilgisel araştırmaya gidilmesi ve normların ayırdedici özelliklerinin araştırılmaması, giderek olgu ve değer arasına aşılmaz ayrılık konulması, norm üretme sürecini bilgisel alanın dışına çıkarmaktadır. Böylece, toplumsal ve siyasal olanın da ayrılması sonucuna yol açmaktadır. Hukuku oluşturan yapı, dolayısıyla, hukuk biliminin dışında bırakılmaktadır.⁹⁸

Sonuçta varılan nokta ise, hemen yukarıda değinildiği üzere, hukuk normları ve kavramlarının algılanabilmesi için gereken toplumsallığın (ki, “toplumsal olan siyasal, siyasal olan toplumsaldır”⁹⁹) göz ardı edilmesi nedeniyle hukuk alanındaki yetkinliğe darbe vurulması şeklinde tecelli ediyor görünmektedir.

II. Analitik İrdeleme Yoksunluğu ve Şekilci Değerlendirme Sorunu

Hukuksal yaklaşım açısından kuramsal çerçeveye yukarıdaki paragraflarda kısaca bu şekilde değindikten sonra, anılan kuramsal çerçeveye dolaylı yoldan ilgisi –belki– kurulabilecek bir başka hususa geçmek istiyoruz. Hukuk alanında, (Avusturyalı hukukçu Kelsen’in ortaya koyduğu¹⁰⁰) saf hukuk teorisi dışında tarihsel, felsefi yahut sosyolojik açılardan konulara yaklaşılabilir ve bunların her biri yine bilimsel nitelikte sayılır.¹⁰¹ Ancak, bilimsel yaklaşım olarak değerlendirilme-

⁹⁸ Bkz. Karakaş, Jale, *Hukuki Pozitivizmde Norm Üretme Sürecinde Ortaya Çıkan Epistemolojik Problemler*, HFSA, 10. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), “Yirmibirinci Dünya Felsefe Kongresi – Dünya Problemleri Karşısında Felsefe”, 10-17 Ağustos, 2003, İstanbul, İstanbul Barosu, İstanbul, 2004, s. 98-101.

⁹⁹ A. g. e., s. 100.

¹⁰⁰ Kelsen’in anılan kuramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aydemir, Süleyman Ruhi, Hans Kelsen’in Saf Hukuk Teorisi ve Devlet Anlayışı, *Mevzuat Dergisi*, Y. 7, S. 76, Nisan 2004 (<http://www.mevzuatdergisi.com/2004/04a/04.htm>).

¹⁰¹ Bkz. Gözler, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, op. cit., s. 161. Ancak, yazara göre, bu yaklaşımlardan tarihsel, felsefi ve sosyolojik olanları, bilimsel olsalar da, hukuk çalışması olmazlar. Bu görüşe kuşkuyla yaklaşıyoruz. Zira hukukun felsefeyle yahut sosyolojiyle bağlantısının ne ölçüde kurulduğuna bağlı olarak, ağırlığın ne denli birinden diğerine kaymakta bulunduğuna göre farklı değerlendirmelere gidilebilir kanısındayız. Giderek, önemle değinmek gerekirse, sözgelimi sosyolojik açıdan bir hukuksal kavramı irdelemek belki sosyoloji bilimi kapsamında kalacak bir bilimsel çalışma olarak değerlendirilebilir (bkz. İbid). Ancak, böylesi bir çalışmada

si olanağını göremeyeceğimiz yaklaşımlar da görülmektedir. Sözgelimi, bir hukuksal kavramın irdelenmesinde şekilci/formalist –yahut başka bir deyişle şabloncu– bir yaklaşım sergilenmesinin bu kapsam dahilinde değerlendirilebileceği savlanabilir.

Hemen aşağıda, hukuk teorisyenlerinin akademik işleyişteki uygulamalarında kimi zaman karşılaşılan bu hususa değinmeyi öngörüyoruz. Ancak, yeri gelmişken ifadeye cevaz verilirse, şekilci yaklaşımın akademik etkinlikler dışında –sözgelimi, özellikle devlet bürokrasisinde– dahi ziyadesiyle karşılaşılan bir tür “*hastalık*” olduğunu ayrıca vurgulamakta yarar vardır.¹⁰² Bu satırların yazarı, kamu bürokrasisinde geçirdiği görece uzun yıllar içerisinde –genellikle verimsizlik üreten- bu yollu çabalara türlü zamanlarda çokça şahit olmuştur; kaldı ki, kendisini bu hastalıktan ne denli bağışık kılabilirdiği de, doğrusu kuşkulu sayılsa yeridir. Yıllar öncesinden bir anekdot, bürokratik işleyişteki şekilciliğin vardığı noktaya ilişkin olarak buruk bir tebessüm yaratmaya elverişli bir uygulamayı aktarmaktadır. Buna göre, 12 Eylül sonrasındaki dönemde İstanbul Belediyesi yönetiminde resmi belgelerin birbirine toplu iğneyle tutuşturulmaları bakımından –belgeye iştirilen toplu iğnenin küçük yaralanmalara neden olmamasını teminen– iğnenin ufkî (soldan sağa) değil ve fakat yukarıdan aşağıya doğru raptetme yönünde kullanılmaması, bizzat –dönemin uygulaması

varılan yargılardan kavramların veya kuralların hukuk alanında irdelenmesi sürecinde yararlanılması, tamamen başka bir husustur. Dolayısıyla, “hukuksal saflık” adına bu tür bir yararlanmadan uzak kalınması, hukuk alanından uzaklaşılması bağlamında değerlendirilmemek gerektir. Hatta, bu tür bir yönetime gidilmesinin özellikle gerekli olduğu da savlanabilir, ki biz bu kanıdayız. Böylesi bir yararlanmadan yoksunluk durumunda ise, sözgelimi idare hukukunda imtiyaz kavramının öğretide bir türlü gerektiği biçimde kavranamayışı gibi, çok önemli sorunlar ortaya çıkmaktadır (anılan eksikliğin uygulamada ne tür sorunlar doğurduğu hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit., s. 361-407).

¹⁰² Şekilciliği bir silah veya mazeret gibi kullanma yaklaşımının, esas itibarıyla öze ilişkin değerlendirme yapma yetisinde eksiklik duyumsandığı durumlarda bir kurtarıcı olarak şekil eksikliklerinin hemen öne çıkarılıvermesi meyanında belirdiği savlanabilir. Bu durumun, yargılamalar sürecinde mahkemelerimizde dahi –ziyadesiyle- karşılaşılan bir rahatsızlık kaynağını oluşturduğu söylenebilir. Bir avukat dostumuzun ifadesine göre, aşırı sayıdaki dava dosyalarına yeterince hazırlanma olanağı bulamamış yargıcın dava dosyasının sayfalarını çevirmesinden, bir şekil eksikliği arayarak duruşmanın ilgili eksikliğin giderilmesini teminen ileri tarihe atılmasını amaçladığı kolayca anlaşılabilir.

olarak, askeri rütbeli- belediye başkanı tarafından, memurların ağır biçimde azarlanmasına yol açmaktaydı.¹⁰³

Bu bağlamda, bilimsel yaklaşım bakımından idare hukuku öğretisinde gözlemlendiği savlanabilecek bir önemli husus, genellikle olgulara, olaylara ve kavramlara bakışta, giderek idare hukuku öğretisinin genel akademik işleyişindeki değerlendirmelerde şekilci bir yaklaşımın izlerinin görülebilmesidir. Öyle sanıyoruz ki, analitik bakış açısını yansıtan pek çok akademik çalışma bulunmakla beraber, şekilci yaklaşımın hâlâ kendisini ağır biçimde hissettirebildiği örnekler de ziyadesiyle mevcuttur.

Bahsekonu örneklerde, sözgelimi, akademik çalışmalarda ileri sürülen bilimsel savların irdelenmesine ve bilimsel bakımdan sorgulanmasına gidilmeyebildiği; bunun yerine, ilgili akademik çalışmaların hacmi, yahut başlıkta yer alan kavramın içerikte sadece “*ismen*” sonlarda yer verilmesi gibi, tamamen şekilsel öğeler üzerinden yargılara varılabildiği, ne yazık ki, görülmemiş şeylerden değildir.¹⁰⁴

¹⁰³ Bkz. Kutlar, Onat, *Gündemdeki Konu*, T. İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2005, s. 44.

¹⁰⁴ Örneğin, AÜHFD’de yayımlanmak üzere iletilmiş olan 96 sayfalık “*Intuitu Personae*” veya İmtiyaz Sözleşmesinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine...” başlıklı çalışmaya ilişkin –sadece bir sayfalık ve dört paragraflık!- hakem değerlendirmesi raporunda, çalışmanın başlığında yer verilen “*Intuitu Personae*” teriminin 70. sayfada ele alındığı gibi, tamamen şekilci bir yaklaşımla konuya eğilindiği gözlenmekte; dolayısıyla, çalışmanın kalan kısmının ilintisiz bulunduğu savına dayanılarak, anılan çalışmanın, bilimsel değer taşımadığı görüşüyle, olumsuz rapor verildiği görülmektedir. Ancak, sadece bir sayfalık çerçevedeki yalnızca dört adet paragrafla 96 sayfalık bir çalışmayı bilimsel olarak irdelemeye cesaretle giren raporun içerisinde, çalışmanın içerdiği bilimsel savın irdelenmesine ve bilimsel değerine yönelik *tek bir cümleye dahi* yer verilmemektedir (bkz. AÜHFD’ye iletilen 20 Temmuz, 2009 tarihli -isimsiz- hakem raporu). Bu durum, olsa olsa, ilgili hakemin bahse konu çalışmayı okumadığına işaret ediyor gibi görünmektedir. Aksi halde, bilimsel bir değerlendirmenin, bir çalışmadaki sava yönelik bilimsel tartışmaya göre karar vermesi beklenir; “çalışma hacminin 96 sayfaya ulaşması nedeniyle çok uzun olduğu” veya “çalışma başlığının ancak 69. sayfada yer aldığı” gibi basmakalıp ve münhasıran şekilci değerlendirmelerini “bilimsel rapor” adı altında sunması değil. Doğrusu, çalışma hacminin bilimsel irdelemeye engel olduğu savı, herhalde sadece Türk idare hukuku öğretisinde karşılaşılabilecek olası bir “arkaik” bakış açısının izdüşümünü yansıtır olsa gerektir. Kaldı ki, yabancı literatüre bakıldığında akademik çalışmaların ortalama 50-100 sayfa aralığında değiştiği hususu, ağ erişimi (internet) üzerinden yapılacak basit bir taramayla yeterince açık biçimde ve rahatlıkla görülebilir. Öte yandan, ilgili hakemin çalışmayı okumadığı-

İdare hukukunun belli temel kavramlarının ele alınmasına yönelik çalışmaların değerlendirilmesinde, “öz”e ilişkin yorumlara öncelikle gidilmesi gerektiği açıktır. Kuşkusuz, şekle ilişkin sorunlar varsa, bunlar da dile getirilir ve düzeltilmesi istenebilir. Ancak, yine kuşku yoktur ki, bir akademik çalışma, öncelikle “öz”ü itibariyle değerlendirmeye bağlı kılınır. Şeklin öze öncelik taşıması, bilimsel araştırmaların değil, hukuksal uyumsuzluklara ilişkin yargılama süreçlerinin geçerlik tanyacağı bir özelliktir. Ne var ki, idare hukukundaki kimi uygulamalar itibariyle, bu zorunlu gereksinimden nedense kaçınıldığı gözlenmektedir.

Doğrusu, akademik çalışmalarda formalizmin bu denli zirvesine varan yaklaşımların, gelişmiş hukuk düzenine sahip ülkelerde görülebileceğine ihtimal vermek dahi güç görünüyor. Bu türden örnekleri herhangi bir gelişmiş hukuk kurgusunu haiz ülkenin hukuk öğretisine anlatabilme olanağının bulunabileceğini de sanmıyoruz. Bu yaklaşımların etkisini sürdürmesi söz konusu olacak ise, nasıl olup da ülkemizin gelişmiş ülke hukuk düzenleriyle koşut düzeye gelebileceği, üzerinde durulması gerekli önemli bir sorun görünümündedir.

nın bir diğer kanıtı ise, çalışma başlığında yer verilen bahse konu terime –savlandı gibi- 69. sayfada değil, daha en baştan itibaren çalışmanın önceki kısımlarında (s. 8, 9, 47, 56 ve 57) değinildiğinin dahi farkına varılmamış olunmasıdır. Giderek, anılan terimin içerdiği “imtiyazcının seçimi” konusuna çalışmanın daha başlarından itibaren değinilmekte ve çok açık biçimde vurgu yapılmaktadır. Anlaşıldığı kadarıyla, bahse konu hakem sadece ilgili çalışmanın başında yer verilen “içindekiler” kısmına bakmıştır ve orada “*Intuitu Personae*” teriminin bir alt başlık olarak 70. sayfada yer aldığını görerek “evreka” demek suretiyle muhteşem derecedeki isabetsiz yargısına varabilmiştir. Bu durum, açıktır ki, “trajikomik” bir keyfiyetin biçimsel olarak hakem olarak seçilme kıstasına sahip durumdaki akademisyenlere dahi arız olabileceğini –bilim dünyasının itibarı ve kalitesi bakımından endişe verici ve giderek üzücü biçimde- gösteriyor. Öte yandan, sadece çalışma başlığındaki anılan hukuk terimini kaldırmak ve “İmtiyazcının Seçimi Üzerine” kısmını yerinde bırakmak, hakemin tüm biçimsel itirazlarını bir anda ortadan kaldırırmeye yetkin olacaktır. Zira çalışmanın henüz 36. sayfasından itibaren “imtiyazcının seçimi sorunu” alt başlığı altında çalışmanın sorunsalı “münhasıran” irdelenmeye başlanmaktadır. Kaldı ki, önceki kısımlar da imtiyaz kavramını ele almakta olup; “imtiyazcının seçimi” konulu bir çalışma, doğal olarak kavramın kendisini kısaca ortaya koyan bir irdelemeyi gerektirdiği üzere, konuyla ilintisiz sayılamaz.

Özetlersek; bu tür şekilci yaklaşımların “bilimsel nitelik içerdiği” yönünde bir değerlendirmeye gidilebilmesi olanağından herhalde söz edilemeyecektir.

Özetle, bir akademik çalışmanın neredeyse sadece “içindekiler” kısmına bakarak konu başlıkları bağlamında “bilimsel irdemelere” girişmeye heves eden bu türden şekilci yaklaşımların bilim dışı olduğu yeterince açıktır. Giderek “belli belirsiz” bir ironiyle ifadeye cevaz verilirse, behemahal dünya hukuk müzesine kaldırılarak müstesna bir köşede sergilenmek üzere “Hukukta “İçindekiler” Yaklaşımı” olarak tescillenebilir ve bir olumsuz (örnek) yaklaşım bağlamında hukuk tarihine kendince katkı sağlamış olur.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Yukarıdaki dipnotta değinilen bahse konu çalışmaya ilişkin benzer bir değerlendirmede daha, aynı şekilci yaklaşıma gidildiği görülmektedir. Buna göre, “(m)akale metni, kaynakça dışında, 49 sayfadır (buradaki değerlendirmeye esas tutulan nüshanın, yukarıda AÜHFD’ye iletilen baskıdan farklı bir formata aktarılmakla sayfa sayısının -kaynakça hariç- 49’ a düştüğü anlaşılıyor). Makale başlığı ile ilgili konu 22 ve devamı sayfalarda ele alınmıştır... Konuyla doğrudan ilişkili metinlere dahi yer verilmemiştir... Mesela, Sezginer, Murat, İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci, Gazi ÜHFD, C. XI, Haziran-Aralık 2007, S. 1-2.)” (ÜAK’ye sunulan İnceleme Raporu, 14 Aralık 2009).

Bu değerlendirmede, ele alınan çalışma konusu kavramın 22. sayfada (yazar nedense çalışmanın ilk beş sayfasının özet ve içindekiler bölümlerini içermekle “parmak hesabında” dikkate alınmaması gerektiğini unutmuşa benzemektedir; ki bu durumda, konunun münhasıran irdelenmesine 16. sayfada girilmiş bulunması keyfiyeti öne çıkarıyor olacaktır) ele alınmaya başlanması gibi -tamamen şekilci nitelikteki- bir anlayışın bilimsel yaklaşımla bağdaşmadığını, hemen yukarıdaki dipnot içerisinde vurgulamıştık. Buradaki “şekilci yaklaşım”, gerçekten hayret vericidir. Nitekim değindiğimiz üzere, eleştiri konusu makalenin başlığındaki bir küçük değişiklik, “bilimsel irdeme” savını taşıyan bu görüşü birdenbire geçersiz kılmaya yetkin olacaktır. Dolayısıyla, buradaki görüşün bilimsel nitelik taşımadığına herhalde bundan daha iyi bir kanıt olamaz sanırız.

Bunun ötesinde göze çarpan bir önemli husus daha görülüyor: Yazarın, incelediği çalışmaya dair ortaya koyduğu “konuyla ilgili metinlere dahi yer ver(il)memiştir” iddiası, tam anlamıyla mesnetsizdir ve gerçekte bağdaşmamaktadır. İleride 128 no.lu dipnotta değinildiği üzere, eleştiri konusu çalışmanın değindiği “imtiyazcının “intuitu personae” kavramı gereği idare tarafından ihaleye gidilmeksizin serbestçe belirlenmesi” hususunda Türk idare hukuku öğretisinin konuyu açıkça ve ayrıntılı biçimde irdedeği müstakil bir akademik çalışma -bilebildiğimiz kadarıyla ve anılan çalışmanın tamamlandığı 2008 Aralık ayı itibarıyla- yoktur. İdare hukuku alanındaki genel eserlerde ise, konu sadece bir kaç satırla geçiştirilmiştir. Eleştiri konusu çalışma, işte bu -bir kaç satırlık- ifadelerin neredeyse hepsine yer vermiş bulunmaktadır. Öte yandan, öğretilde idarenin imtiyazcıyı serbestçe belirlemesi hususuna itiraz eden ve Fransız hukuku kaynaklı bu “arkaik” ilkeyi açıkça reddeden -yine, bilebildiğimiz kadarıyla- sadece üç (3) adet görüş vardır, ki bunlardan birisi eleştiri konusu çalışmanın müellifince daha önceki tarihli bir başka çalışmada ortaya konulmuştur (bkz. Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit., s. 271, 272) (diğer iki görüş, Cem Ayaydın ve Refik Tirya-ki tarafından ileri sürülmüştür (bkz. Ayaydın, Cem, 82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1998, s. 427,428 (www.yok.gov.

Yine, sözgelimi imtiyaz kavramının kamu hizmeti kavramıyla bağlantılı biçimde algılanıyor olmasının yanlışlığını bir örnek olay üzerinde ortaya koymaya çalışan bir akademik çalışma bağlamında, “müellif, sadece uygulamada karşılaştığı kimi olayları değerlendirmiş” basitliği içerisinde bir yaklaşım sergilendiği de görülebilmektedir. Oysa aynı konuyu aynı içerikle işlemek ve fakat sadece çalışmanın başlığında ilgili örnek olayın adını kullanmak yerine “*imtiyaz ve kamu hizmeti bağının yanlışlığı*” gibi bir “teorik” başlık kullanmak, bu tür şekilci bakış sahiplerince “*kıvamında bir akademik eser*” olarak benimsemeye yet-

tr) (E.T.: 19 Ocak, 2009); Tiryaki, Refik, Ekonomik Özgürlüklerin Anayasal Rejimi, Doktora Tezi, AÜSBE, 2007, s. 273, 290).

Burada ironik olan husus, eleştiriyi getiren yazarın bizzat kendisinin eleştirdiği hususun gereğini yerine getirmemesi ve yine ileride 128 no.lu dipnotta değinildiği üzere, bir önceki paragrafın son cümlesinde değinilen çalışmaya (ve keza bahse konu diğer iki aykırı görüşe) dahi yer vermemiş olmasıdır. Bilebildiğimiz kadarıyla “tam zamanlı öğretim üyesi” sıfatını ve “Prof.” unvanını taşımakta bulunan ve böylece akademik yayınları çok daha yakından izlemesi zorunlu bir akademisyenin, eleştiriye gitmeden önce, eleştiri konusu ilkeyi evveliyetle kendisinin gözetmesi beklenir. Kaldı ki, anılan eleştiri -değindiğimiz üzere- mantıksal dayanaktan yoksundur.

Yazarın kendi çalışmasına atf yapılmamış olmasını örnek vermesi ise, gerçekle bağdaşmamaktadır. Şöyle ki; atf yapılması öngörülen çalışma 2007 yılına ait görünse de, gerçekte -yaklaşık olarak- 2009 yılı Mayıs ayında yayımlanmış olup, eleştirilen müellifin bir başka çalışması da aynı eserde yer aldığı veçhile bu hususta bir kuşku yoktur. Eleştirilen çalışmanın ise, eleştiride bulunan yazarın çalışmasının yayımından çok daha önceki bir tarihte (Aralık 2008) yayımlanmak üzere AÜHFD’ye iletilmiş olmakla, kendinden sonraki bir çalışmaya atf yapabilmesi -mantık kuralları gereği- olanaksızdır. Her halükarda, eleştiride bulunan yazarın, eleştirisine konu ettiği çalışmanın ÜAK’ye Nisan 2009 itibariyle sunulduğunu dikkate alarak, kendi çalışmasının Mayıs 2009’da yayımlanmış bulunması gerçeği karşısında bu yönde bir “kaynak göstermemiş olma” eleştirisine gidemeyeceği açıktır. Kaynak gösterilmesi gerektiği savlanan çalışmanın bizzat eleştiri sahibine ait olması ise, buradaki eleştirinin esasında daha başka türden (belki de “*egosantrik*”) alınganlıklara dayandırılabilceği hususunda kuşku davet etmektedir (nitekim, özel hukuk alanından -ve Ankara’daki bir özel üniversitenin “hukuk fakültesi dekanı” sıfatını taşıyan- bir akademisyen, doktora tezimizin basılı halini içeren kitabımızı kendisine takdim ettiğimizde, ilk iş olarak anılan eserimizin kaynakçasına bakmış ve kendisinin -kanımızca eserimizle pek dolaylı yoldan ilintisi belki kurulabilecek- bir basılı esere atf yapmadığımızı ilk ve şu ana değin tek eleştirisi bağlamında hiç gecikmeksizin hemen ifade edivermişti).

Özetle, gerek bir önceki dipnot ve gerek burada yer verilen bahse konu eleştirilerde değinilen hususların geneli itibariyle konu değerlendirildiğinde, bilimsellikten ve ciddiyetten uzak böylesi şekilci yaklaşımların bir an önce bertaraf edilmesinde -hukukumuzun gelişerek ileriye gidebilmesi ve öğretinin bilimsel itibarının korunması bakımından- herhalde yarar vardır.

kin olabilmektedir. Kaldı ki, idare hukuku “*içtihadî bir hukuk dalı*” olmakla, uygulamadaki örnek olayların ele alınarak ayrıntılı biçimde irdelenmesi, bu hukuk dalı bakımından özellikle önem taşımaktadır ve gereklilik arz etmektedir kanısındayız. Buradaki yanlışlığa daha fazla değinmek, gerçeğin üzerine yeterinden fazla ışık tutmak gibi gereksiz bir işlem olacağından,¹⁰⁶ üzerinde durmuyoruz.

Giderek, bir temel idare hukuku kavramının farklı yönlerini ele alan çalışmaların aynı konuya değinmekle bir diğerine akademik bakımdan eş çalışma sayılması yönünde örnekler görülebilmektedir.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Burada kullandığımız metafor, Savcı M. Zeki Ceylan’dan ödünç alınmıştır. Buna göre, bir davada yeterince açık (vâzih) bulunan bir hususta yargıcın ilave delile gereksinim duyulduğunu belirtmesi üzerine, adı geçenin yanıtı şöyle olmuştur: “Sayın yargıç, hadise yeterince açıktır; korkarım ki ilave delil istenmesi, hadisenin “fazla ziya”dan dolayı görünmez hale gelmesine neden olacaktır.”

¹⁰⁷ Bu yönde bir şekilci –ve dolayısıyla isabetsiz- yaklaşıma bir bilimsel değerlendirmede rastlıyoruz (ÜAK’ye sunulan değerlendirme; Dr. Sedat Çal’ın Eserleri Hakkında Bilimsel İnceleme Raporu, 16 Kasım 2009). Bu yazara göre, bir müellifin doktora sonrasında ürettiği makale formatındaki bir çalışmaya daha sonra kitap formatındaki bir eserde yer vermesi, anılan kitap formatındaki çalışmanın akademik olarak değerlendirilmesine engel olur.

Her ikisi de doktora aşaması sonrasında ortaya çıkan iki çalışmanın akademik değerlendirilmesinde ayrı ayrı puanlamaya gidilmemesi doğaldır. Ancak, bunlardan kitap şeklinde geniş kapsamlı olanının bilimsel açıdan değerlendirilmek üzere esas alınması gerektiği de açıktır.

Öte yandan, değerlendirmenin sahibi yazara göre bu kitap, müellifin “... uzmanlığı dolayısıyla daha önceki çalışmalarının yeniden derlenmesi niteliğindedir.” Müellifin uzmanlığı bulunan bir alanda doktora sonrası dönemde akademik çalışmalar üretmiş olmasının, bilimsel incelemeye bağlı kılınmak bağlamında konuyla ne gibi bir ilgisinden söz edilebilir? Kaldı ki, eleştirilen çalışmanın konusunu oluşturan “uluslararası tahkim”, eleştiriye konu müellifin “mesleki uzmanlık alanı” da değildir. Bahse konu yazarın eleştiriye maruz tuttuğu çalışmanın müellifi, sadece, kamuoyuna yansımış durumdaki bir sorunlu alanda, idare hukuku bakımından konuya ilişkin olarak söz söyleyebilmeyi teminen “merak etmiş” ve “araştırmıştır”; tıpkı, idare hukuku alanında uluslararası tahkime cevaz verilip verilmemesi yönünde görüş serdederken, her bir idare hukuku teorisyeninin –öncelikle- yapmış olması gerektiği gibi. (Nitekim, üstelik uluslararası tahkime yönelik olarak Anayasa değişikliklerinin yoğun tartışmalara sahne olduğu günlerde uluslararası tahkim itibarıyla “(h)akemlerin, intiyaz sözleşmelerinden doğan uyumsuzlukları İdari yargı mercileri kadar adil ve rasyonel çözümlenemeyeceklerine dair hiçbir bilimsel dayanak bulunmamaktadır” yolundaki gerçek dışı ve dayanaksız iddiaları ortaya koyan kimi idare hukukçularının işte bu asgari gerekliliği yerine getirmemekle ne denli fahiş bir bilimsel hataya sürüklendiği –ve ülkenin bu açmaza düşmesine katkı sağlandığı- hususuna bir başka çalışmamız içerisinde ayrıntılı olarak değinilmektedir (bkz. Çal, Sedat, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*, Seçkin Yayıncılık,

Benzer biçimde, bu meyanda akademik bir çalışma içerisinde ortaya konulan savın özüne değinebilmeyi teminen ana kavramlara ilişkin kimi destekleyici anlatımlar içeren kısımların birbirine benzerliğine yoğunlaşarak çalışmaların tamamen farklı temel iddialarının bilimsel değerine iltifattan sarfı nazar edilmesi gibi, bilimsel yaklaşımın izlerini taşımak bakımından hayli uzak kaldığı savlanabilecek kimi uygulamalara da rastlanabilmektedir.

Oysa, idare hukukunun bir temel kavramına yönelik çok sayıda farklı veçheleri kapsayan irdelemelere girişilmesi mümkündür, giderek gerekliliktir de. Yeter ki, her bir çalışma kendi “*tezini*” ortaya koyabilmekte başarılı addolunabilsin. Sözgelimi, idare hukukunun en temel kurucu öğelerinden birisini oluşturan kamu hizmeti kavramının özelleştirmeyle bağlantısı, sosyal devlet veya sair anayasal ilkeler kapsamında ayrıca değerlendirilmesi, yahut idarenin ekonomik düzenlemelere gitmesi meyanında işlevselliği gibi pek çok değişik veçheleriyle farklı akademik çalışmalar içerisinde müstakilen ele alınması ve irdelenmesi olanaklıdır, giderek gereklidir de.

Kanımızca, buradaki örneğimizde çalışmaların hepsinin kamu hizmeti konusuna ilişkin olması, birbiriyle aynı konuda çalışma yapılmış yahut birbirinin “*aynen*” tekrarı gibi bir değerlendirmeye asla yol veremez. Değindiğimiz üzere, böylesi bir değerlendirmeye gidebilmenin tek koşulu, ilgili her çalışmanın “*kendi özgün savını*” ortaya koymakta başarılı olabilmesi ölçütü açısından irdelenmesi ve böyle-

Ankara, 2009, s. 175, 565 no.lu dipnot)). Üstelik, öğretilerde vurgulandığı gibi, “*hukuk fakültelerinde yapılan eğitim ve öğretimlerin yeterli olması için, uygulamadan gelenlerden yararlanmak koşuluyla derslerin uzman kişiler tarafından verilmesi ve bu kişilerin akademik kariyer içinde yer almaları olması gereken bir durumdur*” (bkz. Atay, Cevdet, Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Eğitime Bakış – Sorunlar ve Çözüm Önerileri, TBB, (<http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/cevdetatay.doc>, keza, <http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/hukuk%20fak%C3%BCltesi/cevdetatay.doc>) (“*vurgu*” tarafımıza aittir)). Kaldı ki, bir çalışmanın akabinde aynı konuyu başka ilave konularla birlikte değerlendiren bir kitap üretilmiş olunmasına engel bir durumdan da bahsedilemez.

Eleştiride bulunan yazar, bundan başka, bilimsel incelemesine konu ettiği çalışmada yer alan bilimsel savların “eleştiriyi hak ettiğini” belirtmekte, bununla birlikte kendi değindiği “eleştiri gereği”ni yerine getirerek bilimsel açıklamalara ve irdelemelere gitmekten –nedense- kaçınmakta; böylelikle, bizatihi kendisini “eleştiriyeye tâbi” bir konuma düşürmektedir.

si bir niteliğin bulunup bulunmadığının belirlenmesi hususunda aranabilecektir.

Dolayısıyla, akademik bir çalışma içerisinde bu bağlamda elbette –destekleyici kısımlar itibariyle– tekrara düşülebilecektir. Burada olası bir bilimsel değerlendirmeye esas alınması gereken unsur, “tekrarların” ilgili çalışmada “kurucu” bir nitelikte mi olduğu, yoksa sadece münhasıran “destekleyici” yahut “talî” bir işlev mi gördüğü hususudur. Kanımızca, sırf bir çalışmanın kısmî ölçekteki belirli ve sınırlı bölümlerinin müellifin önceki çalışmalarında da ele alınmış/ değinilmiş/ işlenmiş olması gerekçe gösterilerek, sonraki tarihli bir başka akademik çalışmanın esasını oluşturan sav(lar)ın bilimsel olarak irdelenmesi gereğinden kaçınılamaz. Bu itibarla, burada karşılaşılan keyfiyet, çalışmanın içerisindeki değişik değerlendirmelerin ve böylece varılan *farklı yargıların* bilimselliğine gölge düşürememek gerektir.

Dahası, bilimsel bir çalışmada bu türden tekrarların bir bakıma işlevsel olduğu dahi savlanabilir. Zira Özay’ın ifadesiyle, “(a)slında tekrarların hiç bir zararı yok, başta gözden kaçmışsa, sonra dikkati çekebileceği için yararlı olduğu bile düşünülebilir.”¹⁰⁸ Giderek, her ne kadar “teşbihte hata olmaz” deyişi iyi bilinse de,¹⁰⁹ bu durumu bir benzetmeyle daha iyi açıklamanın olası bulunduğu savlanabilir: Bilindiği üzere, her ressam dört temel ana renk üzerinden binlerce farklı resim yapabilmektedir ve bunların her birisi ayrı bir sanat değerine sahip olabilme yetisini –kuramsal olarak– taşıyacaktır. Bu meyanda, bir resim eleştirmeninin, aynı ressamın çok sayıdaki resmine *bakarak* “iyi ama, hep aynı dört temel renk kullanılmış” yollu bir görüş serdetmesi, herhalde yerinde görülemez ve –deyiş yerindeyse– “*abesle iştigaldir*”.¹¹⁰

¹⁰⁸ Özay, İl Han, *Gümüşüğında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. XXXV. Hemen burada yeri geldikte değinirsek, halk arasında bilinen bir lâtifeli sözü burada “tekrarlayabiliriz”: “*Ettekrârî ahsen, velevkâne yüzseksen* (“tekrar etmek güzeldir, velev ki yüz seksen kere yapılıyor olsun”).

¹⁰⁹ Kanımızca, güncel dilde çok sık kullanılan bu ifadeyle, “benzetme yaparken ortaya hata çıkmayacağı” anlayışı değil; aksine, benzetmenin “hata içermeyecek denli birbiriyle örtüşmesi” gerekliliği vurgulanmaktadır. Örneğimizde bu yetkinliğin belirip belirmediği ise okuyucunun eleştirisine ve takdirine bağlı kalacaktır.

¹¹⁰ Yine, aynı “lego” parçalarını kullanarak birbirinden farklı yüzlerce kompozisyon üretmek mümkündür ve bunların aynı temel yapı taşlarından oluşması, her bir ürünün farklı bir öyküyü anlatmasına kategorik bir engel oluşturamaz. Keza, benzer biçimde başka bir metaforla devam edersek, sözgelimi, Kayseri kalesinde gö-

Kaldı ki, eleştirdiğimiz bu yanlış uygulama öğretide egemen olursa, ortaya çıkacak keyfiyeti mantıkla bağdaştırmak olanaksız hale gelir. Sözgelimi, “*idare hukuku dersleri*” adı altında görece oldukça dar hacim içermek durumundaki bir çalışmasını ortaya koyan bir akademisyenin, hemen akabindeki –anılan idare hukuku kitabında ister istemez sınırlı biçimde değinmiş bulunduğu ve idare hukukunun her bir konusunu kapsayacak biçimde ele aldığı– tüm çalışmalarının “*türetme*” ithamıyla akademik açıdan değersiz addolunması gibi anlamsız/absürd ve bilim dışı nitelendirmelere götüren durumlarla karşılaşılması tehlikesi belirebilecektir.¹¹¹

rüldüğü üzere daha önceki Bizans dönemi kalıntılarından kimi taşların kullanılmış olması, bu yapıyı Osmanlı kalesi olmaktan çıkarıp Bizans kalesi niteliğine dönüştürmez.

¹¹¹ Sözgelimi, bir akademik değerlendirme raporuna göre, daha önceki bir akademik çalışmada sadece dört (4) sayfa içerisinde –ve başka bir kapsam içeren savını destekleyici olmak üzere– genel hatlarıyla ve doğal olarak son derece sınırlı bir kapsam dahilinde yer verdiği bir konuyu aynı müellifin bilahare yaklaşık yetmiş (70) sayfalık müstakil bir akademik çalışma şeklinde ayrıntılı olarak ele alması, “önceki çalışmadan türetme” olarak değerlendirilmek icap eder (ÜAK’ye sunulan İnceleme Raporu, 14 Aralık 2009). “Bilimsel değerlendirme” iddiasını taşıyan bu incelemede, anılan her iki çalışmanın hangi kapsamda değerlendirmelere yer verdiği ve kapsam –ve hacim– itibarıyla aralarındaki olağanüstü farka dikkat etmekten kaçınılması, bilimsel bir analiz veya yaklaşım olarak değerlendirilemez. Yazarın, –bilimsel yaklaşımın gereği olarak–, şayet “türetme” kanısına varması söz konusu ise, irdelemeye konu edilen her iki çalışmanın içerik ve kapsam olarak –en azından büyük oranda– birbirinin aynısı olduğunu ortaya koyması gerekir. Aksi takdirde, sadece “aynı konuya el attığı” şeklinde bir dar kalıpcı anlayışla değerlendirmeye gidilmesinde bilimsel nitelik –ve bilim mantığına uyarlık– görme olanağı bulunmayacaktır. Üstelik, eleştiri konusu yapılan çalışmalarda idare hukuku öğretisinde bugüne değin ileri sürülen (sözgelimi, “*idarenin üstün gücü*” veya “*kamu hizmetinde içerik denetimi*” gibi) pek çok temel kavrama ilişkin öğretideki baskın görüşlerin aksi savlanmasına karşın, anılan değerlendirmede bu savların bilimsel yönden irdelenmesine yönelik *tek bir satır dahi yoktur*. Bilimsel olma iddiasını taşıyan bir değerlendirmenin, ele aldığı çalışmayı bilimsel savlarının değeri yönünden eleştiriye bağlı kılmayıp, *aynı konuda eser verilip verilmediği* veya bir çalışmanın *aynı müellifin diğer başka çalışmasında –bir kaç sayfayla dahi olsa– yer alıp almadığı* gibi hususların tespitinde saplanıp kalması, bilimsel yaklaşımla telifi kabul değildir.

Keza, bu türden talihsiz saplanmaların bilimsel çalışmalarda varlığı evveliyetle aranacak “iyi niyet” ilkesiyle ne denli bağdaştırılabileceği ise, ayrıca sorguya muhtaçtır.

Giderek, bir başka yazarın daha aynı yaklaşımı benimsediği görülüyor (ÜAK’ye sunulan değerlendirme, Dr. Sedat Çal’ın Eserleri Hakkında Bilimsel İnceleme Raporu, 17 Kasım 2009). Bu yazara göre de, bir müellifin doktora tezindeki savına destek olacak biçimde sadece üç sayfada bir konuya değinmiş olması, ar-

Oysa açıktır ki, bir konunun veya kavramın bir akademik çalışmada yer almış olması, aynı konuda daha geniş kapsamlı başka çalışmaların yapılmasına veya bunların akademik değerlendirme dışı kalmasına neden olamaz. Aynı konuda bilimsel olarak farklı yönleri irdeleyen pek çok sayıda çalışma yapılması mümkündür; giderek elzemdir de.¹¹²

Uygulamada bilimsel bakış açısının yansımadığı savlanabilecek bir diğer konu ise, akademik eserlerin hangi sürelerde yayımlandığına bakılması ve bilimsel bakımdan içerik denetimine girişmek yerine, kısa zaman diliminde birden fazla akademik çalışmanın çıkabilmiş olmasına yönelik bir tür dolaylı “*istihza*” şeklinde ortaya çıkabilmektedir.¹¹³

tık bu konuyu velev ki yüz sayfalık bir derinlikte ele alıyor olsun, fark etmeyecektir ve bilimsel değerlendirmeye değer görülemeyerek “türetme” ithamına maruz kalacaktır. Yazar, bu konuda hemen yukarıda atıfta bulunulan diğer yazardan da ileriye giderek, sözgelimi ilgili doktora tezinde birkaç paragrafta değinilmiş bulunan “*intuitu personae*” yahut imtiyazcının idarece serbestçe seçimi konusunun, bilahare yaklaşık yüz sayfalık bir makale hacminde tüm ayrıntılarıyla irdelenmiş olmasını dahi “türetme” sınıflandırmasına koyabilmektedir. Bu, kelimenin tam anlamıyla çağdışı bir yaklaşımdır ve öyle sanıyoruz ki hiçbir kıstas altında bilimsel anlayışla telif edilemez. “Türetme” ithamına maruz bırakılan akademik çalışmaların içerisinde hangi savların ortaya konulduğuna ve keza bu savların bilimsel olarak değerine ilişkin tek bir söz etmeye dahi ülfeti görülmeyen yazar bakımından, işbu dipnotun başında diğer yazar tahtında vurgulanan eleştirilerimiz, dolayısıyla, aynen ve tamamen geçerli kalmaktadır.

¹¹² Hemen yukarıdaki dipnotta eleştirdiğimiz biçimsel yaklaşımın ne denli anlamsız olduğuna, burada bir varsayımsal örnekle daha fazla açıklık getirelim, ki bu yanlış anlayışın ileride tekrar edilmesi hatasına düşülmesin: İşbu çalışma içerisinde gözleneceği üzere, hukukta bilimsel yaklaşım bakımından hukuksal pozitivizm ve doğal hukuk şeklinde beliren iki temel akıma, sadece bu çalışmanın amacına hizmet etmeye yarayacak denli kısaca -hacmi artırmamayı teminen özellikle ve bilinçli olarak “dipnot” içerisinde- yer vermiş bulunmaktayız. Bu fevkalade ilginç ve cezbedici konuyu ileride başka bir müstakil akademik çalışma olarak ele almak ve örneğin yetmiş sayfalık bir hacim içerisinde geniş kapsamlı olarak değerlendirmek, nasıl olup da “*aynı konuya daha önceki makalesinde değindiği görülen yazarın, dolayısıyla, işbu çalışmasını değerlendirme gereği bulunmamaktadır*” şeklinde bir fetvaya maruz bırakılabilecektir? Bu tür bir değerlendirmenin “bilimsel” nitelik taşıyabilmesi imkan ve ihtimali var mıdır?

Kanımızca, bu sorulara verilecek olumsuz nitelikte yanıt -herhangi bir ilave açıklamayı gerektirmeyecek denli rasyonel aklın dışında kalacağı veçhile-, olası bir izah çabasına gerek duyurmaksızın, kendiliğinden belirmektedir.

¹¹³ (ÜAK’ye sunulan değerlendirme; Dr. Sedat Çal’ın Eserleri Hakkında Bilimsel İnceleme Raporu, 16 Kasım 2009.) Yazarın “bilimsel değerlendirme”sindeki ifadeye göre, “... bu çalışmaların “bilimsel” yeterlik bağlamında son iki yıla sığdırılmış oldu-

Oysa açıktır ki, bir bilimsel çalışmanın değeri, hangi sürede telif edildiğiyle ilintili kılınmaz. Öğretide –ayrıkı da olsa- örnekleriyle karşılaşıldığı üzere, sözgelimi “*velûd*” bir müellif bir yılda beş ayrı kitap yazabileceği gibi,¹¹⁴ bir başka akademisyenin beş yılda sadece bir akademik çalışma üretmesi keyfiyetine de pekala rastlanabilmektedir. Bütün bunların, üretilen eserlerin bilimsel değerlendirmesine gidilmesi süreciyle ne gibi bir ilgi olabilir?¹¹⁵

Unutulmamalıdır ki, sözgelimi Pertev Bilgen’in idari sözleşmelerin ölçütlerini işlediği –sadece 144 sayfalık– bilimsel açıdan oldukça yetkin ve böylece değerli eseri (doktora tezi), kendi ifadesine göre sadece on altı (16) günde yazılmıştır. Yine, Bilgen’in doçentlik tezi dahi,

ğu da tartışmasızdır”. Aynı “bilimsel” anlayışa sahip ikinci bir yazar da, “... *idare hukuku dalında yayımladığı eserler, son iki yıl içinde yoğunlaşmış ... çalışmalarıdır*” demek suretiyle, –sanat tarihinin konusunu oluşturan buluntular bakımından, hangi tarihe ait olduklarının belirlenmesinde “karbon tarihlemesi” metodunun kullanılması gibi- akademik çalışmaların hangi sürede ortaya çıktığı yönündeki bir irdelemeyi idare hukuku alanına taşıma gayreti içerisine girmiş görünmektedir (ÜAK’ye sunulan değerlendirme, Dr. Sedat Çal’ın Eserleri Hakkında Bilimsel İnceleme Raporu, 17 Kasım 2009). Böylece, bilim dünyamız, akademik çalışmaların değerlendirilmesi bakımından, irdelenen çalışmanın “ne söylediği”ne dikkat etmek ve yorumuna giderek eleştirmek yerine, “hangi zaman diliminde ortaya konulduğu” şeklinde bir ilave “bilimsel değerlendirme”ye daha kavuşturulmuş durumdadır. Daha önce esprili olarak “içindekiler yaklaşımı” eleştirisine bağlı tuttuğumuz yaklaşıma benzer şekilde, yine bir ironiye cevaz verilirse, idare hukukumuz bu şekilde bir ilave bakış açısı daha kazandırılmaktadır: “*İdare Hukukunda Karbon Tarihlemesi Yaklaşımı*”. Böylesi bir ölçütün veya değerlendirmenin ne gibi bir bilimsel işlevinin –ve giderek değerinin- olduğu, doğrusu ancak anılan görüş sahiplerinin açıklamalarıyla gün ışığına kavuşabilecektir.

¹¹⁴ Bu konuda takdir edilmesi gereken bir örnek bağlamında, sadece dört (4) yıllık bir süre içerisinde onaltı (16) kitap ve bunlarla da yetinmeyip ilaveten yirmibeş (25) makale üretmiş olan bir müellife atf yapmak, bilim dünyasına arız olması beklenen kadirşinaslık ve hakkaniyet ölçütlerinin zorunlu bir sonucu olsa gerektir (bkz. Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, (Gecikmiş Bir Açıklama ve Teşekkür), C. II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. V).

¹¹⁵ Ankara Barosu 2010 Yılı Hukuk Kurultayı’nda öğretilen bir katılımcı tarafından zikredilen bir görüş, bilimsel yaklaşımlardaki yanlışlıklara ayrıca bir de güldürü (mizah) boyutunu eklemekte başarılı sayılabilir. Buna göre; erkler ayrılığı kuramını ilk kez ortaya koyan “filanca yabancı yazar” değildir, zira, söz konusu edilen kişi “gece hayatına ve eğlenceye düşkün” olup, “öylesi” birinden de “böylesi” bir düşünce çıkmış olamaz; dolayısıyla, anılan görüş –olsa olsa- “falanca yabancı yazara” ait olabilir!

yine sadece yirmi beş (25) günde ortaya çıkmıştır.¹¹⁶ Doğaldır ki, bu durum üretilen eserlerin bilimsel değerini etkileyecek bir husus olarak hiç bir şekilde algılanamaz (zira tüm bunların gerisinde kaç yıllık bir düşünsel hazırlığın ve emeğin bulunduğunu ancak yazarı bilebilir);¹¹⁷ aksi durumda, böylesi bir yaklaşım bilimsel olmaz.¹¹⁸

Bu durum, sanat alanında da aynı şekilde ortaya çıkabilmektedir: Sözelimi, Yahya Kemal'in bir şiirini -mükemmeliyetçilik adına- onlarca yılda ancak tamamlayabildiği bilinir. Ne var ki, bu durum "kom-

¹¹⁶ Bkz. Bilgen, Pertev, Prof. Dr. Pertev Bilgen'in Hayat Hikayesi, *İHİD (Prof. Dr. Pertev Bilgen'e Armağan)*, Y. 13, Sy. 1-3, 2003, s. 3, 4.

¹¹⁷ Sözelimi, bambu ağacının tohumu, toprağa gömülüp tam dört yıl boyunca sulandıktan sonra, ancak beşinci yılın sonunda filiz verir ve fakat altı haftada 38 metreye ulaşır (bkz. Müftüoğlu, Tamer, Global Rekabet ve Türk KOBİ'leri, *RK Perşembe Konferansları*, S. 22 (Mart-Mayıs-Haziran-Ekim-Aralık), Ankara, 2008, s. 137, 138). Bu "altı haftada 38 metreye ulaşan" gelişme, herhalde sadece görünürdeki gelişim süresine bakılarak değerlendirilemeyecektir. Bilimsel çalışmaların ardından da -benzer şekilde-, sadece görünürdeki ortaya çıkış sürecine bakılarak hüküm kurulamaz. Nitekim, Pertev Bilgen'in görünürdeki 16 günlük doktora tezi üretimi mesaisinin ardında, -Grek ve Roma tarihi, felsefe, sanat tarihi ve arkeoloji gibi alanları da kapsayan- tam dokuz yıllık bir düşünsel hazırlığın bulunduğu görülür (bkz. Bilgen, *Prof. Dr. Pertev Bilgen'in Hayat Hikayesi*, op. cit., s. 2,3). Bu durum, hukukun disiplinler arası niteliğine bir güzel örnek olarak alınabilir. Keza, nihayetinde yeri gelmişken vurgulamak gerekirse, hukuk alanında insana dair her disiplindeki bilgi ve edim, mutlaka bir yerde döner dolaşır ve hukukta ürünü verir. Belki bu yüzdendir ki, hukuku sadece hukuk fakültelerinin kürsülerinde dirsek çürütmekle yeterli yetkinlikte kavramak zordur. Hukuk, aynı zamanda sokakta, kiraathane köşesinde, hastahanedede, mahpushanedede ve sair tüm "hane"lerde ayrıca "tedris"i mümkün ve giderek gerekli bir bilim alanıdır. Ankara'da Şah yahut İstanbul'da Küllük gibi "alternatif kürsü mekanları" eğitimi, bu açıdan bakıldığında, "yardımcı eğitim kurumları" derecesinde bir ironiye muhatap kılınması yeridir.

¹¹⁸ Burada espri yollu bir ifadeye cevaz verilirse; terzi vardır, üç günde kendi söküğünü dikemez; ama, terzi vardır, iki günde üç takım elbise diker, arada fırsatını kollayıp muhabbetini de eder. Dolayısıyla, ortaya konulan ürünün kalitesi, mutlaka üretim sürecinde harcanan emeğe ve süreye bağlıdır. Metanın değerini harcanan emeğe bağlayan Marx'ın da bu hususta benzer bir yaklaşımı benimseydiği görülür. Buna göre, metanın değeri her ne kadar emekle açıklanıyor olsa da, burada kastedilen ölçüt, bireyin harcadığı emekten bağımsız olarak, o metanın üretimi için gereken toplumsal ortak emek birimidir; başka bir deyişle, "türdeş insan emeğidir". Böylece, sözelimi, tembel bir işçi toplumsal ortak birimden daha fazla emek harcamakla, daha değerli bir meta ortaya koymuş sayılamaz (bkz. Marx, *Kapital - Kapitalist Üretimin Eleştirel Bir Tahlili*, op. cit., s. 48, 49).

şu kızına mektup yazma"¹¹⁹ rahatlığı ve üretkenliğiyle mahir bir başka şairin çok sayıdaki şiirlerini sanatsal bakımdan eksik veya değersiz kılmaz. Kimine göre "maksûd eserse, mısra-ı berceste kâfidir", kimine göreyse doğurganlığın sonu yoktur.¹²⁰ Her halükarda, konu, ortaya konulan "ürün" üzerinden değerlendirilmek gerektir. Nitekim, bir şairimizin ünlü beytinde vurgulandığı üzere;

"Ayinesi iştir kişinin, lafa bakılmaz;
Görünür kişinin rütbe-i aklı eserinde."¹²¹

¹¹⁹ Anımsanacağı üzere, anılan tabir, Özal iktidarı döneminde "yasaların özensizce hazırlanması nedeniyle hukuksal yönden ciddi sorunlar içerdiği" iddialarına işaretle, dönemin siyasal muhalefetince yöneltilen yoğun eleştiriler bağlamında dile getirilmekteydi.

¹²⁰ Yeri geldiğini düşündüğümüz bir latifeye burada değinmek isteriz: Rivayete göre, tasavvufi yaklaşımın "vahdet-i vücut" anlayışını yansıtan Mesnevi ile ilgili olarak Yunus Emre, Mevlana'ya bu denli uzatmaya gerek kalmadan daha kısa biçimde meramın anlatılabileceğini söyler. Mevlana'nın "nasıl" sorusuna Yunus Emre'nin tek cümleden oluşan yanıtı ise şöyledir: "'Ete kemiğe büründüm, Yunus diye göründüm", yeterdi!"

¹²¹ Beyit, Ziya Paşa'ya aittir.

İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA ISLAH

AMENDMENT IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION

Elvin Evrim ÖZCAN*

Özet: İdarenin eylem veya işlemlerinden zarar görenler açtıkları tam yargı davasında, dava dilekçesinde tazminat miktarını belirtmek zorundadırlar. Bu miktar kanunen idari yargı yerlerini bağlamakla birlikte, Danıştay ve AYİM istemle bağlı olma kuralını katı biçimde uygulamakta; talep miktarındaki artışları dikkate almamaktadır. İlgililerin gerçek zararının karşılanabilmesi, islah kurumunun tam yargı davalarında uygulanmasıyla mümkündür.

Anahtar Sözcükler: Tam yargı davası, islah, tazminat, idari yargı

Abstract: The plaintiff must indicate the amount of compensation requested from the administration in a full remedy action. Although this amount is not legally binding for administration, Council of State and High Military Administrative Court rigidly apply the principle to be bound by pleading and do not take into account of completion of the amount. However the compensation of proper damage undergone by plaintiffs can be achieved so far as the rules of amendments in full remedy actions are entirely applied.

Keywords: Full remedy action, amendment, compensation, administrative jurisdiction.

I. GİRİŞ

1982 Anayasası'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesinin gerekleri arasında idar-

* Yrd. Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku öğretim üyesi.

renin mali sorumluluğuna değinilmektedir.¹ Gerçekten hukuk devleti ilkesi uyarınca, idarenin mali sorumluluğuna idarenin yargısal denetiminin sonuçlarından biri olarak işaret edilebilir.

İdarenin mali sorumluluğu çerçevesinde idare, eylem veya işlemlerinden doğan zararı, bunlardan zarar görenlere ödemekle yükümlüdür. Nitekim 1982 Anayasası'nın 125. maddesinin son fıkrası idarenin mali sorumluluğunun anayasal temelini oluşturmaktadır.

İdarenin mali sorumluluğuna gidilebilmesi ise, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 2. maddesinin (b) bendine göre ilgililerin açabilecekleri tam yargı davası ile mümkündür. Buna göre idari eylem veya işlemlerden dolayı hakları muhtel olanların açtıkları tam yargı davasında² mali sorumluluğu uyarınca idare, tazminat ödemeye mahkûm edilebilir. Tam yargı davasında tazminat dışında başka istemlerde de bulunulabilmesine karşın idari yargı yerleri genel olarak paraya hükmetmektedir.

İdarenin sorumluluğunda tazminat miktarının saptanması, gerçek zararın tazmini bakımından büyük önem taşımaktadır. 2577 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendi, tam yargı davası dilekçelerinde uyuşmazlık konusu miktarın gösterilmesi zorunluluğunu getirmektedir. İlgililer açtıkları tam yargı davasında idarenin zararına karşılık talep ettikleri tazminat miktarını dava dilekçesinde belirtmek zorundadır. Aksi takdirde idari yargı yerleri bu eksikliğin otuz gün içinde tamamlanması için dilekçenin reddine karar verecektir.³

Dava dilekçesinde belirtilen talep miktarı idarenin eylem veya işlemlerinden kaynaklanan zararı her zaman tam olarak karşılamayabilir. İdarenin eylem veya işlemlerinden doğan zararın karşılığı istenen talep miktarı, yargılama süreci sonunda idarenin neden olduğu zararı karşılamaktan uzak kalabilmektedir. Ayrıca idari yargıya ilişkin hiçbir kanun metninde de idarenin neden olduğu gerçek zararın belirlenmesi ve/veya karşılanmasına yönelik hüküm bulunmamaktadır. Do-

¹ Günday, Metin; *İdare Hukuku*; İmaj Yayınevi; 9. Baskı, Ankara, 2004; s. 38-50.

² İYUK Madde 2-1/(c) uyarınca, idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında hak ihlalden dolayı çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaların da tam yargı davası olduğu kabul edilmektedir.

³ İYUK Madde 15-1/(d).

layısıyla ilgililerin zararının karşılanması amacıyla idari yargı yerlerinin bu sorunu içtihatlar aracılığıyla aşabileceği düşünülebilir. Kanundan kaynaklanan talep miktarının gösterilmesi zorunluluğuna karşın, öğretide talep edilen tazminat miktarının yargı yerlerini bağladığına ilişkin bir hüküm bulunmadığı, ancak yargı yerlerinin istemle bağlı olma kuralını yargılama usulünün genel bir ilkesi olarak uyguladıklarına dikkat çekilmektedir.⁴

II. İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA TAZMİNATIN HESAPLANMASI SORUNU

İdari yargılama hukukunda idarenin eylem veya işlemlerinden zarar görenlerin zararlarının karşılanması amacıyla başvuru olan tam yargı davasında talep edilen tazminat miktarının hesaplanması büyük önem arz etmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, İYUK'nun 3. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendi hükmü uyarınca, tam yargı davalarında dava dilekçesinde idareden talep edilen tazminat miktarının dava dilekçesinde gösterilmesi gerekmektedir.

Dava dilekçesinde tazminat miktarı gösterilmesi zorunluluğunun tek istisnası, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 29.12.1983 tarihli içtihadıdır. Buna göre, *"kamu görevlilerine ait mevzuattan doğan uyumsuzluklarda, idari işlemin neden olduğu zararın miktar olarak saptanmasının mümkün olmadığı hallerde, dava dilekçesinde uyumsuzluk konusu miktar gösterilmeden tam yargı davası açılabilmesi"* kabul edilmiştir.⁵

Dava dilekçesinde tazminat miktarının gösterilmesi zorunluluğuna bağlı olarak üzerinde durulması gereken birkaç husus bulunmaktadır. Bu hususlardan biri, tazminatın hesaplanmasında zararın değerlendirilme zamanıdır. Tazminat hesaplanırken önemli olan gerçek zararın tespiti olduğuna göre, zararın doğduğu tarih önemlidir. Ancak, talep miktarının dava dilekçesinde gösterilmesi zorunluluğu karşısında, zararın doğduğu tarih ile davanın sonuçlandığı tarih arasında geçen sürenin uzaması tazminat miktarını davacının aleyhine

⁴ Gözübüyük, Şeref / Tan, Turgut, *İdare Hukuku, Cilt II, İdari Yargılama Hukuku*; Turhan Kitabevi; Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ankara, 2010; s. 796-799.

⁵ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu; 29.12.1983; E. 1983/1- K. 1983/10; *Resmî Gazete* Tarih: 20.06.1984- Sayı: 18437.

etkileyebilir. Danıştay'ın gerçek zararın hesaplanmasında genel olarak zarar tarihini bazen de dava tarihini dikkate alarak karar verdiği görülmektedir.⁶

Tazminatın hesaplanmasında üzerinde durulması gereken bir diğer husus da faiz meselesidir. Tazminatın hesaplanmasında talep miktarı üzerinden faize hükmedilebilmesi de yine faizin dava dilekçesinde istenmesine bağlıdır. Nitekim Danıştay yakın tarihte verdiği bir kararda “faiz ödemesi, alacaklının yoksun kaldığı miktara ve yoksun kalma süresine göre belirlenen bir zarar giderme biçimi olup, bir zararın dava yoluyla tazmini talebi söz konusu ise bunun da davada yöneltilebilecek bir isteğin konusunu oluşturması zorunludur. Tazminat davası ile kazanılmayıp idarece ödenmiş meblağa ait faiz, uğranılan bir zarar niteliği taşıması sebebiyle ayrı bir tam yargı davasına konu edilebilirse de, açılmış bir tam yargı davasında talep edilmemiş olan faiz için ayrı bir dava açılmasına olanak veren bir hüküm İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda yer almamış; bir işlemten doğan zarar için birden fazla tam yargı davası açılmasına imkân tanınmamıştır. Zararı doğuran işlemin iptali ve zararın tazminen ödenmesi istemiyle açılan bir davada istenmeyen bir faizin, verilecek bir iptal-kabul kararından sonra yeni ve ayrı bir tam yargı davasına konu edilmesi;(…), ortada işlemten doğan zarara yönelik olarak verilmiş yargısal bir hüküm bulunduğu için huku-

⁶ Kaçak mal olduğu iddiasıyla el konularak gümrük deposuna konulan davacıya ait halıların iadesi hakkında verilen yargı kararı üzerine iadesi gereken 6 adet ipek halının iade edilmemesi nedeniyle uğranıldığı öne sürülen zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davanın temyiz incelemesinde Danıştay 10. Dairesi, “Tam yargı davaları, idarenin eylem ve işlemi nedeniyle ilgililerin uğradıkları gerçek zararın tazmin aracıdır. Gerçek zarar ise; idari eylemin meydana geldiği an itibarıyla uğranılan ve tespit edilebilen zarar tutarıdır. İdarenin aynen iade yükümlülüğü olan bir malı iade edememesinden doğan gerçek zarar ise, iade tarihi itibarıyla söz konusu malın yerine konulması için gerekli olan tutardır. Maddi tazminat istemiyle açılan tam yargı davalarında, hükmedilen tazminat tutarına işletilen yasal faiz ise; idarenin temerrüde düştüğü tarihten itibaren doğacak değer kaybını giderme amacını taşır. (...) İdare mahkemesince, gerçek zararın, doğduğu tarih itibarıyla tespiti ve hükmedilen tutara idareye başvuru tarihinden itibaren yasal faiz uygulanması gerekirken, aksi yönde verilen temyize konu kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır” diyerek idare mahkemesi kararını bozmuştur. Danıştay 10. Dairesi, 12.01.2004; E. 2002/2036- K. 2004/91 (Danıştay Bilgi Bankası). Tazminat miktarının saptanmasında zarar tarihinin dikkate alınarak belirlenmesi yönünde ayrıca bkz. Danıştay 6. Dairesi, 02.06.2003; E. 2002/5832- K. 2003/4321 (Danıştay Bilgi Bankası).

ken mümkün değildir" diyerek idare mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir.⁷

Danıştay, dava dilekçesinde talep edilme şartına bağlı olarak, zarar doğuran işlem veya eylemin gerçekleştiği andan itibaren⁸ 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun⁹ hükümlerine göre faize hükmetmektedir. Ancak yasal faiz uygulaması, "enflasyon olgusu ve para değerindeki kayıpları gideremeyeceği", dolayısıyla "gerçek zararın bütünüyle tazmini için bir araç olmadığı" gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹⁰

Maddi tazminat ile manevi tazminata yönelik faiz istemleri hakkında farklı yargı kararları da dikkat çekmektedir. Maddi tazminata yönelik faiz istemleri hem Danıştay hem de Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) tarafından kabul edilmektedir. Ancak manevi tazminata yönelik faiz istemlerini Danıştay, aksi yöndeki kararları¹¹ son yıllarda artmış olmasına rağmen, her zaman kabul etmemektedir.¹²

⁷ Danıştay 5. Dairesi, 19.02.2008; E. 2005/5463- K. 2008/876; *Danıştay Dergisi*, S. 120.

⁸ "Davacının somut ve gerçek maddi zararının karşılığı ... lira olduğunun anlaşıldığı; öte yandan, davacının mürekkep faiz istemi yerinde görülmemekle birlikte, dava dilekçesinde görevle son verme tarihinden itibaren bu dava tarihine kadar olan döneme ilişkin faiz istemi bulunduğundan, yerleşik yargı içtihatlarına uygun olarak hükmedilecek maddi tazminata yürütülecek faizin başlangıç tarihinin ise, iptal davasının açıldığı tarih olarak kabulünün zorunlu bulunduğu açık olduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile ... liranın iptal davasının açıldığı 30.5.1994 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte idarece davacıya ödenmesine" ilişkin idare mahkemesi kararının onanması hakkında bkz. Danıştay 12. Dairesi, 20.10.1997; E. 1996/160- K. 1997/2268 (Danıştay Bilgi Bankası); "Yasal faiz isteminin ancak idareye başvuru tarihinden itibaren verilebileceği, böyle bir talebin olmaması nedeniyle bu istemin reddine" ilişkin idare mahkemesi kararının onanması hakkında bkz. Danıştay 5. Dairesi, 11.01.2005; E. 2001/5027- K. 2005/36 (Danıştay Bilgi Bankası).; Ayrıca bkz. Gözübüyük, Şeref / Tan Turgut, *İdare Hukuku, Cilt II, İdari Yargılama Hukuku*; s. 804.

⁹ Resmi Gazete Tarih: 19.12.1984- Sayı: 18610.

¹⁰ Ünlüçay, Mehmet, "İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu"; *Danıştay Dergisi*, Sayı: 94; Ankara, 1998; s. 10.

¹¹ Manevi tazminata faiz yürütülmesi yönündeki idare mahkemesi kararının onanması hakkında bkz. Danıştay 5. Dairesi, 29.09.2004; E. 2004/1224- K. 2004/3364; *Danıştay Kararlar Dergisi*, Sayı: 6. Manevi tazminata faiz yürütülebileceği hakkında ayrıca bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri, 14.04.2005; E. 2004/2413- K. 2005/249; *Danıştay Dergisi*, Sayı: 110; Danıştay İdari Dava Daireleri, 14.04.2005; E. 2003/57- K. 2005/237, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 110; Danıştay 8. Dairesi, 14.11.2005; E. 2004/5371- K. 2005/4632 (Danıştay Bilgi Bankası).

¹² Manevi tazminata faiz yürütülemeyeceğine ilişkin bkz. Danıştay 5. Dairesi, 06.12.1988; E. 1988/3291- K. 1988/2865; *Danıştay Dergisi*, Sayı: 74-75; Danıştay 10.

AYİM ise, manevi tazminata faiz yürütülebileceği yönünde içtihat geliştirmiştir.¹³

Tam yargı davalarında istemle bağlı olma kuralı idari yargı yerleri tarafından tazminatın hesaplanması bakımından katı bir şekilde uygulanmakta, ancak bu gerçek zararın tazminini olumsuz etkileyebilmektedir. Nitekim tazminata faiz yürütülmesi konusunda da istemle bağlı olma kuralının idari yargılama usulünün genel ilkesi olarak kabul edilmesinin ve faiz miktarı konusunda 3095 sayılı Kanun'un uygulanmasının gerçek zararın tazminini olumsuz yönde etkilediği kabul edilebilir.

İstemle bağlı olma kuralının katı bir şekilde uygulanmasının olumsuz sonuçlarının önlenmesi için medeni yargılama hukukundaki ıslah kurumunun idari yargılama hukukunda mümkün olup olmadığının üzerinde durulması gerekmektedir.

III. İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA ISLAH

İYUK'nun bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) hangi hükümlerinin uygulanacağına dair sınırlı sayıda gönderme yaptığı 31. maddesinde ıslah kurumuna yer verilmemiştir. İYUK'da hüküm altına alınan dava dilekçesinde tazminat miktarının gösterilmesi zorunluluğuna karşın, kanunda bunun idari yargı yerlerini bağladığına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim dava dilekçesinde tazminat miktarının idari yargı yerini bağladığı yönünde bir düzenleme bulunmadığından yola çıkılarak öğretilde genel kabul gören görüş, zarar tutarında meydana gelen artışların idari yargı yerleri tarafından dikkate alınması gerektiği yönündedir.¹⁴

Dairesi, 24.11.1982; E. 1982/469- K. 1982/2357; Danıştay 10. Dairesi, 15.06.1983; E. 1982/3852- K. 1983/ 1515 (Danıştay Bilgi Bankası).

¹³ AYİM 2. D, 15.03.1996; E. 1990/307- K. 1994/949; *AYİM Kararlar Dergisi*, No: 10.

¹⁴ Gözübüyük, Şeref / Tan, Turgut, *İdare Hukuku, Cilt II, İdari Yargılama Hukuku*, s. 807; Güran, Sait, "Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu III*, İstanbul 1980, s. 168; Özgüldür, Serdar, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 350-351; Ünlüçay, Mehmet, "İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu", s. 8-10.

Dolayısıyla idari yargı mevzuatında yer almayan istemle bağlı olma kuralı, idari yargılama hukukumuzun zorunlu ilkelerinden biri değildir. Bilindiği üzere istemle bağlı olma kuralı, dava açılmasının sonuçlarından biri olup, “davacının (dava açıldıktan sonra) davasını genişletmesinin ve değiştirmesinin yasak olmasıdır. Davacı, davalının rızası olmaksızın davasını genişletemez veya (mahiyetini) değiştiremez. Dava konusunun (talep sonucunun) ve dava sebebinin değiştirilmesi (...) bir dava değiştirmedir.”¹⁵ İstemle bağlı olma kuralı, HUMK’nın 185. maddesinde¹⁶ hüküm altına alınmıştır.

Bir önceki bölümde de yer verildiği üzere, idari yargı yerleri tazminat ve faiz konusunda istemle bağlı olma kuralını idari yargılama hukukunun genel ilkesi olarak uygulamaktadır. Bu durumda, istemle bağlı olma kuralının medeni yargılama hukukundaki istisnası olan ıslah kurumunun, idari yargılama hukukunda uygulanma kabiliyeti tartışılmalıdır.

HUMK’nın 83 ile 90. maddeleri arasında düzenlenen ıslah,¹⁷ davanın taraflarından birinin yapmış olduğu bir usul işlemini tamamen veya kısmen düzeltmesi yoludur. Islah yolu ile “karşı tarafın iznine veya yargıcın onamına bağlı olmaksızın, bir tarafın usule ilişkin yaptığı işlemleri, gerekli giderleri vermek koşuluyla, yasada belirtilen süre içerisinde yöntemine uygun olarak tamamen veya kısmen”¹⁸ düzeltilmesi sağlanır.

Islah, davanın tamamen veya kısmen ıslahı olmak üzere iki çeşittir. İnceleme konumuz bakımından önemli olan kısmi ıslah olup, “ta-

¹⁵ Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt II, 6. Baskı, Demir Demir, İstanbul, 2001, s. 1692-1694.

¹⁶ HUMK Madde 185- Kanunu Medenide tayin olunan haller mahfuz kalmak şartıyla dava ikamesi ile aşağıda gösterilen neticeler hâsıl olur:

1 - Müddealehyin rızası olmaksızın müddei davasını takipten sarfınazar edemez.

2 - Müddei, Müddealehyin rızası olmaksızın davasını tevsi veya mahiyetin tebdil edemez. Aşağıdaki madde hükmüyle davadan feragat veya ıslah bu hükümden müstesnadır.

¹⁷ Ansay, Sabri Şakir, “Islah”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1950, Cilt 7, Sayı: 1-2; s. 122-129; Yılmaz, Ejder, (*Medeni Yargılama Hukukunda*) Islah, Kazancı Matbaacılık, 1982

¹⁸ Yılmaz, Ejder, (*Medeni Yargılama Hukukunda*) Islah, s. 27.

lep sonucunun veya dava sebebinin genişletilmesi veya kısmen değiştirilmesi için başvurulmuş islah kısmi islahtır."¹⁹

İslah ile müddeabihin (talep sonucu) artırılabilmesi yolu medeni yargılama hukukunda HUMK'nın 87. maddesinin son cümlesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesiyle²⁰ açılmıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önce de islah yolu ile müddeabihin artırılmasını yasaklayan HUMK'nın 87. maddesinin son cümlesi öğretide eleştirilmekteydi.²¹ Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra artık davacı, aynı davada ancak bir kere bu yola baş-

¹⁹ Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt IV, 6. Baskı, Demir Demir, İstanbul, 2001, s. 3992.

²⁰ "Dava açıldıktan sonra davacının müddeabihini "islah" yoluyla arttırmasını önleyen itiraz konusu kural, bir hakkın elde edilmesini zorlaştırdığından, "hukuk devleti" ilkesine aykırıdır. Ayrıca, Anayasa'nın "hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak sav ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Buna göre, hak arama özgürlüğünün en önemli iki ögesini oluşturan sav ve savunma haklarının kısıtlanması, bu hakların noksansız kullanımının ve âdil yargılanmanın engellenmesi Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturur. İtiraz konusu kural, dâvâcıyı ikinci kez dava açmaya zorlaması nedeniyle hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır. Anayasa'nın 13. maddesinde, "Temel hak ve hürriyetler, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyet'in, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak, kanunla sınırlanabilir" denilmekte, ancak bu sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı gibi öngörüldükleri amaç dışında da kullanılmayacağı belirtilmektedir. Buna göre, bir sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğundan söz edilebilmesi için hakkın özüne dokunmaması, makûl ve kabul edilebilir ölçüyü aşmaması gerekir. Başka bir anlatımla, temel hak ve hürriyetler sınırlanırken sınırlama ile öngörülen amaç arasında makûl ve adaletli bir denge kurulmalıdır. İtiraz konusu kural, davacıların haklarını en kısa sürede ve en az giderle almalarını engelleyerek hak arama özgürlüğünü önemli ölçüde zorlaştırması nedeniyle demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığından Anayasa'nın 13. maddesine uygun bir sınırlama olarak kabul edilemez. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 13. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir." Anayasa Mahkemesi; 20.07.1999; E. 1999/1- K. 1999/33; Resmi Gazete Tarih: 04.11.2000- Sayı: 24220.

²¹ Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt IV, s. 4035; Yılmaz, Ejder, *(Medeni Yargılama Hukukunda) İslah*, s. 171.

vurmak şartıyla,²² “dava dilekçesinde gösterdiği müddeabihî, (davalı muvafakat etmezse) ıslah yolu ile artırabilir.”²³

Medeni yargılama hukukundaki bu gelişmenin aksine, Danıştay’ın yerleşik içtihadının istemle bağlı olma kuralı çerçevesinde, kural olarak ıslah yoluna başvurulamayacağı yönünde olduğu dikkat çekmektedir. Örneğin, Danıştay 10. Dairesi, “Tazminat davalarında hükmedilebilecek tazminat miktarının Danıştay yerleşik içtihatlarında da kabul edildiği üzere davacının istemini aşmaması gerekmektedir. Bakılan davada, maddi tazminat istemi, sadece ...-liranın faiziyle birlikte ödenmesi olduğundan, idarenin hizmet kusuru sonucu maddi kayba uğradığı saptanan davacıya istemle bağlı kalınarak ...-liranın faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesi gerekmekte olup, mahkemece hükmedilen ...-lira maddi tazminatın istemi aşan kısmında hukuki isabet görülmemiştir.” diyerek idare mahkemesi kararını bozmuştur.²⁴ Ayrıca Danıştay dava dilekçesinde fazlaya ilişkin hakların saklı tutularak ilgililerin tam yargı davası açamayacaklarına da hükmetmektedir.²⁵

AYİM kararlarına baktığımızda ise, istemle bağlı olma ve ıslah hakkında farklı içtihatlar dikkat çekmektedir. Örneğin AYİM 1. Dairesi, 09.05.1989 tarihli kararında, “idari yargılama kanunlarında boşluk bulunan hallerde, hukuk yargılamasına egemen olan ilkelerin bağdaşırılığı ölçüsünde idari yargıda uygulanabilecekleri ve bunlardan yararlanabileceğidir. (...) Hukuk Yargılamasının amaçlarına hizmet eden ıslah kurumunun; genelde aynı prensiplere sahip (vergi uyumsuzlukları dışında) idari yargıda uygulanmamasını haklı kılacak bir neden ve gerekçe bulunmamaktadır.” diyerek

²² HUMK Madde 83/c. 2- Aynı davada her taraf ancak bir kere ıslah hakkını kullanabilir.

²³ “Bundan başka davacı, hükmün (Yargıtay tarafından) bozulmasından sonra, ıslah yolu ile müddeabihî artıramaz. Çünkü Yargıtay’a göre, hükmün bozulmasından sonra ıslah mümkün değildir.” Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt IV, s. 4037.

²⁴ Danıştay 10. Dairesi, 20.06.2001; E. 1999/2410- K. 2001/2637; Danıştay 9. Dairesi, 07.02.1991; E. 1988/3261- K. 1991/307; Danıştay 8. Dairesi, 23.12.1996; E. 1995/1507- K. 1996/4069; Danıştay 7. Dairesi, 24.02.2005; E. 2002/2588- K. 2005/254; Danıştay 7. Dairesi, 23.06.2004; E. 2002/893- K. 2004/2019 (Danıştay Bilgi Bankası)

²⁵ Danıştay 10. Dairesi, 15.05.1992; E. 1991/2716- K. 1992/2050; Danıştay 6. Dairesi, 11.05.2000; E. 1999/2712- K. 2000/2819; Danıştay 11. Dairesi, 27.02.2004; E. 2001/4405- K. 2004/943; Danıştay 8. Dairesi, 07.10.2003; E. 2003/590- K. 2003/3845 (Danıştay Bilgi Bankası)

davacının ıslah talebinin kabulüne karar vermiştir.²⁶ Ancak yakın tarihte verdiği kararında AYİM 2. Dairesi, “davacının istemi, bir ıslah (ek dava) niteliğindedir. İslahın konusu, tarafların yapmış olduğu usul işlemlerinin düzeltilmesidir. 4 Kasım 2000 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Anayasa Mahkemesi kararı incelendiğinde söz konusu HUMK’nun 87. maddesindeki kuralın, davacıları ikinci kez dava açmaya zorlaması nedeniyle hak arama özgürlüğünü kısıtladığından bahisle iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır. Adli Yargıda zamanaşımı süreleri dikkate alındığında bu süreler içerisinde dava devam ederken bilirkişi raporları sonrasında ortaya çıkan tazminat farkının ikinci bir ek dava ile istenebileceği açıktır. Oysaki 1602 sayılı Kanun’da Askerî Yüksek İdare Mahkemesi’nde açılan davalarda 1 yıllık ve idari başvuru- rudan sonra altmışar günlük dava açma süreleri işlemektedir. Bu süreler geçirildikten sonra müddeabihin miktarının değiştirilemeyeceği yine 1602 sayılı AYİM Kanunu’nun 46/4 maddesinin amir hükmüdür. Ayrıca, idari yargıda fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması müessesesi mevcut değildir.” diyerek söz konusu davanın reddine karar vermiştir.²⁷

İslah yolu ile talep sonucunun artırılabilmesinin yolunu HUMK’nun 87. maddesinin son cümlesini iptal ederek açan Anayasa Mahkemesi, 12.06.2008 tarih ve E. 2004/103- K. 2008/121 sayılı kararıyla²⁸ ıslahın idari yargılama hukukunda uygulanamayacağı ve İYUK m. 31 hükmünün Anayasa’ya aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, “itiraza konu kuralla yargılama sürecinde uygulanacak bazı usul kurumlarına ilişkin olarak Hukuk Usulü Muhakemele- ri Kanunu’na yollama yapılmıştır. İdari Yargılamanın özellikleri gözetilerek

²⁶ AYİM 1. Dairesi, 09.05.1989; E. 1988/300- K. 1989/219 (AYİM Bilgi Bankası). Ayrıca benzer yönde bkz. AYİM 1. Dairesi, 07.05.1991; E. 1990/764- K. 1991/1549 (AYİM Bilgi Bankası).

²⁷ AYİM 2. Dairesi, 05.10.2005; E. 2005/686- K. 2005/728 (AYİM Bilgi Bankası).

²⁸ Anayasa Mahkemesi, 12.06.2008; E. 2004/103- K. 2008/121; Resmi Gazete Tarih: 23.12.2008- Sayı: 27089. “Başvuru kararında, idari yargıda görülen tam yargı davalarında davacının katlandığı zararı tam olarak bilemediği, bu nedenle dava tarihinde gerçek zararın ortaya konulmadığı hallerde usule ilişkin yargısal sorunlarla karşılaşıldığı, idari yargı uygulamasında fazlaya ilişkin hakların saklı tutularak dava açılmasının olanaklı olmadığı, itiraz konusu kural ile özel hukuktan kaynaklanan ve adli yargıda görülen bir davada dava konusu miktarın ıslah yoluyla artırılması mümkün iken, 2577 sayılı Kanun’un 31. maddesindeki kural gereğince idari yargıda görülmekte olan davalarda bunun mümkün olmaması nedeniyle itiraz konusu kuralın Anayasa’nun 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.”

sınırlı bir şekilde sayılan bu konular 2577 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hususlarda uygulanacaktır. Başvuruya neden olan konu ise, hukuk usulüne yapılan yollamalar arasında ıslah kurumuna yer verilmemesidir. İdari Yargılamanın kendiliğinden inceleme özelliğine karşın, hukuk yargılamasındaki tarafların talebine dayanan inceleme yetkisi bağlamında usule ilişkin taraf işlemlerinin tamamen veya kısmen düzeltilmesini amaçlayan ıslah kurumuna 2577 sayılı Kanun'da yer verilmemesi, yasa koyucunun usul yasalarını belirlemedeki takdir yetkisi içinde kalmaktadır. Gerçekten hukuk yargılamasında bulunmasına karşın tanık, yemin, hali sabıka irca gibi kurumlara da yer vermeyen idari yargılama usulünün Anayasa'ya göre yasayla düzenlenen diğer usul yasaları gibi ilgili olduğu yargı yerinin özelliği ve gelişen yargılama koşullarına göre belirlenen bir sistem olduğu gözetildiğinde, her iki yargı sisteminde davacı ve davalı durumunda bulunanların aynı durumda bulunmadıkları ve bu nedenle de aynı yasa kurallarına tabi tutulmalarının gerekmediği anlaşılmaktadır." diyerek itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olmadığına karar vermiştir.

Öğretide aksi savunulmasına rağmen dikkat edilecek olursa, idari yargı yerlerinin ve Anayasa Mahkemesi'nin içtihadının idari yargılama hukukunda ıslah yoluna başvurulamayacağı yönünde olduğu ortaya çıkmaktadır. Ancak idari yargılama hukukunda ıslah yolunun kullanılması meselesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin Okçu-Türkiye kararıyla yeniden gündeme gelmiştir.

AİHM, 21.07.2009 tarihli Okçu-Türkiye kararıyla²⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) adil yargılanma hakkına ilişkin 6. ve Sözleşme'ye Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. 1980 yılında Diyarbakır'da bekçilik yaptığı sırada elinden yaralanan Hadin Okçu, yaralanmasından 10 yıl sonra yaralanmasına bağlı olarak geçirdiği el felci nedeniyle emekliye sevk edilmesinin ardından, idare aleyhine maddi ve manevi tazminat talebiyle 1991 yılında tam yargı davası açmış; yargılamanın uzun sürmesi ve talep ettiği tazminat tutarındaki değer kaybının karşılanmaması nedeniyle AİHM'ye başvurmuştur. İhlal kararında mahkeme, davanın uzun sürmesi dolayısıyla davanın açıldığı tarih ile başvuruçunun tazmina-

²⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İkinci Daire, Okçu-Türkiye Davası, Başvuru No: 39515/03; Strazburg, 21.07.2009. Kararın orijinal metni için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197>.

ta hak kazandığı tarih arasında ortaya aşırı bir değer kaybının çıktığını, başvuru kararına benzer durumlarda ortaya çıkan değer kayıplarını giderecek bir mekanizmanın Türk idari yargısı bakımından söz konusu olmadığını belirtmektedir.

Mahkeme kararda ayrıca Yargıtay ve Danıştay içtihatları ile Anayasa Mahkemesi'nin 12.06.2008 tarihli kararına atıfta bulunarak Türk idari yargılama hukukunda ıslah yolunun mümkün olmadığı tespitini de yapmaktadır. Kararda ayrıca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 2004(6) sayılı Tavsiye Kararı'na³⁰ da atıf yapılarak buna uyulması gerektiği belirtilmektedir. Tavsiye Kararı'nda, üye devletler tarafından etkili başvuru yollarının garanti altına alınması öngörülmektedir.

IV. SONUÇ

İdarenin eylem veya işlemlerinden zarar görenler açtıkları tam yargı davasında zararları karşılığı tazminata hükmedilmesini talep edebilmektedir. Tam yargı davasında talep edilen tazminat miktarı ile ilgili tek yasal koşul, tazminat miktarının dava dilekçesinde gösterilmesidir. İYUK'nun 3. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendi uyarınca tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın gösterilmesi zorunluluğu vardır. Bunun dışında idari yargılama hukukunda talep edilen tazminata ilişkin herhangi bir koşul bulunmamaktadır.

Ayrıca medeni yargılama hukukunun aksine, idari yargılama hukukunda istemle bağlı olma kuralı idari yargıya ilişkin mevzuatta yer almamaktadır. Ancak idari yargı yerleri istemle bağlı olma kuralını idari yargılama hukukunun genel bir ilkesi olarak uygulamaktadır. İstemle bağlı olma kuralının katı bir şekilde uygulanması, davanın açıldığı tarih ile davanın sonuçlandığı tarih arasında geçen süre sonunda talep edilen tazminat miktarında meydana gelen azalmaların da karşılanamaması sonucunu doğurmaktadır.

³⁰ Council of Europe, Committee of Ministers, *Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies*; 12.05.2004; <https://wcd.coe.int/ViewD>.

Medeni yargılama hukukunun genel ilkelerinden biri olan istemle bağlı olma kuralının istisnası ise davacının başvurabildiği ıslah yoludur. Daha önce kapalı olan ıslah ile talep sonucunun artırılabilmesi yolu ise, HUMK'nın 87. maddesinin son cümlesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptaliyle³¹ açılmıştır.

Medeni yargılama hukuku bakımından olumlu karşılanabilecek bu gelişmenin idari yargılama hukuku bakımından geçerli olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Öğretide eleştirilmesine karşın, idari yargı yerleri ıslah yoluna başvurulamayacağı yönünde kararlar vermektedir. ıslah yoluna başvurulamayacağına ilişkin Danıştay ve AYİM kararlarına ek olarak, Anayasa Mahkemesi de, 12.06.2008 tarih ve E. 2004/103- K. 2008/121 sayılı kararıyla ıslahın idari yargılama hukukunda uygulanamayacağına, HUMK'ya gönderme yapan İYUK'nun 31. maddesinin de Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

İstemle bağlı olma kuralının katı biçimde uygulanması, bu kuralın medeni yargılama hukukundaki istisnası olan ıslah kurumuna idari yargı yerleri tarafından yer verilmemesi, idarenin neden olduğu gerçek zararın karşılanmasına yönelik tam yargı davasının amacına hizmet etmemektedir.

KAYNAKLAR

- Anayasa Mahkemesi, 12.06.2008; E. 2004/103- K. 2008/121; *Resmi Gazete* Tarih: 23.12.2008, Sayı: 27089.
- Anayasa Mahkemesi, 20.07.1999; E. 1999/1- K. 1999/33; *Resmi Gazete* Tarih: 04.11.2000, Sayı: 24220.
- Ansay, Sabri Şakir, "ıslah"; *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1950, Cilt 7, Sayı: 1-2; s. 122-129.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İkinci Daire; Okçu-Türkiye Davası; Başvuru No: 39515/03; Strazburg, 21.07.2009; <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197>
- AYİM 1. Dairesi, 07.05.1991; E. 1990/764- K. 1991/1549 (AYİM Bilgi Bankası); <http://www.msb.gov.tr/ayim>

³¹ Anayasa Mahkemesi; 20.07.1999; E. 1999/1- K. 1999/33; *Resmi Gazete* Tarih: 04.11.2000- Sayı: 24220.

- AYİM 1. Dairesi, 09.05.1989; E. 1988/300- K. 1989/219 (AYİM Bilgi Bankası); <http://www.msb.gov.tr/ayim>
- AYİM 2. Dairesi, 05.10.2005; E. 2005/686- K. 2005/728 (AYİM Bilgi Bankası); <http://www.msb.gov.tr/ayim>
- AYİM 2. Dairesi, 15.03.1996; E. 1990/307- K. 1994/949; *AYİM Kararlar Dergisi*, No: 10.
- Council Of Europe, Committee Of Ministers; *Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies*; 12.05.2004; <https://wcd.coe.int/ViewD>
- Danıştay 5. Dairesi, 06.12.1988; E. 1988/3291- K. 1988/2865; *Danıştay Dergisi*, Sayı: 74-75
- Danıştay 5. Dairesi, 11.01.2005; E. 2001/5027- K. 2005/36 (Danıştay Bilgi Bankası); www.danistay.gov.tr;
- Danıştay 5. Dairesi, 19.02.2008; E. 2005/5463- K. 2008/876; *Danıştay Dergisi*, Sayı: 120.
- Danıştay 5. Dairesi, 29.09.2004; E. 2004/1224- K. 2004/3364; *Danıştay Kararlar Dergisi*, Sayı: 6.
- Danıştay 6. Dairesi, 02.06.2003; E. 2002/5832- K. 2003/4321 (Danıştay Bilgi Bankası); www.danistay.gov.tr
- Danıştay 6. Dairesi, 11.05.2000; E. 1999/2712- K. 2000/2819 (Danıştay Bilgi Bankası); www.danistay.gov.tr
- Danıştay 7. Dairesi, 23.06.2004; E. 2002/893- K. 2004/2019 (Danıştay Bilgi Bankası); www.danistay.gov.tr
- Danıştay 7. Dairesi, 24.02.2005; E. 2002/2588- K. 2005/254 (Danıştay Bilgi Bankası); www.danistay.gov.tr
- Danıştay 8. Dairesi, 07.10.2003; E. 2003/590- K. 2003/3845 (Danıştay Bilgi Bankası); www.danistay.gov.tr
- Danıştay 8. Dairesi, 14.11.2005; E. 2004/5371- K. 2005/4632 (Danıştay Bilgi Bankası); www.danistay.gov.tr
- Danıştay 8. Dairesi, 23.12.1996; E. 1995/1507- K. 1996/4069 (Danıştay Bilgi Bankası); www.danistay.gov.tr
- Danıştay 9. Dairesi, 07.02.1991; E. 1988/3261- K. 1991/307 (Danıştay Bilgi Bankası); www.danistay.gov.tr
- Danıştay 10. Dairesi, 12.01.2004; E. 2002/2036- K. 2004/91 (Danıştay Bilgi Bankası); www.danistay.gov.tr
- Danıştay 10. Dairesi, 15.05.1992; E. 1991/2716- K. 1992/2050 (Danıştay

- Bilgi Bankası); www.danistay.gov.tr
- Danıştay 10. Dairesi, 15.06.1983; E. 1982/3852- K. 1983/ 1515 (Danıştay Bilgi Bankası); www.danistay.gov.tr
- Danıştay 10. Dairesi, 24.11.1982; E. 1982/469- K. 1982/2357 (Danıştay Bilgi Bankası); www.danistay.gov.tr
- Danıştay 10. Dairesi, 20.06.2001; E. 1999/2410- K. 2001/2637 (Danıştay Bilgi Bankası); www.danistay.gov.tr
- Danıştay 11. Dairesi, 27.02.2004; E. 2001/4405- K. 2004/943 (Danıştay Bilgi Bankası); www.danistay.gov.tr
- Danıştay 12. Dairesi, 20.10.1997; E. 1996/160- K. 1997/2268 (Danıştay Bilgi Bankası); www.danistay.gov.tr
- Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 29.12.1983; E. 1983/1- K. 1983/10; Resmi Gazete Tarih: 20.06.1984, Sayı: 18437.
- Danıştay İdari Dava Daireleri, 14.04.2005; E. 2003/57- K. 2005/237; *Danıştay Dergisi*, Sayı: 110.
- Danıştay İdari Dava Daireleri, 14.04.2005; E. 2004/2413- K. 2005/249; *Danıştay Dergisi*, Sayı: 110.
- Gözübüyük, Şeref / Tan, Turgut, *İdare Hukuku, Cilt II, İdari Yargılama Hukuku*; Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi; 9. Baskı, Ankara 2004.
- Güran, Sait, "Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu III*; Ankara, 12-13 Mayıs 1980; İÜHFY, İstanbul 1980.
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II*; 6. Baskı, Demir Demir, İstanbul 2001
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt IV*; 6. Baskı, Demir Demir, İstanbul 2001
- Özgüldür, Serdar, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*; Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- Ünlüçay, Mehmet, "İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu"; *Danıştay Dergisi*, Sayı: 94, Ankara 1998, s. 3-10.
- Yılmaz, Ejder, (*Medeni Yargılama Hukukunda*) *Islah*, Kazancı Matbaacılık, 1982.

**TÜRK CEZA MUHALEMESİ SİSTEMİNDE
SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİNİ
GERÇEKLEŞTİREBİLMEK İÇİN
BİR REFORM ÖNERİSİ
(AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ
CEZA MUHALEMESİ SİSTEMİNE SAVUNMA VE MÜDAFI
PERSPEKTİFİNDEN
MUKAYESELİ BİR BAKIŞ)**

**A REFORM PROPOSAL FOR REALIZING THE EQUALITY OF ARMS
PRINCIPLE IN THE TURKISH CRIMINAL PROCEDURAL SYSTEM
(A COMPARATIVE VIEW ON THE AMERICAN CRIMINAL
PROCEDURAL SYSTEM FROM THE PERSPECTIVE OF THE DEFENSE
AND THE COUNSEL FOR THE DEFENSE)**

S. Sinan KOCAOĞLU*

Özet: Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ceza muhakemesi sistemi savunma makamının iddia makamı karşısında güçlendirilmesi hususunda Kıta Avrupası ülkeleri için yüksek bir standart teşkil etmektedir. Kara Avrupası ile kıyaslandığında Anglo-Amerikan ceza yargılaması mekanizmasında “silahların eşitliği” oldukça uzun bir süredir var olan bir ilkedir. ABD’de XX. yüzyılın ortalarından beridir iddia-savunma dengesini sağlamak için kullanılan iki önemli aygıt “Savunma Araştırması” ve “Savunma Kriminoloji/Adli Tıp Kurumları”dır.

Anahtar Sözcükler: Ceza muhakemesi hukuku, savunma, iddia, müdafı, savcı, hakim, kolluk, iki dünyanın en iyileri melez yaklaşımı, Kıta Avrupası, common law, Amerika Birleşik Devletleri (ABD), anglo-american, Türkiye, hukuk, savunma araştırması, savunma araştırması, kriminalistik, adli tıp, kriminoloji, silahların eşitliği, yüksek mahkeme, delil, 6. anayasal değişiklik, scottsboro davası, dürüst yargılanma, Miranda uyarısı, yoksullar için müdafı, atanmış müdafı, kamu savunmanı, baro, Türkiye Barolar Birliği (TBB), savunma hizmetleri, jüri ile yargılanma, Amerikan Barolar Birliği (Aba), adil yargılanma hakkı.

Abstract: The criminal procedural system of the United States of America (USA) currently sets a high standart the countries of Continental Europe in the name of strengthening the position of the defense vis a vis the prosecution. The equality of arms has been a long-established principle in the Anglo-American criminal justice mechanism when compared with the other shore of the Atlantic.

* Av. Dr., Ankara Barosu ABR Kurul Başkanı, LL.M. (Brussels).

Since the midst of the 20th Century, two of the most important American instruments to realize the ideal equilibrium position for the prosecution and defense has been “the Defense Investigation” and “the Forensic Criminology Services for the Defense”.

Keywords: Criminal procedural law, defense, prosecution, counsel for the defense, prosecutor, judge, police force, gendarmerie force, the best of two worlds hybrid approach, continental Europe, common law, United States of America (USA), Anglo-American, Turkey, Law, defense investigation, defense investigator, criminalistic, forensic, criminology, equality of arms, supreme court, evidence, 6th constitutional amendment, scottsboro case, due process of law, *Miranda* warning, counsel for the poor, appointed defense counsel, public defender, Bar Association, Turkish Union of Bar Associations, defense services, trial by jury, American Bar Association (ABA), Right to a Fair Trial.

GENEL OLARAK

Ülkemizin dahil olduğu Kıta Avrupası sisteminden çok farklı olan Amerikan hukuk sistemi “*common law*” mirasının üzerine inşa edilmiştir. Amerikan ceza muhakemesi sistemi genel yapısı itibari ile “*taraf muhakemesi*”ne dayanır. Bu sistemde taraflar arasında adeta bir düello, yarış veya rekabet şeklinde geçen bir yargılama süreci söz konusudur. Seçilmiş ve tarafsız vatandaşlardan oluşan jüri, iddia ve savunmanın ortaya koyduğu delillerden maddi gerçeğe ulaşmaya çalışır.¹ Bütün süreç; ceza muhakemesinin usul kurallarına uyulup uyulmadığını takip etme işlevini üstlenen hakim tarafından yönetilir.²

Bu sistemde, tarafların yani iddia ve savunmanın, tanıkların sorgulanmasında ve delillerin araştırılıp, saklanmasında gerçek anlamı ile gayretli ve özenli olacakları düşünülmektedir.³ Maddi gerçeğe ulaşabilmek için taraf muhakemesinde tarafların birbirlerine denk güçlerle teçhiz edilmesi gerektiği ön kabulünden yola çıkıldığı için, savunma

¹ Reid, Sue Titus, *Criminal Justice*, Third Edition, Macmillan Publishing Company, New York 1993, s. 347.

² A. g. e.

³ A. g. e.

konusunda en geniş hakları tanıyan sistemin Amerikan ceza muhakemesi sistemi olduğu kabul edilmektedir.⁴

Anglo-Amerikan ceza muhakemesi sistemi aslında öz olarak itham sistemine yani bir kişinin cezalandırılabilmesi için başka bir kişi tarafından suçlanarak itham edilmesi ve itham eden kişinin ithamının gerçekliğini ispat etmesi esasına dayanmaktadır.⁵ Türk öğretisinde önemli bir kabul, demokratik prensiplerin ceza yargılamasına etkili olması neticesinde itham sisteminin oluştuğu düşüncesidir.⁶ Bu bağlamda itham sistemi ve demokrasi ilişkisi üzerine en olumlu yaklaşım, tahkik sisteminin kalıntılarını taşıyan işbirliği sistemini terk edip tamamıyla itham sistemine dönülmesini savunan Prof. Dr. Faruk Erem'e aittir.⁷

Bu çalışmanın amacı, ülkemizde ceza ve ceza muhakemesi hukukunda Hümanist Doktrin'in kurucusu ve savunucusu olan rahmetli Erem'in görüşleri doğrultusunda Amerikan ceza yargılaması sistemini incelemek ve bu sistemde müdafinin yani toplumsal savunma makamının konumunu araştırmaktır. Dolayısıyla Kıta Avrupası modeline uygun olarak inşa edilmiş ülkemiz ceza yargılaması mekanizması ile Amerikan sisteminin toplumsal savunma makamı arasındaki müdafinin hak, yetki ve yükümlülükleri çerçevesindeki benzerlik ve farklılıkları tespit etmek ilk metodolojik hedeftir. Bu sistemden hukuk sistemimize uyumlaştırarak ithal edebileceğimiz kurumların var olup olmadığı sorusu üzerine yoğunlaşmak ve Türk doktrinine silahların eşitliğini sağlayabilecek bir teklif sunmak ise nihai ve asıl amacımızdır.

Bu genel girişi müteakiben üç ana bölümden oluşan çalışmamızda birinci bölüm Amerikan ceza muhakemesi sisteminde savunma konusunu Amerikan Anayasa'sındaki düzenlemeler ve Yüksek Mahkeme'nin bu konudaki kararları ışığında incelemektedir. Bu bağ-

⁴ A. g. e., Jonakait, Randolph N., *The American Jury System*, Yale Contemporary Law Series, Yale University Press, New Haven, 2006, s. 179.

⁵ Toroslu, Nevzat / Feyzioğlu Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara, 2006, s. 40.

⁶ Tosun, Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1608-Hukuk Fakültesi Yayınları No: 353, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti, İstanbul, 1971, s. 49.

⁷ Bkz. Erem, Faruk, *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku*, Işın Yayıncılık, Altıncı Baskı, Ankara 1986, s. 27-31; 60-66.

lamda şüpheli veya sanığın müdafiden yararlanma hakkı, ABD’de yoksullar için müdafilik sistemleri bu bölümün temel araştırma konusunu oluşturmaktadır. İkinci bölümde ABD’de silahların eşitliğini sağlamak için kullanılan mekanizmalar irdelendikten sonra, son bölümde sonuç yerine ülkemiz için silahların eşitliğini sağlayacağını düşündüğümüz çeşitli tekliflerimiz ortaya konulacaktır.

I. Amerikan Ceza Muhakemesi Sisteminde Savunma ve Müdafî

A. 6. Anayasal Değişiklikle Gelen Müdafî Hakkı ve Miranda Hakları

1791 yılında, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’na müdafî hakkını açık olarak tanımlayan 6. Değişiklik (VI. Amendment to U. S. Constitution) yapıldı. Bu değişiklikte: “*Bütün ceza davalarında sanık, suçun işlendiği iddia edilen bölgede, tarafsız bir jüri tarafından, iddianın içeriği ve nedeni hakkında bilgilendirilerek, aleyhine tanıklarla yüzleştirilerek, lehine tanıkları temin etmesi sağlanarak, [...], savunması için müdafî yardımından faydalanabileceği hızlı ve açık bir yargılanma hakkına sahip olacaktır (ABD Any, 6. Değişiklik)*”.

Her ne kadar ABD’de sanığın, savunması için müdafî yardımından yararlanabilme hakkı (*the right to have assistance of counsel for his defense*), kuramsal olarak 6. Anayasa Değişikliği ile açıkça teminat altına alınmışsa da, bu hak iken 1932 yılında *Powell v. Alabama* davası ile sanıklara tanınmaya başlanmıştır.⁸

⁸ *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932). Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin kararlarına yapılan atıflar ile ilgili kısa bir açıklama yapmak açısından belirtmeliyiz ki, bu atıflarda kullanılan U.S. kısaltması “United States Reports” (Birleşik Devletler Raporları) adı verilen resmi dergileri, bu kısaltmanın başındaki sayı bahsi geçen dergide kararın yayınlandığı cilt numarasını (reporter volume number), sonundaki sayı ise kararın yayınlandığı sayfa numarasını ifade etmektedir. Kısaltmanın sonunda parantez içerisinde geçen sayı ise kararın verildiği seneye işaret etmektedir. Eğer U.S. kısaltmasından sonra virgülle ayrılmış sayılar varsa, birinci sayı kararın yayınlandığı ilk sayfanın numarasını, virgülden sonraki sayı veya sayılar ise özellikle atıf yapılan sayfa ya da sayfaların numaralarını göstermektedir. Dolayısıyla bu dipnotta verilen kısaltma ile *Powell v. Alabama* davasının, 1932 senesinde verilmiş ve Birleşik Devletler Raporları dergisininin 287. cildinin 45. sayfasında yayınlanmış olan kararına atıf yapılmıştır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. *The Blue Book: A Uni-*

Scottsboro Davası olarak da bilinen bu davaya ilişkin olay, 1931 yılında meydana gelmişti ve konusu 9 zenci gencin Alabama'ya giden bir yük treninde 2 beyaz kadına tecavüz ettiği iddiasıydı.⁹ Bu trende yedi beyaz genç erkek ve iki beyaz genç kız da bulunmaktaydı.¹⁰ Yolculuk esnasında zenciler ile beyazların kavgası neticesinde beyaz gençlerin biri hariç hepsi trenden atılmıştı.¹¹ Tren, Alabama'ya bağlı küçük bir kasaba olan *Scottsboro*'ya varmadan önce, şerife, zencilerin beyaz genç kızlara tecavüz ettiğine ve trendeki bütün zencilerin trenden indirilmesi gereğine ilişkin bir mesaj çekilmişti.¹²

Daha sonraları uydurma olduğu anlaşılacak olan, iki beyaz kadının tecavüze uğradıkları iddiası ile yaptıkları şikâyetleri üzerine, bu dokuz sanıktan sekizi, tamamı beyazlardan oluşan bir jüri tarafından yargılanarak idam cezasına çarptırıldı.¹³ Bu dokuz zenci gencin hepsi de Alabama'ya başka bir eyaletten gelme yabancı (non-residents) ve okuma yazmaları da olmayan cahil (*illiterate and ignorant*) kimselerdi.¹⁴

Yargılama baştan sona yoğun, düşmanca ve heyecanlı bir toplumsal atmosferin içinde geçti ve yargılamadan önce teşebbüs edilen linç girişiminden sanıklar zorlukla kurtulabildiler.¹⁵ Hatta dava sırasında sanıkları linç etmek isteyen kalabalıkları durdurabilmek için yerel polis gücünün kuvveti yetmediği için ordudan yardım istemek gerekti ve sanıklar bütün yargılama boyunca ordu tarafından korundular.¹⁶ Yapılan bir günlük yargılama neticesinde bütün sanıklar suçlu bulunarak ölüm cezasına çarptırıldı.¹⁷

Yüksek Mahkeme, her ne kadar sanıklar yargılamada müdafii ile temsil edildilerse de, ilk derece mahkemesinin yargılama öncesinde

form System of Citation, Seventeenth Edition, The Harvard Law Review Association, Massachusetts 2002, s. 5 vd.

⁹ *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 52 (1932).

¹⁰ A. g. k.

¹¹ A. g. k.

¹² A. g. k.

¹³ Parker, s. 66; McDonald: s. 16.

¹⁴ *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 53 (1932).

¹⁵ Parker, s. 67; McDonald, s. 16.

¹⁶ *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 52 (1932).

¹⁷ *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 52 (1932); McDonald, s. 16.

sanıkların okuma ve yazma bilmemeleri, gençlikleri, sanıklara yönelik toplumsal düşmanlık, hapis şartları ve sanıkların ordu birlikleri tarafından yakın koruma ve takip altına alınmaları, sanıkların arkadaş ve aile çevrelerinin başka eyaletlerde olması gibi nedenleri göz önüne almayarak sanıklara savunmaları için gerekli fırsat ve zaman vermediğini tespit etti.¹⁸

Böylelikle bu sayılan olumsuz şartlar çerçevesinde Yüksek Mahkeme, sanıkların etkin müdafii yardımından yararlanma hakkının bu dava için hayati ve zorunlu olduğunu, sanıklara müdafii yardımıyla yargılanmaya hazırlık fırsatı verilmeyerek bu hakkın ihlal edildiğini tespit etmiş oldu.¹⁹ Ayrıca Mahkeme, ABD Anayasası'nın "dürüst yargılanma ilkesi"ni (*due process*) düzenleyen 14. Değişikliğinin bir takım şartlar altında idamla yargılanan yoksul sanıklara da uygulanarak müdafii atanması gerektiğinin altını çizmiş oldu.²⁰

Yüksek Mahkeme *Powell* davasında müdafii atanması ile ilgili tespitlerini münhasıran idam cezası ile yargılama yapılan davalara sınırlandırarak "idam cezası iddiası ile yargılama yapılan bir davada, sanık 'savunması için bir müdafii tutamıyorsa' ve 'cehalet', 'iradesizlik', 'okuma-

¹⁸ *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 72 (1932).

¹⁹ A. g. k.

²⁰ *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 68, 69 (1932). Amerikan Yüksek Mahkemesi müdafii ile savunulmanın gerekliliği hususunun önemini ilk kez 1932 yılında *Powell v. Alabama* kararında şu şekilde bir yorumla ortaya koymuştur: "Yargılanma hakkı pek çok davada eğer müdafii ile yargılanma hakkını içermiyorsa pek bir anlam ifade etmeyecektir. En zeki ve eğitilmiş kişinin bile hukuk ilminde bazen çok az vardır veya hemen hemen hiçbir bilgisi yoktur [...] Bu kişinin, aleyhindeki yargılamanın her adımında kendisine yol gösterecek bir müdafii rehberliğine ihtiyacı vardır. Bu rehberlik olmadan, suçlu olmasa bile, suçsuzluğunu nasıl ortaya koyacağını bilemediği için mahkûmiyet tehlikesi ile yüzleşecektir. Eğer bu durum zeki ve eğitilmiş insanlar için bile geçerliyse, cahiller, okuma yazması olmayanlar veya düşük zekâ sahipleri için evleviyetle geçerlidir. / The right to be heard would be, in many cases, of little avail if it did not comprehend the right to be heard by counsel. Even the intelligent and educated layman has small and sometimes no skill in the science of law [...] He requires the guiding hand of counsel at every step in the proceedings against him. Without it, though he be not guilty, he faces the danger of conviction because he does not know how to establish his innocence. If that be true of men of intelligence, how much more true is it of the **ignorant, illiterate**, or those of **the feeble intellect** (*Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 68, 69 [1932])". Benzer nitelikteki başka bir Amerikan Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 [1963].

yazma bilmemek' veya 'benzeri durumlar'dan dolayı 'kendi savunmasını yeterli bir biçimde yapma yeteneği de yoksa' yargılamayı yapan mahkemenin müdafii atamak zorunda olduğunu karara bağlamıştır.²¹

Ayrıca bu davada sanığın, "aleyhindeki yargılamanın her adımında (aşamasında) kendisine yol gösterecek bir müdafii rehberliğine ihtiyacı var olduğu" nun tespiti ile (he requires the guiding hand of counsel at every step in the proceedings against him),²² Amerikan Yüksek Mahkemesi, müdafiden yararlanma hakkının kullanımını yargılamanın her evresini kapsayacak şekilde derinleştirmiştir. Böylelikle, müdafiden yararlanma hakkı yani müdafii hazır bulunma yetkisi sadece kovuşturma aşamasında değil soruşturma aşamasında da hayata geçirilmiştir.

ABD Yüksek Mahkemesi'nin zorunlu müdafilik konusunda verdiği ikinci önemli karar taşı sayılacak karar ise, *Gideon v. Wainwright* kararıdır. Anılan kararda, ABD Anayasası'nın 6. Değişikliğinin bütün ceza yargılamalarını kapsaması ve sanığın müdafii yardımından yararlanması gerektiğini öngörmüştür.²³ Bu yüzden birbirini tamamlayan iki karar olan *Powell* ve *Gideon*, ilki müdafiden yararlanma hakkını yargılamanın her safhasına taşıyarak sağladığı "derinleşme" den dolayı, ikincisi ise bu hakkın her türlü ceza yargılamasına taşıyarak sağladığı "genişleme" den dolayı çok önemlidir.

²¹ Kanaatimizce, *Powell* davasında zorunlu müdafilik yardımının verilmesi için öngörülen 'cehalet', 'iradesizlik', 'okuma-yazma bilmemek' veya 'benzeri durumlar' (ignorance, feeble-mindedness, illiteracy, or the like) CMK m. 150, f. 2'ye eklenilmelidir. Zira Türkiye'de bu şartlara sahip pek çok insan olduğu ve bunların bireysel savunmalarını yeterli şekilde yapamayacakları izahından varestedir. Ayrıca bkz. A. g. e.,

²² *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 68, 69 (1932).

²³ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 343 (1963). Bu bağlamda ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Gideon v. Wainwright* kararının eyalet düzeyindeki ceza mahkemelerinde görülen davalardaki yoksul sanıklar için müdafii yardımından yararlanmanın önünü açtığını; federal düzeydeki ceza mahkemelerinde ise *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938) kararı ile zaten bu hakkın evelden tanınmış olduğunun altını çizmemiz gerekir. *Gideon v. Wainwright* davasında önemli bir diğer husus ise kararın cürüm suçlarından (felony) yargılanan yoksul sanıkları kapsamıydı. Cürümler dışındaki daha az vahim suçlar yani kabahatlerden (misdemeanor) yargılanan yoksul sanıkların müdafii yardımından faydalanma hakları ise Yüksek Mahkeme tarafından *Arsinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25 (1972) davası ile koruma altına almıştı. Yoksul sanıkların, temyiz mahkemelerindeki davalarda müdafiden yararlanma hakkı ise *Douglas v. California*, 371 U.S. 353 (1963) davasında öngörülmüştür.

Yüksek Mahkeme, bu konuda *Gideon* davasını müteakip verdiği bir başka önemli kararında ise “müdafii duruşmada hazır olmasına ek olarak, resmi veya resmi olmayan, mahkemede veya dışarıda, müdafii hazır bulunmamasının sanığın dürüst yargılanma hakkının kullanımının azalmış olacağı için, kovuşturmanın hiç bir aşamasında sanığın devletle tek başına karşı karşıya kalmaması garanti edilmiştir”.²⁴ Bu kararlar sanığın davanın hiçbir önemli aşamasında müdafii desteğinden yoksun kalmaması güvence altına alınmıştır.

ABD Anayasası'nın 14. Değişikliği'ne uygun olarak,²⁵ mahkemenin atadığı müdafiden yararlanma hakkı eyalet mahkemelerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Yüksek Mahkeme, bu kararı ile özellikle müdafiiin “atanmış/görevlendirilmiş” (*appointed*) olabileceğini öngörmüştür.²⁶ Ancak, “atanacak müdafiiin özellikle ceza hukuku olmak üzere hukukun her alanında yetkin olması gerekliliği aranmamıştır”.²⁷

²⁴ *United States v. Wade*, 388 U.S. 226 (1967). Kararın orijinal dilindeki hali şu şekildedir: “In addition to counsel’s presence at trial, the accused is guaranteed that he need not stand against the state at any stage of the prosecution, formal or informal, in court of out, where counsel’s absence might derogate from the accused’s right to a fair trial”.

²⁵ Kıta Avrupası hukukunda “**right to a fair trial**” olarak ifade edilen adil yargılanma hakkı, Amerikan sistemde “**due process of law**” olarak nitelendirilmektedir. Amerikan Anayasası “Yargılama ve Cezalandırma, Tazminat” başlığını taşıyan 12.15.1791 tarihli 5. Değişikliğinde hiçbir kimsenin “hayat, hürriyet, mülkiyet ve hukukun düzgün işlemesinden mahrum bırakılmayacağını/ nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law”; “Vatandaşlık Hakları” başlığını taşıyan 07.09.1868 tarihli 14. Değişikliğinde ise, eyaletlerin hiç kimseyi “hayat, hürriyet, mülkiyet ve hukukun düzgün işlemesinden mahrum bırakamayacağını/ nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law” öngörmüştür (Gurule, Jimmy, “The Right to A Fair Trial in United States Law”, “The Right To a Fair Trial”, *European Commission for Democracy through Law, Science and Technique of Democracy*, No: 28, Council of Europe Publishing, Strasbourg Cedex, 2000, s. 96; Franklin, Carl J., *Constitutional Law for the Criminal Justice Professional*, CRC Press LLC, Boca Raton, Florida, 1999, s. 292; Moriarty, Brid / Cotter Marie Money / Blackwell Noeline, “Human Rights Law”, *Law Society of Ireland*, Oxford University Press, Oxford 2004, s. 118).

²⁶ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

²⁷ Parker Jo Anna Chancellor, “What a Poor Defense - Exploring the Ineffectiveness of Counsel for the Poor and Searching for a Solution”, *Jones Law Review*, 7 Jones L. Rev. 63 (2003), s. 66-68. Amerikan ceza yargılaması sisteminde mahkemenin müdafii ataması ile ilgili olarak çeşitli eleştiriler için bkz. Singer, Shelvin, *Why Judges Should Not Appoint Defense Counsel*, 17 Judges J. 34 (1978), s. 34-38.

Hollywood filmlerinde ve televizyon dizilerinde polis memurlarının ve avukatların tekrar ettikleri bir klişe olan “*Şüpheliye haklarını okuyun!*” (*Read him his rights!*) cümleciği esasen Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436 [1966]) davasında vermiş olduğu, şüphelinin “*sessiz kalmaya hakkının olması, söyleyeceği her şeyin aleyhine delil olarak kullanılabileceği, seçilmiş veya atanmış bir müdafinin yardımından yararlanma hakkının varoluşuna dair*” kararının değişik şekillerde ifadesidir.²⁸Görüldüğü üzere *Gideon* kararının “*atanmış/görevlendirilmiş*” müdafî kavramı *Miranda* kararına da girmiştir.

Anlaşılabileceği üzere Yüksek Mahkeme gözetim altına alınacak kişiye uyarı verilmesini “*sorgu atmosferinin özünde varolan baskıların üstesinden gelebilmek için mutlak bir gereklilik*” olarak kabul etmektedir.²⁹ Anılan karardan sonra “*Miranda uyarısı*” (*Miranda warning*) olarak adlandırılan, şüpheliye haklarının bildirilmesi eylemi, her “*gözetim sorgulaması*”ndan (*custodial interrogation*) önce ve faaliyetin daha ilk başlangıcında, şüpheliye yapılacak olan “*açık*” ve “*şüpheye yer bırakmayacak derecede net*” (*clear and unequivocal*) bir biçimde uygulanmalıdır.³⁰ Ayrıca sorguya alınacak şüpheli şahıs susma hakkını herhangi bir andan itibaren kullanmak istediğini veya müdafiden yararlanmayı talep ettiği anda sorgulama faaliyetine devam edilmemeli ve derhal o anda bırakılmalıdır.³¹

Amerikan Yüksek Mahkemesi, müdafiden yararlanma hakkı gibi “*anayasal haklardan feragat*” için bir genel tanım öngörmüştür. 1938 tarihli *Johnson v. Zerbst* davasında ortaya konulan bu tanıma göre “*temel*

²⁸ Daughtrey, Clinton M., “You Only Get What You Pay For? The Current Status of Malpractice Immunity For Indigent Defense Counsel”, *The Journal of the Legal Profession*, 23 J. Legal Prof. 293 1999, s. 293.

²⁹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

³⁰ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 468 (1966). Bu bağlamda, “*Miranda uyarısı, ancak, gözetim altına alma ve sorgulama (ifade alma) işlemlerinin birlikte yapıldığı zamanlarda gereklidir. Polisin derhal sorgulama yapma kastı olmadan şüpheliyi gözetim altına aldığı durumlarda, Miranda uyarısının yapılmasına gerek yoktur. Aynı şekilde açıkça gözetim altında olmayan bir kişiye doğrultulacak olan sorudan önce de Miranda uyarısı yapılmasına gerek yoktur. Çünkü kişi istediği zaman kendisine yöneltilmiş olan soruya cevap vermemek ve o ortamı terk etmek hakkına sahiptir. Böyle bir durumda, şüpheliye Miranda uyarısı yapılmadan yöneltilmiş polis sorusuna karşı verilecek cevap kişinin aleyhine kullanılacak kendini suçlandırıcı beyan olarak kabul edilebilir*” (Ingram, Jefferson, *Criminal Procedure-Theory and Practice*, First Edition, Pearson Prentice Hall, New Jersey 2005, s. 221).

³¹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 474 (1966).

*bir hakkın feragatı normal olarak bilinçli bir şekilde, farkında olunan bir hak veya ayrıcalıktan vazgeçme ya da bırakmadır” (a waiver is ordinarily an intentional relinquishment or abandonment of a known right or privilege).*³²

Yüksek Mahkeme, *Miranda* haklarından feragat için ise özel bir takım kıstaslar belirlemiştir. Buna göre *Miranda* hakları bağlamında örneğin susma veya müdafî yardımından faydalanma hakkından feragat için gerekli ilk ölçüt, “gönüllülük”tür.³³ Dolayısıyla, şüpheli ancak gönüllü bir biçimde hakların kullanımından feragat etmelidir. Diğer feragat şartları da mahkemenin dilinden “*şüpheliye ifade alma esnasında susma ve müdafiden yararlanma haklarını kullanımı fırsatı verilmelidir. Bu uyarılardan yapıldıktan ve bu fırsat tanındıktan sonra, kişi bilerek ve farkında olarak bu haklardan feragat edebilir ve sorulara cevap vermeye ya da beyanda bulunmaya razı olabilir. Fakat bu uyarıların veya feragatin yapıldığı savcılık tarafından duruşmada ispatlanılmadıkça, ifadede alınan hiçbir delil kişi aleyhine kullanılamaz*”³⁴ şeklinde ortaya konulmuştur.

Böylelikle şüpheli Yüksek Mahkeme’nin öngördüğü üç şartı olan “gönüllülük” (*voluntariness*), “bilme” (*knowingly*) ve “farkındalık” (*intelligently*) şartlarını gerçekleştirerek *Miranda* haklarından feragat edebilir. Yüksek Mahkeme’nin öngördüğü bu üç ölçütten oluşan testin hepsinin gerçekleştiği her türlü şüpheden uzak bir şekilde ortaya konulmalıdır. Aksi takdirde yani *Miranda* uyarısının yapılmadığı ve bu uyarının kişiye sağladığı haklardan şüphelinin vazgeçtiği savcılık tarafından duruşmada ispatlanmazsa, böylesi bir sorgudan elde edilen hiçbir delil şüphelinin aleyhine kullanılamaz.³⁵ Ayrıca eğer gözaltına alma

³² *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938); ayrıca *id.* s. 464.

³³ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); ayrıca *id.* s. 444.

³⁴ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); ayrıca *id.* s. 479. Paragrafın kaleme alındığı orijinal dilindeki hali şu şekildedir: “Opportunity to exercise these rights must be afforded to him throughout the interrogation. After such warnings have been given, and such opportunity afforded him, the individual may knowingly and intelligently waive these rights and agree to answer questions or make a statement. But unless and until such warnings and waiver are demonstrated by the prosecution at trial, no evidence obtained as a result of interrogation can be used against him”. Yüksek Mahkeme öngördüğü bu kriterleri daha sonra *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478, 492 (1964); *Crooker v. California*, 357 U.S. 433 (1958) ve *Cicenia v. Lagay*, 357 U.S. 504 (1958) kararları ile de perçinlenmiştir.

³⁵ “But unless and until such warnings and waiver are demonstrated by the prosecution at trial, no evidence obtained as a result of interrogation can be used against

ve sorgulama şartları gerçekleşirse, şüpheli tarafından gereğince yapılmış uygun bir *Miranda* uyarısından evvel şüphelinin yapacağı beyanlar da, şüphelinin aleyhine suç delili olarak kullanılamaz.³⁶

B. Amerika Birleşik Devletleri'nde Yoksullar İçin Müdafilik Sistemleri

1. Genel Olarak

1900'lü yılların başında yoksullar için ücretsiz müdafilik hizmeti Amerikan eyaletlerinin çoğunda kuramsal olarak vardı.³⁷ Çoğu eyalette mahkemelerin müdafî atayabilmelerine hukuk sistemleri izin vermekte olsa da, bu atamaların yapılabilmesi mahkemenin isteğine bağlıydı.³⁸ 1936 yılına gelindiğine sadece yedi eyalet, yoksullar için müdafî atanmasını mecburi hale getirmişti.³⁹ 1963 yılından sonra ise, ABD Yüksek Mahkemesi'nin, *Gideon v. Wainwright* davası ile⁴⁰ federal düzeyde her türlü ceza kovuşturmasında yoksul sanıklar için ücretsiz müdafî teminini sağlayacak bir karar öngördüğünü yukarıdaki bölümlerde açıklamıştık.

ABD'de yoksul sanıklara müdafî atanması usullerine geçmeden önce sanırsız müdafî yardımından yararlanacak kişi için "yoksul"luğun ne olduğu üzerinde biraz durmak gerekir. Müdafî tutabilecek durumda olmayan ve aşağıda açıklayacağımız yoksullar için müdafî sistemlerinden birisine başvuracak sanıklar nakde çevrilecek bir gayr-ı menkul sahibi olmadıklarını, aşırı borç yükü altında olduklarını ya da geçmiş ve gelecek mali tarihçelerini ortaya koyarak bir müdafî tutabilecek durumda olmadıklarını ispatlamalıdır.⁴¹ Böylece sanığın yoksul olduğuna kanaat getirebilecek olan yargıç, sanığa bir müdafî atanması gerektiğine dair karar verebilir.⁴²

him" (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 [1966]).

³⁶ *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985).

³⁷ McDonald, s. 33.

³⁸ A. g. e.

³⁹ A. g. e.

⁴⁰ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

⁴¹ Hogan, s. 152.

⁴² A. g. e.

Yoksul sanıklar için müdafî atanması ABD Ceza Adaleti Yasası çerçevesinde iki şekilde sağlanılmaktadır.⁴³ Bunlardan ilki “*atanmış müdafî*” (*panel attorneys/assigned counsel/ad hoc appointment of counsel*) denilen, görevli ve yetkili mahkeme hakiminin görülen davaya bir müdafî atmasıdır. Bu sistemin temeli, hakimler tarafından yoksul sanıkların davalarının, “*durum bazında*” (*case-by-case assignment*) atanmış müdafîlik yapmak için özel listelere kayıt olmuş serbest çalışan avukatlara dağıtılmasıdır. Bu sistem yoksul sanıklara müdafî tayini için ABD eyaletlerinin % 52’sinde kullanılan en yaygın sistemdir.⁴⁴

Amerika’da bazı eyaletlerde mahkeme görevlendirmesi ile avukatlara yüklenmiş olan *pro bono* yani avukatın herhangi bir ücret talep etmeden müdafîlik yapma yükümlülüğü gibi istisnalar dışında genel olarak ABD’nin ücret karşılığında yoksul kişilere müdafîlik yaptırdığı avukatlar ise, “*Federal Savunman Örgütleri*” (*Federal Defender Organizations*) adı verilen ikinci sistemi oluşturmaktadır.⁴⁵ Temelini ilk kez XX. yüzyılın başında hızlıca büyüyen kentsel bölgelerde başlayan “*Kamu Savunmanı*”⁴⁶ (Public Defender) fikrinde bulan, Federal Savunman Örgütleri, daha sonraları nüfusun en yoğun olduğu şehirlerin ve ilçelerin % 37’sinde işlev görmeye başlayan dev bir mekanizma haline gelmiştir.⁴⁷

⁴³ 1964 tarihli Ceza Adaleti Yasası/*Criminal Justice Act of 1964* (18 U.S.C. § 3006 A). Her iki sistemde de çalışan müdafiler üzerine yapılmış alan araştırması için bkz. Emmelman, Debra S., *Justice for the Poor: A Study of Criminal Defense Work*, Law Justice & Power Series, Ashgate Publishing Ltd., Hampshire 2003, s. 11 vd.

⁴⁴ Worden, Alissa Pollitz, “Privatizing Due Process: Issues in the Comparison of Assigned Counsel, Public Defender, and Contracted Indigent Defense Systems”, *The Justice System Journal*, 15 Just. Sys. J. 390 (1991-1992), s. 392; Reid, Sue Titus, *Criminal Justice*, Third Edition, Macmillan Publishing Company, New York 1993, s. 374, 375.

⁴⁵ Babcock, Barbara Allen, “Inventing the Public Defender”, *American Criminal Law Review*, 43 Am. Crim. L. Rev. 1267 (2006), s. 1267.

⁴⁶ “**Kamu savunmanı**” kavramını ilk kullanan kişi bir kadın avukat olan Clara Foltz’dur. [...] Foltz, 1893 yılında Chicago Dünya Fuarı’nda yaptığı bir konuşma ile ABD’de kamu savunmanı hareketini başlatmıştır. [...] Foltz’a göre ceza yargılamasında savcıya karşıt ve düzeltici bir güç olarak delillerin sunumunu dengeleyecek, yargılama faaliyetlerinin dürüst ve muntazam olarak sürdürülmesini sağlayacak kudretli bir kamu savunmanı var olmalıdır. [...] Çünkü her kamu savcısı için bir kamu savunmanı, savcı ile aynı şekilde seçilerek ve aynı fonlarla ücretlenecek bir biçimde görev yapmalıdır” (Babcock, *Inventing the Public Defender*, s. 1269-1271).

⁴⁷ Worden, s. 392.

Federal Savunman Örgütleri de federal ve toplum (community) kamu savunman sistemleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Buna göre federal kamu savunman örgütü Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*) tarafından atanan bir kamu savunmanı tarafından başkanlık edilen ve Federal Hükümet çalışanlarından oluşur. Toplum kamu savunman örgütleri ise, ABD Mahkemelerinin idari bürolarından nakdi yardım alan ve tüzel kişilik sahibi, kar amacı gütmeyen örgütlerdir. Bu bağlamda kamu savunman sistemleri, federal veya toplumsal ölçekte olsun, merkezi olarak istihdam edilmiş personeli olan ve yine merkezi şekilde idare edilen kamu savunmanı bürolarında çalışan maaşlı avukatlar tarafından yoksul olarak kabul edilen sanıklara verilen müdafilik hizmetlerini ifade eden bir kavramdır.⁴⁸

Aslında ABD’de yoksul sanıklara savunma hizmeti verilmesinde, mahkemelerin atadığı ve kamu savunman bürolarında çalışan müdafiler dışında, bir üçüncü sistem daha vardır. Yoksul sanıklar bakımından müdafilik hizmetlerini sunmak için ABD’de son dönemde oldukça artan bir biçimde kullanılmaya başlayan bu üçüncü sistem ise “sözleşme sistemleri” (*contract systems*) olarak adlandırılan sistemlerdir. Bu bağlamda eyaletlere göre içeriği değişen çeşitli sözleşme sistemleri kurulmuştur. Ancak bunlardan en yaygın ve belki de en basit olanı, yapılan bir ihale çerçevesinde teklif verecek özel olarak çalışan avukatların ve hukuk şirketlerinin, teklifleri kabul gördüklerinde sözleşme süresince sabit bir ödeme karşılığında yoksul sanıkların savunma hizmetlerini yerine getirmeleridir.⁴⁹

İnceleme konumuzu pek ilgilendirmediğini ve müdafii görevlendirmesi hizmetlerinin özelleştirilmesi anlamına gelen bu sistemin ülkemiz hukuk mekanizması ve insanımızın hukuk kültürü açısından pek uygun olmadığını düşündüğümüz için, mahkemenin müdafii atanması ve kamu savunmanlığı sistemlerinin aksine, sözleşme sistemini bu kadarlık bir genel bir bilgi çerçevesinde açıklamayı yeterli görüyoruz.

⁴⁸ A. g. e.; Hermann, Robert / Single Eric / Boston John, *Counsel for the Poor-Criminal Defense in Urban America*, Lexington Books, Heath and Company, D.C, 1977, s. 3.

⁴⁹ Worden, s. 392, 393; Reid: s. 375, 376; Wice Paul B., “Private Criminal Defense-Reassessing an Endangered Species”, *The Defense Counsel*, Editor: William F. McDonald, Sage Publications, California 1983, s. 44.

Burada altını önemle çizmemiz gereken bir husus, anılan bu sistemlerin faaliyetlerinin bazı davalarda üst üste gelerek çakışabildiğidir.⁵⁰ Ayrıca her bir sistemin içinde çeşitlilikler var olduğu gibi, sistemler eyaletlere göre değişen farklı örgütlenmeler şeklinde ortaya çıkabilmektedirler.⁵¹

2. Mahkemenin Müdafî Ataması Sistemi (*Ad Hoc Appointment of Counsel*)

ABD’de, XX. yüzyılın başında, yoksullar için müdafî, mahkeme tarafından ve sadece mahkemenin müdafîye ihtiyaç olduğunu düşündüğü davalarda atanmaktaydı.⁵² ABD’de mahkemelerin müdafî atama yetkisi, ceza kanunların dürüst bir şekilde uygulanabilmesi için atama yetkisinin hakime verilmesini elzem gören İngiliz *common law* sisteminin yazılı olmayan kurallarından kaynaklanmaktaydı.⁵³ Bu sistemin ad hoc atama sistemi olarak da adlandırılmasının nedeni, bu şekildeki müdafî atamalarının, mahkemenin müdafî atamasını yapabilmesi için örgütlenmiş bir yapıdan değil de, “*olay/durum bazında*” (*case by case*) ve “*rassal/rastgele*” (*random*) olarak yapılmasıdır.⁵⁴ Bu şekilde atanan müdafîlerin ücretlerini ise devlet ödemektedir.⁵⁵ Bu sistemde yargıçlar müdafî atamasını çoğu zaman sanık kürsüye çıktığı anda duruşma salonundan bulunan avukatlardan rastgele bir şekilde yapılmaktadır.⁵⁶

Bundan dolayı ad hoc müdafî atama sistemi, tecrübesiz avukata ceza yargılamasında yetkinliği araştırılmadan güvenilmesi, yapılan savunmanın genel kalite kontrolünün yapılamaması, hâkimin müda-

⁵⁰ Hermann/Single/Boston, s. 3.

⁵¹ A. g. e. Ayrıca her eyalette kimlerin kamu savunmanı olabileceğine dair kıstaslar da başkalaşmaktadır. Örneğin Amerika’nın Maryland Eyaletinde ceza davalarında en azından beş yıllık müdafîlik tecrübesi olmayan avukatlar kamu savunmanlığı yapamazlar (Hogan, s. 153).

⁵² Goldberg, Nancy Albert / Hartman, Marshall J., “The Public Defender in America”, *The Defense Counsel*, Editor: William F. McDonald, Sage Publications, California 1983, s. 76.

⁵³ A. g. e.

⁵⁴ A. g. e., s. 86.

⁵⁵ Hermann/Single/Boston, s. 3.

⁵⁶ Goldberg/Hartman: s. 86.

fi atayacağı avukatla bir tür hamilik veya tam tersi dışlama ilişkisine girebilmesi, ayrımcılık yapılması ihtimali, seçim sürecinde müdafî bağımsızlığına uygun olmayan müdahale, müdafîlikten çekilme ile sonuçlanan atanan avukatın uygun olmama durumu, genel mali kontrollerin yokluğu, müdafî atanan avukatlardaki genel ceza ve ceza usul hukuk bilgisinin yetersizliği, mahkeme atamalarında ceza yargılaması alanında kurumsal olarak sürdürülmesi gereken meslek içi eğitimlerin mevcut olmaması, sistemin verimsiz olması, atanmış müdafîin savunmayı etkin yapmaması gibi yönlerden eleştirilmektedir.⁵⁷ Bunun dışında dosya hakkında bilgisi olmayan müdafîin etkin bir savunma yapması ihtimali yok denecek kadar azdır.

3. Kamu Savunmanı Sistemi (*Public Defender System*)

Kamu savunmanı sistemi, sözleşmeli veya kamu görevlisi statüsünde olan bir veya bir grup avukat aracılığıyla, yoksul sanıklara düzenli olarak ücretsiz müdafîlik yardımında bulunmak için kurulmuş yapılardan oluşur.⁵⁸ Mahkeme tarafından *ad hoc* atanan müdafîlik sisteminden kamu savunmanı sisteminin farkı ise, düzenli bir şekilde ve örgütsel bir çerçevede yoksullara müdafî atanma hizmetinin sürdürülmesidir.⁵⁹ Diğer bir fark ise, kamu savunmanı sisteminde görev yapan avukatların mesleki yaşantılarının büyük bir kısımlarını, mahkeme tarafından *ad hoc* atanan müdafîlerin tersine, yoksul sanıkları savunma işine adanmış ve mesleki anlamda başka tip dava almayan avukatlardan oluşmasıdır.⁶⁰ Bu sistemde kamu savunmanı ajansları veya büroları olarak adlandırılan örgütler bir devlet kurumu olarak yahut sözleşmeli statüde faaliyet göstermektedirler.⁶¹

⁵⁷ A. g. e., s. 86, 87.

⁵⁸ Lynch, Elizabeth / Singer, Shelvin, "Indigent Defense Systems-Characteristics and Costs", *The Defense Counsel*, Editor: William F. McDonald, Sage Publications, California, 1983, s. 105.

⁵⁹ Hermann/Single/Boston, s. 3.

⁶⁰ Lynch, Elizabeth / Singer, Shelvin, "Indigent Defense Systems-Characteristics and Costs", *The Defense Counsel*, Editor: William F. McDonald, Sage Publications, California, 1983, s. 105.

⁶¹ Hermann/Single/Boston, s. 3.

Sanık veya mahkeme tarafından talep edildiğinde, her türlü davayı temsil etmekten sorumlu bir kurum olan kamu savunmanı sistemi, ABD’de ilk kez 1913 yılında Kaliforniya Eyaleti’ne bağlı Los Angeles şehrinde kuruldu ve daha sonra kabul görmüş bir fikir olarak 1917 yılında New York eyaletine yayıldı.⁶² Kamu savunmanı sistemi, Amerikan ceza yargılama sistemi içerisinde çok önemli bir rol oynayan “*kamu savunmanı büroları*” veyahut başka bir tabirle “*kamu savunmanı ajansları*”ndan oluşmaktadır. Zira bir örnekle açıklamak gerekirse, 1986 yılı itibari ile savunma hizmeti alan Amerikalıların % 65 gibi büyük bir oranı kamu savunman bürosu aracılığı ile müdafî yardımından yararlanmaktadırlar.⁶³

ABD’de göçmenliğin artması ve anonim şirketlerin yayılması ile birlikte, itibarlı işler yapmaktan bilgi ve tecrübelerinin zayıflığı nedeniyle alıkonulan bir takım “*yetkin olmayan*” avukatlar, ceza davalarında savunmanlık yani müdafîlik işini bir tür yaşam aracı haline getirdiler.⁶⁴1917 yılında Manhattan’ın medeni ve kültürel seçkinleri, toplumun adaletin yürütülüşü ile ilgili algılayışını yükseltmek ve alanında uzmanlaşmamış bir kısım avukatların ceza yargılaması sisteminde yaratmış oldukları etkileri yok etmek amaçlarıyla “*Adli Yardım Topluluğu*” (*Legal Aid Society*) adlı bir örgüt kurdular.⁶⁵

Fakat kuramsal açıdan bu örgütler, tam zamanlı olarak sadece ceza davaları ile ilgilenecek kamu müdafîlerinin yoksul kişiler için özel müdafîlerden daha kaliteli bir savunma hizmeti icra edeceklerine dair bir inançla kurulmuştur.⁶⁶ Çalışanlarının yani müdafîlerin genellikle mesleki standartların altında bir seviyede olması, bu sistemlere kronikleşmiş bir biçimde çok az ödenek aktarılması, kamu müdafîlerinin düşük maaş almaları, aşırı iş yükü gibi nedenlerden dolayı; bunların etkin bir biçimde örgütsel amaçlarını gerçekleştirmediği belirtilmektedir.⁶⁷

⁶² Parker, s. 77; Goldberg/Hartman, s. 91.

⁶³ Klein, Richard, “The Relationship of the Court and Defense Counsel: The Impact on Competent Representation and Proposals for Reform”, *Boston College Law Review*, 29 B.C. L. Rev. 531 (1987-1988), s. 532, dn. 3.

⁶⁴ Parker, s. 77.

⁶⁵ A. g. e.; Goldberg/Hartman, s. 78, 79.

⁶⁶ Parker, s. 78; Goldberg/Hartman, s. 78, 79.

⁶⁷ A. g. e. ABD’de atanmış müdafîin üzerindeki dosya sayısı ve iş yükü konusunda yapılmış araştırmalar için bkz. Klein, s. 536 vd.

ABD’de kamu savunmanlığı sisteminin, mahkeme tarafından atanan müdafilerden daha etkin işlediği, çünkü mahkemelerinin genellikle yaptığı atamalarda ilgili avukatın ceza hukukunda uzmanlığının olup olmamasına veya liyakatine dikkat etmedikleri bildirilmektedir.⁶⁸ Müdafilere verilecek uygun bir eğitim, uygulanacak iyi bir ücretlendirme politikası ve kaldırılabilir bir iş yükü sisteminin sayılan sorunlara çözüm olarak sunulduğu bu sistemde, sadece “müdafiden yararlanma hakkı”nın değil, asıl gerçekleştirilmesi gerekli olan “etkin bir müdafiden yararlanma hakkı”nı hayata geçireceği düşünülmektedir.⁶⁹

ABD’de idam davalarında uzmanlaşmış bir müdafî olan Stephen B. Bright’ın “Ülkemizde cerraha sahip olmayan pek çok ufak topluluklar vardır. Elbette, bu durum, beyin cerrahisi ameliyatlarının pratisyen hekimlere yaptırılacağı anlamına gelmemelidir. Ancak, ülkemizde beyin cerrahisi ameliyatının eşdeğeri olan idam davalarında hukuk fakültesi mezunu pratisyen hekimlere bu ameliyatlar yaptırılmaktadır. Sonuçta da hasta büyük bir çoğunlukla ölmektedir. Bu durum asla hoş görülebilir bir hata değildir”⁷⁰ şeklindeki ifadesi dünyanın teknolojik ve siyasal açıdan en ileri ülkesinde dahi savunma hakkının yetersiz ve liyakatsiz olarak kullanırılmasında sorunlar yaşandığının birinci elden tespitidir. Zira Gideon davasında ifade edildiği gibi “müdafî bir ihtiyaçtır, lüks değildir”.⁷¹

“ABD Savunma Hizmetleri Üzerine Ulusal Çalışma Komisyonu’nun Nihai Raporu” (*The Final Report of the National Study Commission on Defense Services*), savunma hizmetlerinin yerine getirilmesi için ayrılan parasal fonların yetersizliğini ve bu bağlamda da fakirlere savunma hizmeti sunan müdafilerin eğitiminin kaliteli olmamasını, bugün pek çok ABD eyaletinde sürdürülen tamamen yetersiz savunma hizmetlerinin ana sebebi olduğunu tespit etmiştir.⁷²Atanmış müdafî ile seçilmiş müdafî arasındaki etkinlik ve kalite farkını mukayese edebilmek,

⁶⁸ Parker, s. 80.

⁶⁹ Hogan, s. 153; Parker, s. 83; Goldberg/Hartman, s. 79, 81.

⁷⁰ s. 81, 82.

⁷¹ “Lawyers in criminal courts are necessities, not luxuries” (*Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 343 [1963]). Ayrıca bu konuda yorumlar için bkz. McDonald, William F., “In Defense of Inequality-The Legal Profession and Criminal Defense”, *The Defense Counsel*, Editor: William F. McDonald, Sage Publications, California 1983, s. 18; Parker, s. 82; Worden, s. 390.

⁷² Klein, s. 532.

son derece sübjektif kıstaslara dayanacağı için, kolay başarılabilir bir konu değildir.⁷³

Bu yüzden bu konunun mukayesesi, üzerine yapılan çalışmaların büyük çoğunluğu genellikle savunma hizmetinin sonucuna, yani sanık hakkında ceza yargılamasının neticesinde verilen hükme, odaklanmaktadır.⁷⁴ Örneğin bu konuda Indiana eyaletinde yapılan bir araştırmada, mahkemede yargılanmış ve bu yargılama esnasında atanmış müdafiler tarafından savunulmuş sanıkların %70'inin hüküm giydiğini, hâlbuki yine mahkemede yargılanmış ancak seçilmiş müdafiler tarafından savunulmuş sanıkların % 49'unun hüküm giydiğini; atanmış müdafiler tarafından savunulmuş tüm sanıkların ise % 49'unun hapis cezası alırken, seçilmiş müdafiler ile savunulan tüm sanıkların sadece % 23'ünün hapis cezası aldığını ortaya koymuştur.⁷⁵ Daha önce vurgulamış olduğumuz gibi, Türkiye'de de aynı durumun çeşitli görünümüne tanık olmaktadır.

⁷³ A. g. e., s. 535.

⁷⁴ *İbid.*

⁷⁵ A. g. e., Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1971 yılında vermiş olduğu bir kararla, ABD ceza muhakemesi sisteminin "esaslı" ve "arzu edilen" bir parçası olarak kabul edilmiş olan, "iddia pazarlığı" (plea bargain/plea agreement/plea discussion) olarak adlandırılan bir kurum vardır ([...]disposition of charges after plea discussions is not only an "essential" part of the process, but a highly "desirable" part for many reasons; *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 261 [1971]). Bu kurum dava öncesi süreçte savcı ile sanığın (müdafiin yardımı ile) mahkeme önünde yargılanma olmadan, suç ve ceza üzerine adeta pazarlık yaparak anlaşması üzerine kurulu sanıkların suçu kabul etmeleri veya başkaları aleyhinde tanıklık yapmaları ön şartı ile çalışır. Bu ön şartı yerine getiren sanıklar mahkeme önünde yargılanarak daha ağır ceza alma riskine girmezler ve savcılıkla yapılan anlaşma gereği normalde almaları gerekenden daha hafif cezalar alırlar (*id.* 404 U.S 261). Burada sistemin menfaati ise, ceza muhakemesi sistemindeki iş yükünün ve tikanıklığın azaltılması neticesinde usul ekonomisinden edilen kazançtır (*id.*). Bu yüzden ABD' de "mahkemede yargılanma" olmadan da pek çok ceza davası sonuçlanabilir. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Fisher, George, *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*, Stanford University Press, Stanford, California, 2003, s. 91 vd. Ayrıca iddia pazarlığında müdafilerin oynadıkları rol için bkz. Heumann, Milton, *Plea Bargaining: The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys*, University of Chicago Press, Chicago 1981, s. 47-92.

II. Silahların Eşitliğini Sağlayabilmek İçin Bir Mekanizma: Savunma Araştırması

Ülkemizde ve Kıta Avrupası ülkelerinde iddia ve savunma çelişkinde silahların eşitliği ilkesinin tam olarak uygulamaya geçtiğini söyleyebilmek imkânsızdır. Zira Kıta Avrupası hukuk sistemi ceza yargılamasında, *common-law* sisteminin aksine bir şekilde birbiri ile mücadele eden eşit iki taraf yoktur.⁷⁶ Common-law ceza yargılamasını temel almış Amerikan sistemi ise, "*laissez-faire*" (*birakınız yapınlar*) ekonomik teorisinin, adeta hukuk alanına yansımalarıdır.⁷⁷ Çünkü bu sistem, ekonomik alanda olduğu gibi hukuk alanında da devleti değil bireyi evrenin merkezine koymakta ve doğal hali örnek almaktadır. Bu bağlamda Amerikan ceza yargılaması mekanizması, bireysel fayda amacı ile güdülenmiş tarafların hakikati daha mükemmel bir şekilde araştıracağı ve daha gayretli bir şekilde karşılıklı savları ileri süreceği aksiyomuna dayanmaktadır.⁷⁸

Bu noktada dayanılan bir başka önemli amaç ise Amerika'nın bireyci kuruluş felsefesinde yatmaktadır. Zira Amerikan Devleti, "*delillerin sunulması*" (*presenting*), "*taranması*" (*screening*), "*tetkik edilmesi*" (*examining*) ve "*incelenmesi*"nde (*analyzing*) sıradan bir vatandaşa, bir kamu görevlisinden daha fazla güvenmektedir.⁷⁹ Amerikan sisteminde birey kendi müdafii tarafından sunulan deliller hakkında karar verebilir, emsallerinden oluşmuş bir jüri tarafından yargılanır.⁸⁰ Böylece yargılama yapan hakimin işlevini sıradan bir hakem seviyesine indirilmiştir.⁸¹

⁷⁶ Goldberg/Hartman, s. 69.

⁷⁷ A. g. e., s. 70.

⁷⁸ A. g. e.; Reid, s. 347.

⁷⁹ Goldberg/Hartman, s. 70. Amerikan ceza yargılaması sisteminin kolluğa bakış açısı ile ilgili paralel bir tespit ise şu şekildedir "*Due process* modelini benimseyen ceza adalet sistemleri kolluğa güvenmez. Bu modele göre, kolluk hali ile yakaladığı kişinin suçlu olduğuna inanacaktır ve suç soruşturmasını bu inanca göre yönlendirecek, hep yakaladığı kişinin aleyhine olan hususları görmek, duymak ve bulmak isteyecektir. Bu nedenle, bu süreçte kolluğa güvenilmez"(Eryılmaz, Bedri, "Suçla Mücadele Politikası Açısından Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara Ekim 2006, s. 208).

⁸⁰ A. g. e.

⁸¹ A. g. e.

Kıta Avrupası ceza yargılamasında ise bu durumun tersi geçerlidir. Taraf muhakemesi değil, kovuşturma usulü esastır. Soruşturma evresinin efendisi iddia makamı olan savcı iken, kovuşturma evresinin efendisi, yargılama makamı olan yargıçtır. Birbirlerinden çok farklı olsalar da, Kıta Avrupası sisteminin savunma makamını öncelikle Amerikan sistemindeki savunma makamı ile daha sonra da yine Kıta Avrupası sistemindeki iddia ve yargılama makamlarının yetki, hak ve sorumlulukları ile karşılaştırdığımızda savunmanın ne derece zayıf olduğu gerçeği bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

Ülkemizin de dahil olduğu Kıta Avrupası sisteminde savunma, özellikle soruşturma evresinden tamamen dışlanmış gibidir. Hâlbuki savunma soruşturma evresine de belli derecede müdahil olmak zorundadır. Aksi takdirde devletin cezalandırma tehdidi altına girmeye hazırlanan sanık, ithamı hazırlayacak iddia makamının tamamen insafına kalacaktır. Kuramsal olarak her ne kadar iddia makamının sanığın lehine de davranması gerektiği kanun metinlerinde düzenlenmiş olsa da (CMK m. 147, f. 1, b. f; m. 160, f. 2; m. 170, f. 5; m. 260, f. 3), uygulamada insan faktörü ortaya çıkmakta ve kanunda yazılı hükümler maalessif ki basit birer temenni olma niteliğinden öteye gidememektedirler.

Zira uygulama da iddia makamı büyük çoğunlukla kanunun lafzına ve ruhuna aykırı bir şekilde devamlı olarak şüpheli aleyhine çalışmaktadır. Adli yönden iddia makamının emrinde olan ve benzer zihni kurguya sahip kolluk kuvvetleri de, delillerin toplanılması sürecinde adli amirleri ile aynı davranış kalıbını göstermekte ve büyük çoklukla şüphelinin aleyhinde çalışmaktadırlar.

Peki bu esnada şüphelinin hakkını koruyacak tek makam olan müdafî nerededir? Müdafî bu esnada Kıta Avrupası ceza yargılamasının doğal bir neticesi olarak soruşturma evresi faaliyetlerinin dışında bırakılmış bir şekilde sabırla soruşturmanın tamamlanması beklemektedir. Savunmasını üstlendiği şüphelinin aleyhine bir biçimde, genellikle, kolluğun tespit ettiği ve savcının da aleyhe yorumladığı delillerin iddianame haline getirilip kendisine tebliğ edilmesini beklemektedir. Zira esas olarak savunma vazifesi ancak iddianamenin kabul edilmesinden sonra başlamaktadır. Hâlbuki bu arada müdafî beklerken, iddia makamı duraksamaksızın hep çalışmıştır. Müdafî ceza yargılaması yarışına savcının çok gerisinde kalmış bir şekilde neredeyse yolun

yarısından sonra başlamaktadır. Sanki bütün sistem iddia ve savunma arasındaki mücadelenin denk güçlerle yapılmaması üzerine kurulmuş gibidir.

Bütün bu açıklamalarımız çerçevesinde, Kıta Avrupası'nın soruşturma evresinde adeta yok sayılan savunma ve müdafii, Amerikan sisteminde acaba daha iyi durumda mıdır? Amerikan sisteminde iddia ile savunma arasındaki silahların eşitliği kuramsal ve uygulama olarak gerçekleştirilebilmiş midir? Eğer öyleyse bu durum hangi araçlar ile gerçekleştirilebilmiştir? Bu sorulara alacağımız cevaplar genel olarak olumludur. Çünkü Kıta Avrupası ile kıyaslandığında iddia ve savunma makamları arasındaki silahların eşitliği ilkesi Amerikan ceza yargılaması sisteminde ideal olmamakla birlikte, çok daha fazla gerçekleştirilmiştir.

Soruşturma evresinde Kıta Avrupası ve dolayısıyla ülkemiz savunma makamının konumundaki zayıflık, şüpheli lehine delil araştırılmasına hiçbir müdahalesinin olamamasından kaynaklanmaktadır. Deliller tamamen savcının emrindeki kolluk kuvvetleri tarafından araştırılmakta, tespit ve muhafaza edilmektedir. Yukarıda anılan ve kanun tarafından düzenlenen şüphelinin lehine delil toplama hükümleri, sadece kâğıt üzerinde kalmakta ve hayata hiç geçmemektedir. Bu durumda toplumsal savunma makamı olarak müdafii oynayabileceği tek koz iddia makamına başvurarak eğer bildiği lehe deliller varsa onların toplanılmasını talep etmektir. Sonuçta bu husustaki kararı yine iddia makamı verecektir. Halbuki Amerikan sisteminde savunmanın da araştırma yetkisi ve gücü vardır. Kıta Avrupası'nda iddianın elinde var olan araştırma yetki ve gücünün bir benzeri Amerikan sisteminde savunmaya verilmiştir. Bu mekanizmanın adı "*Savunma Araştırması*" (*Defense Investigation*) ve bu araştırmayı yapan kişiyi adı da "*Savunma Araştırmacı*"sıdır (*Defense Investigator*).⁸²

⁸² "*Savunma araştırmacısı*" (defense investigator) ile ilgili olarak kişiler veya müdafii tarafından özel hukuk sözleşmesi neticesinde tutulan "*özel araştırmacı*" (private investigator) ile kamu savunman büroları tarafından görevlendirilen "*kamu savunmanı araştırmacısı*" (Investigator of the Public Defender) şeklinde ikili bir ayırım yapmak doğrudur. Araştırma konumuz açısından ülkemize uyarlanabilecek bir model teşkil etmesi nedeniyle, biz özel savunma araştırmacılığını değil kamu savunma araştırmacılığını mercek altına almaya çalışacağız. Bu bağlamda ABD federatif bir sistemle yönetildiği için, kamu savunmanlığı ve haliyle de savunma

Amerika'da Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin savunma ve müdafiden yararlanma hakkı ile ilgili verdiği ve aşağıdaki bölümlerde inceleyeceğimiz pek çok karar savunma araştırması kavramını da kapsamaktadır.⁸³ Bu bağlamda Amerikan mahkemelerinin yoksul sanıklar için sadece müdafî değil, gerektiğinde savunma araştırmacısı da atadıklarının altını çizmeliyiz.⁸⁴ Dolayısıyla, denilebilir ki, savunma araştırmacısının mahkeme tarafından atanması (veya hizmet akdi ile

araştırmacılığı sisteminin özde aynı, ancak çalışma sistemi olarak eyaletten eyalete değişen biçimlerde örgütlenmiş olduğu gerçeğinin de altı çizmeliyiz. Örneğin Los Angeles Kamu Savunmanlığı'na bağlı olarak çalışan savunma araştırmacısının çalıştığı birimin tam adı "Bureau of Investigation of the Public Defender of Los Angeles County/Los Angeles Yerel Yönetim Birimi Kamu Savunmanlığı Araştırma Bürosu" dur (Bliss, Jr. Edward N., *Defense Investigation*, Charles Thomas Publisher, Springfield, Illinois, 1956, 27). Her iki tip savunma araştırmacılığında da en yaygın bir biçimde kullanılan araştırma tekniklerinden birisi olan "**Bileşen Metodu**" (Component Method) altı ana ceza araştırması bileşenin savunma araştırmacısı tarafından bir araya getirilerek icra edilmesini gerektirmektedir (McMahon, Rory J., *Practical Handbook for Private Investigators*, CRC Press LLC, Florida, 2001, s. 150). Bileşen metodunun altı ana araştırma yöntemi ise "1.) Araştırmacı tarafından davanın gözden geçirilmesi ve incelenmesi; 2.) Şüpheli veya sanık ile mülakat yapılması; 3.) Suç mahallinin incelenmesi, fotoğraf çekilmesi, şema, kroki hazırlanması; 4.) Mağdurun ve tanıkların geçmişlerinin araştırılması; 5.) Tanık beyanlarının incelenmesi ve mülakat yapılması; 6.) Savunma Araştırması Raporunun Hazırlanıp, Sunulması ve Tanıklık" olarak açıklanmaktadır (*id.*). Bu ana bileşenlere ek olarak savunma araştırmacısını destekleyecek adli tıp ve teknik uzmanların yardımları alınması ve bu uzmanların gerçeğin aranması yolundaki çalışmalarını takibi gibi hususlar ve kaynakların kullanımını da savunma araştırmacısının görevleri arasındadır (*id.*).

⁸³ Ciolino, Paul J. / Castle, Grace Elting, *Advanced Forensic Criminal Defense Investigations*, Lawyers & Judges Publishing Company, Tucson, 2000, s. 183.

⁸⁴ A. g. e. Hollywood filmlerinden dedektif olarak da bildiğimiz bu özel savunma araştırmacılarını ekonomik durumu iyi olan şüpheli veya sanıklar zaten ilk başta müdafî ile birlikte tutulmaktadır (*id.*). Esasen Amerika'da serbest çalışan çoğu müdafîin savunma faaliyetlerinde birlikte çalıştığı özel araştırma büroları yani dedektif büroları da mevcuttur. Ayrıca her eyalette bu konuda farklı farklı düzenlemeler olmasa da, genellikle yoksul sanığa mahkeme tarafından atanan *ad hoc* müdafîin, kendisine savunma araştırmacısı atanması veya kendisi tarafından tutulduğunda masrafların iadesi talep etme hakları da vardır. Bu konuda bir örnek düzenleme için bkz. Nevada Eyaleti Gözden Geçirilmiş Kanunları, Bölüm 7, Madde 135 (Nevada Revised Statutes [NRS], Chapter 7, Attorneys and Counsellors at Law, Article 135 "Reimbursement for expenses; employment of investigative, expert or other services" [NRS 7.135]). <http://www.leg.state.nv.us/nrs/> (Erişim Tarihi: 09. 09. 2009). ABD'de, özellikle idam cezası ile neticelenebilecek davaların yargılamalarında, mahkeme tarafından atanacak savunma araştırmacısına tahsis edilecek mali fon için dava hakiminin çok geniş takdir yetkisinin bulunduğu belirtil-

tutulması) genellikle kişiye karşı itham belirlendikten yani resmi iddia ortaya konulduktan sonra yapılmaktadır.⁸⁵ Yoksul olmayan sanıklar için savunma araştırmacı atanmasına gerek yoktur. Şüpheli veya sanığın savunmasını üstlenen müdafî, hizmet akdi ile bir savunma araştırmacısından yararlanmaktadır.⁸⁶

Çalışmamızın bu bölümünde silahların eşitliğini sağlama için ilham verici bir model olarak gördüğümüz Amerikan Kamu Savunmanı'nın iddia makamına karşı eşit silahla mücadele etmesi için oluşturulmuş bulunan savunma araştırmacı sistemini incelemeye çalışacağız. Sadece Amerika'da değil, ülkemiz Türkiye de dahil olmak üzere bütün ülkelerde, savcılık makamı savunma makamı ile karşılaştırıldığında hak ve yetkiler açısından çok büyük bir dengesizlik vardır.⁸⁷ Büyük kaynaklar ve imkânlar ile teçhiz edilmiş iddia makamına karşı sadece kuramsal bir kısım hak ve yetkilere sahip bir savunma mevcuttur.⁸⁸ Ancak, çoğunlukla iddia makamının dava için kurmuş olduğu teori yanlış veya eksik temeller üzerine kurulmuştur.⁸⁹ İşte savunma cephesinde iddianın zayıf teorisinin temellerini çürütecek en önemli silah savunma araştırmacısıdır, kanaatindeyiz.⁹⁰

mektedir (White, Welsh S., *Litigating in the Shadow of Death: Defense Attorneys in Capital Cases*, University of Michigan Press, Michigan 2005, s. 27).

⁸⁵ Sonne, Warren J., *Criminal Investigation for the Professional Investigator*, Volume I, Professional Investigators Series, CRC Press, Taylor & Francis Group, Florida, 2006, s. 146. Uygulamada var olan bu durumun meydana getirdiği gecikmelerin neticesinde, suç mahallinde veya tanıkların ifadeleri alınırken savunma araştırmacısı çoğunlukla katılmadığı belirtilmektedir (*id.*). Bu durum, topa vurma sırasının önce polise, daha sonra da savunma araştırmacısına verildiği şeklindeki bir beyzbol deyimini ile eleştirilmektedir (*id.*).

Bu bağlamda soruşturma döneminde, savunma araştırmasının başlangıcının geciktirilmesi için, polis veya savcılık tarafından çeşitli netemeli taktiklerin uygulandığı belirtilmektedir (Amsterdam, Antony G., "Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies", *Stanford Legal Essays*", Editor: John Henry Merryman, *Stanford Law Review*, Volume: 27, Issue: 3, Stanford University Press, Stanford, California 1975, s. 2, 3).

⁸⁶ Sonne, s. 146.

⁸⁷ Ciolino/Castle, s. 184.

⁸⁸ A. g. e.

⁸⁹ A. g. e.

⁹⁰ A. g. e.

Amerika'da savunma araştırması üzerine yazılmış ilk ve en meşhur otobiyografik çalışmalardan birisinin başlangıç bölümünde “Devletin kurumsal bir biçimde kurmuş olduğu savunma araştırması, ceza yargılaması tarihçesinde benzersiz bir olgudur” şeklinde bir giriş yapıldıktan sonra, hemen ilk paragrafta savunma araştırmacısı görevi oluşturulduktan sonra yüzün üzerinde sanığın suçsuzluğu veya daha hafif bir cezayı hak ettiği anlaşıldığı için ölüm cezası almaktan kurtulduğunun tespiti yapılmıştır.⁹¹ Bu tespit çok çarpıcıdır. Zira orta büyüklükteki bir Amerikan kenti Los Angeles'ta, 15-20 senelik bir kısa süreçte yüzü aşkın sayıda insanın savunma araştırmacılarının sanık lehine delil tespit etmeleri ile haksız yere ölüm cezası almalarının engellenmesi gerçekten son derece etkileyici ve düşündürücüdür.

Savunma araştırması olgusuna bu açıdan bakıldığında ceza muhakemesi hukukunun maddi gerçeğin bulunması amacı ile tamamen örtüşen bir yapı ortaya çıkmaktadır. Çünkü maddi gerçeğin ortaya çıkması sadece kolluk veya savcının insafına kalarak devletçe tespit edilmiş ve muhafaza altına alınmış delillere değil, aynı zamanda hak ettiği kadar fazla ceza almamakta veya beraat etmekte en fazla menfaati bulunan sanığın ve diğer savunma sükelerinin tespit edeceği delillere de dayanmalıdır. Zira, ceza araştırmasının temelde bir kolluk işlevi olduğu genel kabul gören bir gerçek olsa da, kolluk görevlilerinin ve savcılık makamının tahrif ettiği veya doğru ya da dürüst olmayan bir biçimde hazırladığı deliller yüzünden çoğu sanığın haksız olarak hüküm giydiği hiçbir zaman unutulmamalıdır.⁹²

⁹¹ Bliss, s. ix, 22. Bahsi geçen Los Angeles Kamu Savunmanı Araştırma Bürosu 1946 yılında kurulmuştur (*id.* s. 42). Benzer tespit için krş. Ciolino, Paul J., *In the Company of Giants: The Ultimate Investigation Guide for Legal Professionals, Activists, Journalists & the Wrongfully Convicted*, Universe, Lincoln, Nebraska, 2005, s. 110. Bu kişilerin idam sehpasından veya gaz odasından kurtulup, hürriyetlerine kavuşmalarını sağlayan şey polisin veya savcının “esasen bizler yanlış kişiyi yakalamışız” şeklinde mahkemeye itirafta bulunup, hata yaptıklarını kabul ettiklerinden dolayı değil (!), bilakis icra ettiği araştırma faaliyetleri neticesinde sanığın beraatını (veya daha az ceza almasını) sağlayacak yeni bir delile ulaşan savunma araştırmacısının faaliyetleridir (*id.*).

⁹² Bailey, Francis Lee / Rothblatt, Henry B., “Investigation and Preparation of Criminal Cases”, *Criminal Law Library*, Lawyers Co-operative Pub. Co., Rochester, New York 1985, s. 3, 4; Ciolino, “In the Company of Giants: The Ultimate Investigation Guide for Legal Professionals”, *Activists, Journalists & the Wrongfully Convicted*, s. 108.

Amerikan Barolar Birliği'nin, ceza adaleti ile ilgili standartlarının "Tahkikat ve Hazırlık" başlığını taşıyan IV. Bölümü ceza yargılamasında araştırma konusuna yer ayırmıştır.⁹³ Buna göre savunma açısından davayı tahkik etme/inceleme/araştırma görevi müdafiyeye verilmiş bir yükümlülüktür (*ABA Standard 4-4.1, Duty to Investigate*).⁹⁴ Müdafî bu bağlamda, bilerek hukuk dışı vasıtalarla delil yahut bilgi toplayamaz ve başkalarını bu hususta istihdam edemez, talimat veremez ve teşvik edemez (*ABA Standard 4-4.2, Illegal Investigation*).

Amerika'da kasten öldürme, yağma, uyuşturucu madde ticareti vb. gibi cürümler ile itham edilen ve bir kısmı da gaz odalarında idam ile cezalandırılmayı bekleyen yoksul sanıkların büyük bir kısmı savunmalarını bir tür yoksullar için zorunlu müdafilik atama sistemi olan Kamu Savunmanı Büroları'ndan görevlendirilen müdafilerin yardımları ile gerçekleştirmektedirler.⁹⁵ İşte bu durumda anılan büroların bünyelerinde istihdam edilen savunma araştırmacıları dava hakkında araştırma yaparak davaya atanmış olan kamu savunmanına davayı savunabilmesi için konu ile ilgili topladıkları dürüst, hukuka ve etiğe uygun bulgu ve delilleri bir rapor halinde sunmaktadırlar.⁹⁶

Ancak, burada altı çizilmesi gereken nokta şudur: Savunma araştırmacısı asla sadece sanığın lehine delil araştırmaz ve toplamaz.⁹⁷ Savunma araştırmacısı sanığın lehine, aleyhine veya dava için önemli

⁹³ Bu standartlar için bkz. American Bar Association (ABA) Web-Sitesi: http://www.abanet.org/crimjust/standards/dfunc_toc.html (Erişim Tarihi: 13. 09. 2009).

⁹⁴ Buna göre müdafî savunmasını üstlendiği davanın ayrıntıları ile ilgili olarak vaktinde araştırma yapmalı ve hem davanın esasına ve hem de kararın mahkumiyet ile sonuçlanması durumunda cezaya dair olgulara götüreceği bütün yolları keşfetmelidir. Araştırma, savcılık ve kolluğun tasarrufundaki bilgilerin güvene alınmasını da kapsamalıdır. Şüpheli veya sanığın müdafiyeye suçu oluşturan olguları ikrarı veya beyanına ya da kişinin suçunu itirafına rağmen araştırma görevi müdafî için var olmaya devam eder (*ABA Standard 4-4.1, b. a*). Müdafî fiziksel bir delil ile ilgili olarak, sırf bu delile erişimin engellenmesi maksadı ile, kişisel olarak veya bir savunma araştırmacısı vasıtası ile araştırma yaparak delil üzerinde zilyedlik kurmalıdır (*ABA Standard 4-4.1, b. b*). Anılan standart için bkz. American Bar Association (ABA) Web-Sitesi: http://www.abanet.org/crimjust/standards/dfunc_toc.html (Erişim Tarihi: 13. 09. 2009).

⁹⁵ Bliss, s. ix.

⁹⁶ A. g. e.

⁹⁷ A. g. e., s. ix, 27.

veya önemsiz demeden gerçeğin her yönüne dair bütün delilleri toplar, delilleri muhafaza altına alır ve bunları bir rapor haline getirerek, raporu savunmayı yapacak kamu savunmanına yani müdafiyeye teslim eder.⁹⁸ Zira savunma araştırmacısı gerçekte, ama sadece ve sadece gerçekte ilgilenir.⁹⁹ Aslında iddia için araştırma yapan kollukla, savunma için araştırma yapan savunma araştırmacısı arasında hiçbir fark yoktur. Çünkü netice de ikisinin de yaptığı delillerin açık ve analitik olarak tespitidir. Bu yüzden nasıl ki kolluğun raporu savunmanın kullanabileceği bilgiler ile doludur, aynen o şekilde savunma araştırmacısının raporu da iddia makamının da kullanabileceği bilgilerle doludur.¹⁰⁰

Savunma araştırmacısı sadece gerçeği, bütün gerçeği ve gerçeğe ilişkin olmayan hiçbir şeyi fakat gerçeği (*truth, the whole truth, nothing but the truth*) araştıran kimse olduğu için elde edilen delilin ispat gücü iddia makamınunkilere denktir.¹⁰¹ Savunma araştırmacısı tamamen gerçeklere sadık kalmalı, gerçekleri kıyısından köşesinden kırpıp, değiştirerek bilgiyi değiştirmemelidir.¹⁰² Burada önemli olan husus, savunma araştırmacısının disiplin, doğruluk, ahlak ve hiç tereddüt edilmeyecek bir şekilde onur sahibi bir kişi olarak yaptığı savunma araştırmasına yansıtacağı tarafsızlık, objektiflik ve dürüstlüktür.¹⁰³ Bu şekilde yazılmış rapordaki yazılı delilleri kullanıp, kullanmamak, savunmaya yarayıp yaramayacağı üzerine karar vermek tamamen kamu savunmanının yani müdafinin inisiyatifindedir.¹⁰⁴ Bu durum savunma araştırmacısını kolluğun araştırma görevinin çok benzeri bir konuma koyar.¹⁰⁵ Neticede savunma araştırması; devletin bireyin suçlu olduğunu ispatlamaya çalışmasına karşılık, yine devletin bu güce denk kaynakları aktara-

⁹⁸ A. g. e.

⁹⁹ A. g. e.; McMahon, s. 151.

¹⁰⁰ Bliss, s. 27.

¹⁰¹ Bliss, s. 27, 46, 47.

¹⁰² A. g. e., s. 31. Bu şekildeki hukuka aykırı araştırmalar için bkz ABA Standard 4-4.2 (Illegal Investigation). Anılan standart için bkz. American Bar Association (ABA) Web-Sitesi: http://www.abanet.org/crimjust/standards/dfunc_toc.html (Erişim Tarihi: 13. 09. 2009).

¹⁰³ McMahon, s. 151.

¹⁰⁴ Bliss, s. 27.

¹⁰⁵ A. g. e., s. ix.

rak bireyin suçsuz olduğunun ispatlanması için de uğraşmasıdır.¹⁰⁶ Bu yaklaşım, savunma araştırmacısının, kolluğa paralel ancak karşı-simetrik bir pozisyonda çok önemli bir kamu hizmetini yerine getirmesi için gerekli felsefik, etik ve hukuki argümanları sağlar.¹⁰⁷

Savunma araştırmacısı, kamu savunmanı bürosuna bağlı olarak çalışır.¹⁰⁸ Kamu savunmanı bürosunun polis veya savcılıkla herhangi bir hiyerarşik bağı veya ilişkisi bulunmamaktadır.¹⁰⁹ Bu bağlamda savunma araştırmacısının da ne polis, ne Federal Araştırma Bürosu (FBI) ve ne de savcılık makamı ile herhangi bir hiyerarşik bağı veya ilişkisi yoktur. Savunma araştırmacısı dilerse iddianın tanıkları dahil olmak üzere bütün tanıklar ile görüşebilir.¹¹⁰ Bu tanıkların beyanlarının doğru olup olmadıklarının sağlamasını (*cross-check*) yapar.¹¹¹ Tanıklar ile görüşürken müdafinin veya müdafinin savunma araştırmacısının kendi

¹⁰⁶ A. g. e., s. x.

¹⁰⁷ Amerika'da müdafilik ve savunma araştırması için öngörülmuş olan federal düzeydeki standartlardan birisi American Baroları Birliği (ABA) standartlarıdır (American Bar Association [ABA] Web-Sitesi: http://www.abanet.org/crimjust/standards/dfunc_toc.html [Erişim Tarihi: 17. 04. 2009]). Bunun dışında yine hem müdafii ve savunma araştırmacısı ya da sadece savunma araştırmacıları için öngörülmuş eyaletler düzeyinde düzenlemeler de mevcuttur. Her eyalet için özünde aynı ama farklı farklı olan bu düzenlemelerden sadece savunma araştırmacısını konu alanlardan birisine verilebilecek uygun bir örnek Georgia Eyaleti Kamu Savunman Standartları Konseyi'nin yayınlamış olduğu "Georgia Eyaleti Yoksulların Ceza Davalarında Kriminal Savunma Araştırmacıları'nın İcra Standartları"dır ("State of Georgia Performance Standards for Criminal Defense Investigators in Indigent Criminal Cases", Georgia Public Defender Standards Council, Performance Standards Committee, Adopted in Georgia, December 1, 2006, m. 5, b. c). Bu standartların elektronik formattaki hali için bkz. http://www.gpdsc.com/docs/cpdsystem-standards-investigator_final.pdf (Erişim Tarihi: 17. 04. 2009).

¹⁰⁸ Savunma araştırmacısı, müdafinin ajanı/vekili/temsilcisi/mümessilidir (State of Georgia Performance Standards for Criminal Defense Investigators in Indigent Criminal Cases, m. 5, b. c).

¹⁰⁹ Bliss, s. 17.

¹¹⁰ Ciolino/Castle, s. 185; Sonne: s. 152-155. Ancak örneğin Georgia Eyaleti standartlarında, savunma araştırmacısının üzerinde çalıştığı soruşturma ve kovuşturma yapılan davada, hakkında savunma araştırması yaptığı yani temsil ettiği sanıktan başka sanıklar da mevcutsa, savunma araştırmacısının diğer sanıklarla görüşmesi yasaktır (State of Georgia Performance Standards for Criminal Defense Investigators in Indigent Criminal Cases, m. 3, b. t).

¹¹¹ Ciolino/Castle, s. 190.

aleyhine tanıklık etmeme veya müdafiden yararlanma hakları konusunda uyarı yapmalarına gerek yoktur.¹¹²

Savunma araştırmacısının kollukla olan tek ilişkisi gerçeğin ortaya çıkması için savcı ile müdafinin yaptığı işbirliği gibidir. Ancak, burada farklı olarak delillerin tespiti gibi meselelerde gerektiğinde yardımlaşma vardır. Örneğin suç mahallinin savunma araştırmacısı tarafından da incelenmesi durumunda polis, bu durumu engelleyemez. Bilakis polis, savunma araştırmacısına araştırmasını yapmasında yardımcı olmalıdır. Hatta Amerikan polisi ile savunma araştırmacısı ilişkisi ve işbirliği hususunda, polis ve müdafinin karşılıklı olarak birbirlerine güvenmediklerine, ancak tam aksi şekilde polis ve müdafinin için çalışan savunma araştırmacılarının birbirlerine benzer işi yapan iki kurum olarak karşılıklı olarak birbirleri ile olumlu işbirliği geliştirdiklerinin altı çizilmektedir.¹¹³

Savunma araştırması, temel olarak iddianın itham altındaki kişinin suçluluğunu ispatlamak için harcadığı benzer çabanın harcanmasını, benzer tekniklerin kullanılmasını, benzer adli tıp laboratuvarlarının kullanılmasını, suçsuzluğun ortaya konulabilmesi için delillerin benzer şekilde korunma altına alınması bilgisini (*know-how*) gerektirmektedir.¹¹⁴ Dolayısıyla savunma araştırması, adli kolluk

¹¹² ABA Standard 4-4.3, b. c (Relations With Prospective Witnesses). Anılan standart için bkz. American Bar Association (ABA) Web-Sitesi: http://www.abanet.org/crimjust/standards/dfunc_toc.html (Erişim Tarihi: 13. 09. 2009).

¹¹³ Bliss, s. 37.

¹¹⁴ A. g. e., s. 21. Müdafinin veya savunma araştırmacısı tarafından savunmasını üstlendiği kişinin konusu suç teşkil eden bir davranışta bulunduğunu gösteren bir fiziksel delil bulunduğu, bu delilin yerini veya buluna eşyayı kolluğa sadece şu iki şartta gösterebilir veya teslim edebilir:

(1) Bu konuda bir kanun veya bir mahkeme emri varsa;

(2) Ele geçirilen eşya tasarrufunda olduğu veya bizzat kendisi narkotik gibi konusu suç teşkil eden kaçak eşya (contraband) ise ve eğer bu delil ile ilgili herhangi bir soruşturma veya kovuşturma yürütülüyorsa ya da bu delilin imha edilmesi herhangi bir ceza yasanın ihlal etmiyorsa, müdafinin müvekkiline bu delili imha etmesini önerir. Eğer bu imhaya kanun izin vermiyorsa veya müdafinin bildirimine göre müvekkil eşyayı muhafaza edemiyorsa, kaçak olsun ya da olmasın, eşya herhangi bir kimseye mantıksız bir biçimde fiziksel zarar verme riski taşıyorsa müdafinin bu eşyanın yerini kolluğa göstermelidir veya eşyayı kolluğa teslim etmelidir. Fiziksel deliller ABA Standard 4-4.6, b. a ve b. d (Physical Evidence). Anılan standart için bkz. American Bar Association (ABA) Web-Sitesi: http://www.abanet.org/crimjust/standards/dfunc_toc.html (Erişim Tarihi: 13. 09. 2009). Açık-

fonksiyonunun karşıt-simetrik ama paralelinde icra edilen bir faaliyettir. Burada amaç çelişme ilkesinin, delillerin tespitinden başlayarak, tam ve mükemmel bir şekilde hayata geçirilmesidir. Kolluğun ve iddia makamının hatalarının sürecin başladığı ilk andan itibaren tespit edilmesidir. Zira insan olmaları nedeniyle kolluk ve savcı da hata yapar ve bu yüzden savunma araştırmacısının görevi bu hatalara karşı savunmayı korumaktır.¹¹⁵

Yani savunma araştırmacısının işlevi, kolluğun ve savcılığın bu hatalarını tespit ederek, savunmaya maddi gerçeğin ortaya çıkarılması hususunda yardım etmektir. Çünkü, bunların yaptıkları hata kişilerin şeref ve haysiyetini, sosyal ve aile hayatlarını ve en nihayetinde de özgürlüklerini tehdit etmektedir. Hele Amerika gibi bazı eyaletlerinde idam cezasının yürürlükte olduğu ülkelerde, polis ve savcının yapacağı hatalar kişilerin en önemli varlıklarına yani hayatlarına dahi mal olabilmektedir. Bu çerçevede savunma araştırmacısı, araştırması neticesinde ulaştığı belge, fiziksel delil ve görüştüğü bütün tanıkları rapor haline getirmelidir.¹¹⁶ Ayrıca savunmayı yapacak müdafiyeye bağlı bir biçimde ve onunla çok sıkı bir eşgüdümde çalışmalıdır.¹¹⁷ Zira müdafinin mahkemeye sunacağı delil listesi veya tanık celbi talepleri hep savunma araştırmacısının başarılı araştırmasındaki bulgulara dayanacaktır.¹¹⁸

Savunma araştırmasının yarattığı olumlu sonuçlar neticesinde yine Amerika'dan basit bir örnek vermenin soyut olan kavramların somutlaşmasına yardımcı olacağı kanaatindeyiz. Acımasız metotlarla adam kaçırma ve alıkoyma suçu işlediği iddia edilen ve olay esnasında nerede olduğunu ve ne yaptığını hatırlayamayan, ancak bu eylemi işlerken birkaç kişi tarafından teşhis edilen alkolik bir genç, üzerine atılı

ça anlaşılacağı üzere müdafii için geçerli olan ABA standartları, müdafinin emrinde araştırma yapan savunma araştırmacısı için de aynen geçerlidir.

¹¹⁵ Bliss, s. 21.

¹¹⁶ Ciolino/Castle, s. 190; Sonne: s. 155.

¹¹⁷ A. g. e.

¹¹⁸ Ciolino/Castle: s. 190. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Burkoff, John, "ABA Standards for Criminal Justice: Prosecution and Defense Function", American Bar Association, 3rd Edition, Washington, D.C., 1993, s. 117 vd. Anılan standartların elektronik hali için bkz. <http://www.abanet.org/crimjust/standards/prosecutionfunction.pdf> (Erişim Tarihi: 13. 09. 2009).

bu suçtan dolayı büyük ihtimalle suçlu bulunup aleyhine idam cezası ile hükmedilmesini beklemektedirken savunma araştırmacısının başarılı çalışması neticesinde elde ettiği delillerin müdafî tarafından sunumu ile beraat etmiştir.¹¹⁹

Savunma araştırmacısı, olayla ilgili yaptığı araştırmada uyguladığı çeşitli araştırma teknikleri neticesinde, sanığın olay günü ve saatinde başka bir şehirde müteceviz sarhoşluk suçundan dolayı polis karakolunda parmak izi alınmış, fotoğraflanmış bir biçimde parmaklıklar arkasında gözaltında tutulduğunu tespit etmiştir.¹²⁰ Elbette ki sanığın olay saatinde başka yerde olduğunu ispatladığı böylesine kesin bir delil (*alibi*) neticesinde, sanık üzerine atılı suçtan dolayı çarptırılacağı muhtemel ölüm cezasından kurtulmuştur.

Savunma araştırmasının en önemli kısımlarından birisini mantıklı bir mazeret sahibi olan ve bu mazeret gereğince araştırıldığında suçsuz olduklarının ispatlanacağına inanan sanıkların talepleri oluşturmaktadır.¹²¹ Bu taleplerin gereğince değerlendirilmesi ile suçsuz bir kişi hakkındaki ithamın haksızlığı ortaya konulabilmektedir. Aksi durumda yani bu taleplerin hiç dikkate alınmadığı veya gereğince araştırılmadığı durumlarda kişiler haksız yere ceza alabilmektedir. Amerika'da savunma araştırmacısı, ceza soruşturması ve kovuşturmasının anılan eksik yönünü kapatan bir mekanizma fonksiyonunu görmektedir. Hatta bu mekanizma o kadar gelişmiştir ki farklı şehirlerde faaliyet gösteren kamu savunman bürolarının araştırma bölümleri kendi aralarında ülkemizdeki savcılıkların aralarında talimatla veya mahkemelerin istinabe ile yardımlaşmaları gibi mükemmel bir karşılıklı işbirliği içerisinde çalışmaktadırlar.¹²²

Örneğin Los Angeles Kamu Savunmanı Bürosu Araştırma Departmanı, New York Kamu Savunmanı Bürosu Araştırma Departmanı yardımlaşma yapmakta ve yapılması gereken araştırmayı Los Angeles adına New York bürosu savunma araştırmacıları yapmaktadır.¹²³ Bu

¹¹⁹ Bliss, s. 21.

¹²⁰ A. g. e.

¹²¹ A. g. e.

¹²² Bliss, s. 29.

¹²³ A. g. e., s. 42.

karşılıklı yardımlaşma elbette ki bir tür usul ekonomisinin rasyonelleştirilmesi etkisi yaratmakta, böylelikle hem vakitten ve hem de nakitten tasarruf edilmektedir.¹²⁴

Peki ama savunma araştırmacısı neyi araştırmaktadır? Savunma araştırmacısı gerçeği, öncelikle ithamın doğru olup olmadığı ve daha sonra şüpheli veya sanığın verdiği beyanlar ile gösterdiği delillerin doğru olup olmadığını araştırmaktadır.¹²⁵ Savunma araştırmacısı bu araştırmaların çoğunda, ilgili kolluk kurumları ve bireysel kolluk memurları ile işbirliğine girmektedir.¹²⁶ Bu yüzden savunma araştırmacılarının kolluk görevlisi olabilmesinin genel şartlarının taşınmanın dışında, genellikle kolluk görevlisi olarak uzun bir süre çalışmış tecrübeli kişilerden olması gerektiği belirtilmektedir.¹²⁷ Böylelikle, kolluğun araştırma usullerini ve çalışma yöntemlerini bilen savunma araştırmacısı hem aynı yöntemleri savunma araştırması için kullanabilecek ve hem de kolluğun yöntemlerini bildiği için, kollukla daha yakın insani ilişkiler kurarak görevini rahatlıkla yerine getirebilecektir.¹²⁸

Müdafiye yüklenmiş olan ile şüpheli veya sanık arasındaki sadakat yükümlülüğü, sır tutma yükümlülüğü, tanıklıktan çekilme yükümlülüğü veya zıt menfaatlerin temsil edilememesi yasağı (savunma bağdaşmazlığı), taraf değiştirme yasağı gibi mesleki bütün yükümlülükler aynen savunma araştırmacınının şüpheli veya sanık ile olan ilişkileri için de geçerlidir.¹²⁹

Bizce, Kıta Avrupa'sında silahların eşitliği ilkesi tamamen kuramsal bir ilkedir. Zira iddianın elinde olan "kolluk" kılıcına ve gücüne karşılık, savunmanın kendini savunacak bir silahı ve olanağı yoktur. Böyle bir mücadelede iddia ve savunma arasındaki rekabet, adeta İncil'in meşhur David ve Goliath (İslam, Hz. Davut ve Calut) öyküsündeki

¹²⁴ A. g. e.

¹²⁵ A. g. e.

¹²⁶ A. g. e.

¹²⁷ A. g. e., s. 44.

¹²⁸ A. g. e.,

¹²⁹ A. g. e., s. 52.

gibi cüsse, ağırlık ve silah olarak eşit olmayan savaşçılar arasındaki mücadele gibi geçmektedir.¹³⁰

¹³⁰ Ciolino, Paul J. / Castle, Grace Elting, *Advanced Forensic Criminal Defense Investigations*, Lawyers & Judges Publishing Company, Tucson, 2000, s. 184. Anılan öykü için bkz. *İncil*, Samuel: 1, Chapter: 17 vd; *Kuran-ı Kerim*, Bakara Suresi, Ayet No: 249 vd. Birbirinden bir takım anlatım farklılıklarıyla sadece Hristiyan değil, aynı zamanda İslam geleneğinde de var olan Goliath ile David yani Calut ile Hz. Davut arasındaki mücadelenin efsanesi, temelde genç peygamberin Talut (Saul)'a saldıran güçlü, iri yarı ve tam teçhizatlı bir savaşçı veya bazen bir canavar olarak tasvir edilen Calut'u basit bir sapanla taş atarak yere düşürmesi ve yere düşen Calut'u kılıcı ile öldürmesi hikayesine dayanmaktadır (Leaman, Oliver, "The Qur'an: An Encyclopedia, The Islamic World Series, Taylor & Francis, Routledge, New York 2006, s. 327, 328). "Mas'udi (Muruc, III, 241)'e nazaran, Filistin aslında berberiler ile meskun bulunuyordu; Calut adı da, Davud tarafından öldürülen krala gelinceye kadar, Filistin berberi krallarına verilen bir unvandı. Mas'udi, bu sonuncu kralın, müteaddit berberi kabilelerinin başında olarak, Ben-i İsrail'e ait vadileri istila ettiğini söyler. Dereden askerlerin geçişleri fıkrasını Kuran'daki gibi anlatır ve Davut'un Calut'u 'sapanı ile' öldürmüş olduğunu tasrih eder ki Kuran'da bundan bahsedilmemiştir" (Adıvar, A. / Arat A. / Ateş A. / Kafesoğlu İ. / Yazıcı T., *İslam Ansiklopedisi*, İslam Alemi Tarih-Coğrafya-Etnografya ve Biyografya Lügati, 3. Cilt, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1963, s. 15). "Muhtaşar al-acaib adlı eserin müellifi, Calut'u hanın oğlu Kanaan'ın ahfadından olan Kenani'lerden sayar ve Kuran'ın şu suresini bu kavme ait telakki eder: 'bu toprakta bir dev kabilesi vardır' [V, 25]" (id.). Hakikaten, bizce, elinde savunma araştırması gibi bir silahı olmadan iddia makamı karşısında mücadele eden savunmanın basit bir sapanla canavarı/devi öldürmeye çalışan Hz. Davut'tan farkı yoktur.

Ülkemizdeki "silahların eşitsizliği" bağlamında iddia ve savunma arasındaki mücadeleye verilebilecek bir diğer uygun ve tanıdık bir örnek de Türk mitolojisinin en bilinen öykülerinden olan Dede Korkut'un canavar Tepegöz'ü ile kahraman Basat arasında geçen efsanedir. Buna göre aslanların beslediği bir bebek olan Basat, daha sonra Dede Korkut tarafından getirildiği baba evinde çocukluk döneminde birlikte büyütüldüğü ancak daha Oğuz ülkesine korku salacak bir peri oğlu olan canavar Tepegöz'ün üzerine tırmanarak elindeki kılıçla gözüne batırdığı şiş vasıtasıyla öldürür (Uraz, Murat, *Türk Mitolojisi*, Düşünen Adam Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 1994, s. 333-336). Burada altını çizmemiz gereken nokta, çok iri cüsseli Tepegöz'ün (toplumsal iddia makamı), peri annesi (devlet) tarafından "Oğlum, sana ok batmasın, vücudunu kılıç kesmesin" temennisi ile takılan koruyucu bir sihirli yüzüğe sahip olması iken, mecburen Basat'ın (müdafi) sadece basit bir şiş ile Tepegöz ile savaşma girebilmesidir (id.). Basat, yalnızca etkin kullandığı aklı, basireti, cesareti ve çevikliği ile kendisine her gün bir insan kurban edilen bu canavarı alt edebilmiştir. Bu efsanede, araştırma konumuz için işaret edeceğimiz bir paralellik, hem Tepegöz'ün ve hem de Basat'ın aynı evde (hukuk fakültesi), çocukluk (öğrenim) dönemlerini birlikte geçirmeleridir. Ayrıca, Tepegöz'ün, Basat'a kıyaslandığında silah işlemez bir vücuda sahip olması da, bizce, uygulamada iddia ile savunma makamları arasındaki bağımsızlık farkını ortaya koyan güzel bir analogidir. Tepegöz-Basat efsanesi ile ülkemizdeki ceza muhakemesi sistemi arasındaki

Re'sen araştırma ilkesinin yani kovuşturma usulünün geçerli olduğu Kıta Avrupa'sında ve dolayısıyla ülkemizde ise soruşturma ve kovuşturma evresinde araştırma işlemlerinde aktif bir biçimde hemen hemen hiç yer alamamaktadır.¹³¹ Zira iddia ve savunma arasında hukuki araçların kullanımına erişimde eşitlik ilkesi çerçevesinde denklik yoktur. Ceza yargılamasında şüpheli veya sanığın isnat olunan suçta dair bir ispat külfeti yoktur.¹³² Bu yükümlülüğün hakim, mahkeme ve savcı üzerinde olduğu kabul edilmektedir.¹³³

Ancak şüphenin yenilmesi, suçsuzluk karinesi, re'sen araştırma, maddi gerçeğin araştırılması ilkeleri ile yargı kararı ile aklanılmak hakkının gerçekleştirilmesi şüpheli veya sanık için kaçınılmaz ve elzemdir.¹³⁴ Her ne kadar cumhuriyet savcısının, *"maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlü"* olduğu kanunda öngörülmüş olsa da, bu hüküm uygulamada genellikle yaşama geçirilmeyen bir düzenleme olduğunu ilgili bölümlerde zaten açıklamıştık [bkz. Bölüm I] (CMK m. 160, f. 2). Zaten Erem de, *"Savcının sanığın haklarını da koruyacağı, mahkemenin de aynı şekilde hareket ede-*

kuracağımız son manidar ilişki ise, uygulamada önüne gelen olaylara çoğunlukla olarak tek taraflı ve aleyhe bir noktadan bakan ülkemizdeki toplumsal iddia makamını işgal eden bir kısım kişiler gibi Tepegöz'ün de sadece tek bir göze sahip olmasıdır.

¹³¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Mülga CMUK'nın aksine CMK'da açık bir hükümle re'sen araştırma ilkesini düzenlememiş olsa da, hakim ve mahkemenin re'sen delil araştırması yükümlülüğü hala devam ettiğinde dair bir kararı şu şekilde verir: "1412 sayılı CMUK m. 214' e benzer bir düzenlemenin 5271 sayılı CMK'da yer almamış olmasının; aynı yetkinin CMK'nın birçok yerinde açıkça verilmiş olması karşısında, mahkemenin resen delil toplama yetkisini ortadan kaldırmayacağı kabul edilmiştir" (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 2008/9-37, Karar: 2008/55; Tarih: 18. 03. 2008) [Kazancı Bilişim-İçtihat ve Bilgi Bankası].

¹³² Ünver, Yener, "Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 1, Sayı: 2, Ankara Aralık 2006, s. 112; Koca, Mahmut, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 1, Sayı: 2, Ankara Aralık 2006, s. 210.

¹³³ Ünver, "Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız", s. 112. Dava dosyasında eksik olan delilin mahkemece azami bir gayretle aranıp bulunması ve bu delilin duruşmada irad ve ikame edilmesi gerekmektedir (*id.* s. 110).

¹³⁴ A. g. e.

ceği iddiaları bir çeşit '*mevhum savunma*'dan başka bir şey değildir" ¹³⁵di-yerek, eleştirmiştir. Bu yüzden savunmanın yani şüpheli veya sanık ile bunların savunmasını üstlenen müdafii, aynen iddianın sahip oldu-ğu araştırma silahına, yani savunma araştırması yetkisine sahip olabil-mesi gerekmektedir. ¹³⁶

Ceza yargılaması sistemimizde her ne kadar şüpheli ve sanığın dolayısı ile de müdafii delillerin toplanmasını isteyebileceği (CMK m. 177), çağrılması reddedilen tanığın veya uzman kişinin doğrudan mahkemeye getirilmesi (CMK m. 178), delillerin ortaya konulması (CMK m. 206), delillerin ortaya konulması isteminin, bunun veya ispat edilmek istenen olayın geç bildirilmiş olması nedeniyle reddedilememesi (CMK m. 207) gibi düzenlemeler ile savunma makamına delillerin toplanması ve ortaya konulması hakkı verildiği ileri sürülebilir-se de, ¹³⁷ bu düzenlemelerin uygulamada savunma ile iddia arasındaki dengeyi sağlamaya çok da fazla faydası olmadığı bilinen gerçektir.

Çünkü aralarında çok kuvvetli bir bağ olsa bile, delilin bizzat temin edilip sunulması farklı bir hak, delilin toplanmasını talep etmek farklı bir hak ve herhangi bir şekilde temin edilen delilin duruşmada öne sürülüp görüşülmesi farklı bir haktır. ¹³⁸ Zaten savunma makamının CMK m. 177 gereğince yapmış olduğu delil toplanması taleplerinin iddia veya yargılama makamlarından karşılandığı uygulamada ülkemizde pek rastlanan bir durum değildir. Zira, savunmanın yaptığı bu talepler genellikle gerekçesiz olarak, yani ortaya konulması istenilen delil ile ispat edilmek istenilen olayın karara etkisinin olmadığı

¹³⁵ Erem, *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 173.

¹³⁶ Ancak yanlış anlamaları önlemek açısından altını önemle çizmeliyiz ki savunma araştırmasının getirilmesi ile teklif ettiğimiz sistem kesinlikle suçsuzluk karinesini tersine çevrilip, şüpheli veya sanığa ispat külfetinin yüklenilmesi ve müdafiden bu hususta delil teminini talep etmek gibi hatalı bir uygulamanın getirilmesi değildir (Ünver, *Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız*, s. 113). Bilakis, mevcut ceza muhakeme sistemimizdeki diğer temel bütün değişkenler sabit iken (*ceteris paribus*), savunma makamına, kendisini aklamak hakkına gerçekten sahip olabilmesi ve maddi gerçeğin tespitine ilk andan itibaren savunma merceğinden de bakılabilmesi maksadıyla, savunmaya iddia ile kuramsal ve uygulama boyutunda eşit şartlarda mücadele edebilmesini sağlayabilecek uygun bir araç vererek yarışmacı adalet idealine olabildiğince yaklaşabilmektir.

¹³⁷ Ünver, *Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız*, s. 114.

¹³⁸ A. g. e.

veya istemin sadece davayı uzatmak maksadıyla yapıldığı gibi somut olaya indirgmeden sadece kanunun soyut normunu tekrarı gibi gerekçeler ile reddedilmektedir (CMK m. 206, f. 2, b. b ve b.c). Ülkemizde ağır iş yükünden dolayı maalesef ki olması gerektiği gibi çalışmayan Yargıtay, gerçek anlamı ile temyiz incelemesine tabi tuttuğu bir kısım ilk derece mahkemelerinin verdikleri bu nevi gerekçesiz kararları haklı olarak tenkit etmekte ve bozmaktadır¹³⁹

III. TEKLİFLERİMİZ

Ülkemizin de içinde bulunduğu Kıta Avrupası ceza yargılaması sistemi ile Amerikan ceza yargılaması sistemi arasındaki farklar konusuna odaklanmazsak, küreselleşme neticesinde bu iki hukuk sistemi arasındaki sınırların detaylarda iyice belirsizleştiğini fark etmemek imkânsızdır. Hele Avrupa Adalet Divanı (ECJ), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (ECHR), Rwanda (ICTR), Eski Yugoslavya (ICTY) Mahkemeleri veya Uluslararası Ceza Divanı (ICC) gibi geçici ve daimi uluslararası ceza mahkemeleri verdikleri kararlar ile bu iki hukuk sistemini birbirlerine daha da yakınlaştırmaktadırlar.

Örneğin çapraz sorgu veya uzlaşma gibi tipik Amerikan hukuk kurumları artık Kıta Avrupası ülkelerinde tıpatıp veya benzer şekillerde hayata geçebilmektedir. Bu konuda İtalya veya bir takım Doğu Avrupa ülkeleri gibi Kıta Avrupa'sı sisteminden *common-law* sistemi-

¹³⁹ “Yağma ve cürüm işlemek için teşekkül oluşturma ve otele roket atılması eylemleri ile ilgili olarak, her bir sanık ve eylem yönünden kanıtlar ayrı ayrı irdelenmemiş, sanık savunmaları değerlendirilmemiş, savunmalara hangi nedenlerle itibar edilmediği açıklanmamış, hangi kanıtta hangi nedenle itibar edildiği açıklanmamış, kabulün dosyadaki bilgi ve belgeleri gösterilmemiş, çoğu birbirleriyle çelişkili ve farklı tanık anlatımları alt alta yazılmak suretiyle tekrarlanmış, tüm beyanlara topluca yollama yapılmak suretiyle sanıklar hakkında hüküm tesis edilmiştir. Bir hüküm sorun, gerekçe ve sonuç kısımlarından oluşmalı, gerekçe de, suçun yasal unsurları başta olmak üzere sabit ve muhakkak sayılan olaylar ve eğer kanıt başka olaylardan çıkarılmışsa bunlar gösterilmeli, cezanın kaldırılmasını, artırılmasını, indirilmesini gerektiren hususların neden sabit sayılıp, sayılmadığı açıklanmalı, hangi kanıtlara neden itibar edildiği, hangilerinin ne sebeple geçersiz sayıldığı vurgulanmalıdır. **Açıklanan bu usul kuralları buyurucu nitelikte olup, uyulmaması mutlak bozma sebebi oluşturur**” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 2002/6-95, Karar: 2002/252; Tarih: 21. 05. 2002) [Kazancı Bilişim-İçtihat ve Bilgi Bankası].

ne doğru sapmaları çeşitli şekillerde “iki dünyanın en iyileri melez yaklaşımı” içerisinde cesur bir biçimde deneyen ülkeler mevcuttur.¹⁴⁰ Ülkemizde çapraz sorgu benzeri doğrudan soru yöneltme (CMK m. 201), yahut uzlaşma (CMK m. 253) gibi tipik Anglo-Amerikan kurumlarını öyle veya böyle zaten sistemine ithal etmiş olan Türkiye’nin, ileride şartlar oluştuğunda, aynı eklettik yaklaşımı savunma araştırması kurumunun ihdas edilmesi maksadıyla sergilememesi için hiçbir neden görmüyoruz.

Biz de dünyada yaşanan bu hukuksal gelişmelerden yola çıkarak ülkemizin ceza yargılama sisteminin iddia ve savunma dengesinin sağlanması bakımından daha eklettik bir metodolojinin kullanılması gerektiği kanaatindeyiz. Her ne kadar şu anda ülkemizin hukuki ve siyasi durumunun bu değişikliğe hazır olmadığını düşünsek de, bu bağlamda ve yukarıda açıklamadığımız perspektifte ülkemizde savunma araştırması kurumunun ileride şartlar oluştuğunda kurulması gerektiği kanaatindeyiz.

Bu bağlamda şimdiden savunma araştırması kurumunun hukukçularımız arasında tartışılmasını sağlamak ve zihniyetimizi bu konuya hazır hale getirebilmek için yaptığımız bu araştırma neticesinde ümidimiz Amerikan savunma araştırması kurumunun uygun şartlar oluştuğunda ülkemiz sistemine ithal edilmesidir. Ancak elbette ki iki farklı hukuk sistemi arasında kurum nakli aynen vaki olamaz. Amerikan savunma araştırması kurumunun Kıta Avrupası ve dolayısıyla ülkemiz hukuk sistemine uyumlu hale getirilmesi gerekir. Aksi durumda anılan kurum ülkemize fayda değil zarar getirecektir. Dolayısıyla gelecekte ülkemizde hukukun üstünlüğü, hukuka saygı, hukuk devleti gibi ilkelerin daha ideal bir şekilde uygulamaya geçtiği ve yargının siyasallaşması gibi konuların ülke gündeminden mümkün olduğunca uzaklaştığı şartlarda, bizce, savunma araştırması kurumu hukuk sistemimizde şu şekilde kurulmalıdır:

i. Savunma araştırması kurumu, baroların bünyesinde kurulmalıdır. Zira yasama, yürütme, yargı, medya ve üçüncü kişilere karşı savunmanın bağımsızlığını temsil eden örgüt barolardır. Ayrıca barolar

¹⁴⁰ Weigend, Thomas, “Ceza Muhakemesi Gerçeği mi Arıyor”, Çeviren: Bozbayındır, Ali Emrah, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 1, Sayı: 2, Ankara Aralık 2006, s. 335.

birer kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olduklarından dolayı baro bünyesinde oluşturulacak ve koordine edilecek savunma araştırması faaliyetleri aynen idareye bağlı kolluğun faaliyetleri gibi bir kamu hizmeti statüsüne sokulmuş ve kontrol altında olacaktır.

ii. Zaten Amerikan uygulamasında da Kamu Savunma Araştırması Bölümü, Kamu Savunmanı Bürosu'na bağlı olarak çalışmaktadır. Kamu Savunmanı Bürosu, yoksullar için müdafî görevlendirmesi yapan organizasyondur. Ülkemizde Kamu Savunma Bürosu'nun görevini baroların CMK Servis'leri yürütmektedir ve atanmış müdafî görevlendirmeleri bu servisler tarafından yürütülmektedir.

iii. Ancak, burada yanlış bir anlaşılma olmamasına dikkat edilmelidir. Biz savunma araştırması kurumunun baroların CMK servislerine bağlı bir alt birim olmasını teklif etmiyoruz. Bilakis ülkemizde kurulacak savunma araştırması kurumu şeklen ve doğrudan baroların yönetim kurullarının denetiminin altında ancak diğer baro servislerinden "özerk" bir yapıda olmalıdır. Elbette ki kurulacak olan bu savunma araştırması servisi, CMK servisleri veya ilgili baro kurulları ile işbirliği ile çalışacaktır. Zira savunma araştırmacıları görevlendirilen müdafiler ile birlikte çalışacaklardır. Türkiye Barolar Birliği bünyesinde ülkede barolarındaki tüm savunma araştırma servislerinin koordinasyonunu sağlayacak ve denetimini yapacak bir üst yapının kurulması da kanaatimizce teklifimiz açısından elzemdir.

iv. Savunma araştırması servisinin personelinin, malzemelerinin vs. harcama, masraf ve özlük hakları aynen Amerikan örneğinde olduğu gibi kamu tarafından fonlanacaktır. Bu konuda teklifimiz aynen müdafî atamalarında olduğu gibi ödenek aktarılmasıdır. Adalet Bakanlığını Güçlendirme Vakfı gibi pek çok zengin organizasyondan da bu baroların savunma araştırması servisleri için fon aktarılabilir. Bu amaçla icra işlemlerinde şahıslardan alınan cezaevi harcı yerine veya yanında ayrıca ek bir harç kesilebilir.

v. Savunma araştırması kurumunun ülkemize ithali için pek çok mevzuat değişiklikleri gerekecektir. Öncelikle 5188 sayılı Özel güvenlik Kanunu gibi sadece savunma araştırması hizmetlerinin içeriğini düzenleyecek bir "Savunma Araştırması" kanununun hazırlanması gereklidir. Elbette bu kanuna ek olarak, "Ceza Muhakemesi Kanunu", "Avukatlık Kanunu, Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu", "Jandarma, Teşkilat,

Görev ve Yetkileri Kanunu", "*Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun*", "*Türk Ceza Kanunu*" vb. pek çok kanun ve ilgili yönetmeliklere bu konu ile eşgüdümlü değişiklikler yapılması gereklidir.

vi. Yine kolluk-savunma araştırmacıları ilişkileri ile ilgili olarak bu ikisi arasındaki işbirliğini sağlayacak hükümler tesis edilmelidir. Savunma araştırmacıları ile işbirliğine girmeyen kolluk görevlileri ile ilgili olarak özel icrai ve ihmali yolla görevi kötüye kullanma suçları ihdas edilebilir. Ayrıca, savunma araştırmacılarının TCK bağlamında kamu görevlisi yani kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi statüsünde ele alınması gerekliliği ve zorunluluğu, savunma araştırmacılığı faaliyetlerinin icrasında, savunma araştırmacılarının görev alanlarının dışına çıkarak suç işlemlerini engelleyeceği düşüncesindeyiz (TCK m. 6, f. 1, b. c). Bunu gerçekleştirmek için Av. K. m. 62'nin TCK m. 257'ye yaptığı bir yollama benzeri bir düzenleme çıkarılacak olan savunma araştırmacılığı kanununda öngörülebilir.

vii. CMK' da savunma, soruşturmanın gizliliği ile ilgili hükümlerde değişikliğe gidilmesi lazımdır. Müdafinin sahip olduğu şüpheli veya sanıkla görüşme, yazışma, yine CMK' da savunma araştırmacısının tespit ve muhafaza altına alarak müdafî tarafından mahkemeye sunulan delillerin aynen kolluk tarafından tespit ve muhafaza altına alınarak savcılık tarafından ileri sürülen delillere ispat gücü olarak denk hale getirecek bir düzenleme yapılması lazımdır.¹⁴¹

¹⁴¹ Kaldı ki, hukukumuzda "ispat araçları yalnızca ceza soruşturması veya kovuşturması organları aracılığıyla değil, bunun yanında özel şahıslara aracılığı ile de elde edilebilirler. Bu kimselerin elde ettikleri deliller hukuka uygun olabileceği gibi hukuka aykırı da olabilirler. Hukuka uygun olmaları halinde kullanılmalrı caiz olmakla birlikte, bu kişilerin hukuka aykırı biçimde elde ettikleri delillerin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılmayacağı hususu Türk öğretisinde tartışmalı bir husustur. [...]. Gerçekte hukuka aykırılığı kimin yaptığı önemli olmayıp, kamu görevlisi olsun olmasın veya adli görevli bir kimse olsun olmasın, delil hukuka aykırı ise, ayrıca özel bir düzenlemeye gerek olmaksızın (tıpkı mülga CMUK m. 254, f. 2 gibi) CMK m. 217, f. 2 gereğince bu delil hiçbir surette değerlendirilemez. Delil hukuka uygun ise ve bu delilin diğer özelliklerini taşımak ve duruşmada irad ve ikame edilmek kaydı ile, hükme esas alınması normal ve doğal olduğu gibi, aynı zamanda bir zorunluluktur (Ünver: "Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız", s. 135, 136). Görüldüğü üzere bizim teklifimiz, sistemimizde zaten yasa olmayan özel şahısların ispat araçlarını hukuka uygun bir şekilde elde edebilmesi ve bunların değerlendirilmesi usulünün daha teknik, kurallara bağlı ve di-

viii. CMK' ya göre, olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan adli kolluk görevlisi, bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri, işlemler sonuçlanıncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanarak bundan men eder (CMK m. 168). Savunma araştırmacısının, adli kolluğun olay yerinde aldığı tedbirlere uyulmaması halindeki kanunda düzenlenmiş olan bu yetkisinin dışında tutulması gerekliliği savunma araştırması kurumunun niteliği açısından açıktır. Bu yönde düzenleme yapılması gerekmektedir. Zira savunma araştırmacısının görevi adli kolluğun olay mahallinde delilleri gereği gibi toplayamaması ve delilleri karartması gibi risklerin önlenmesini sağlamaktır.

Böylece savunma açısından deliller olması gerektiği gibi aleyhe ve lehe ayrımı yapılmadan objektif bir şekilde, hiçbir nokta atlanılmadan ve savunma kurumu da özerk bir şekilde ilk baştan araştırmaya dahil edilmiş olarak ideal bir şekilde toplanmış olabilecektir. Elbette her zaman ve her olayda savunma araştırmacısının olay mahallinde bulunabilmesi mümkün değildir. Ancak olay mahallinde gerçekleştireceği incelemeler bakımından kolluk görevlileri, savunma araştırmacısına gerekli kolaylıkları göstermek zorunda olmalıdır. Zira savunma araştırmacılığı da aynen kolluk gibi maddi gerçeğin ortaya çıkması için çalışan bir kurumdur.

ix. Savunma araştırmacısının tespit ve muhafaza altına aldığı deliller, kolluğun tespit ve muhafaza altına aldığı deliller ile aynı ispat gücüne sahip olacağı için, savunma araştırmacısının işleyebileceği görev suçlarına ilişkin olarak kolluğun işleyebileceği görev suçlarına paralel düzenlemeler yapılmalıdır. Bu düzenlemeler gerek maddi ceza hukuku gerekse muhakeme hukuku alanlarında olmalıdır.

sipline edilmiş bir şekilde savunma araştırması kurumu olarak savunma makamının emri altında örgütlenmesinden ibarettir. Biz burada ceza muhakemesinde re'sen araştırma ilkesinden dolayı zaten olmayan ispat külfetinin, savunma araştırması kurumunun ihdası ile şüpheli veya sanığa yüklenmesini ileri sürmüyoruz. Sadece ve sadece iddia ile güçlerini dengelemesi için savunmanın terazine savunma araştırması adı verilen bir ağırlık konulmasını savunuyoruz. Ancak tekrar hatırlatmakta fayda görüyoruz ki, ülkemiz koşulları halihazırda bizce, sosyo-ekonomik ve sosyo-kültürel olarak mafyalaşmadan çalışabilecek bir savunma araştırması kurumunu oluşturmaya hazır değildir. Bu eklektik sistem teklifi ileride şartlar oluştuğunda değerlendirilmek üzere zemin hazırlamak amacını gütmektedir.

x. Örneğin TCK m. 6, f. 1, b. c çerçevesinde “kamu görevlisi” yani kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişilerden sayılması gereken savunma araştırmacısının işleyebileceği görev suçlarının, silahların eşitliği ilkesi açısından, yapılacak değişikliklerle aynen kamu görevlilerinin adli görevin icrası esnasında işlediği suçlara ilişkin soruşturma usullerinin içerisine dahil edilmeli veya bu konuda paralel olarak hazırlanmış özel hükümlere tabi tutulması gerekmektedir, örneğin, şekli ceza hukuku yönünden 19. 04. 1990 tarihli ve 3628 sayılı “*Mal Bildiriminde Bulunulmaması Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu*”, 02. 12. 1999 tarihli ve 4483 sayılı “*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun*”¹⁴² ve CMK’ da savunma araş-

¹⁴² Öğretide, haklı bir biçimde, “olması gereken hukuk açısından, 4483 sayılı Kanun’un eşitlik ilkesine aykırı olduğu, suistimallere yol açtığı, eski Memurun Muhakematı (muvakkat) Kanunu’ndan daha sakıncalı olduğu, kamu görevlilerine hukuka aykırı ayrıcalık yarattığı, soruşturma ve kovuşturmanın adli bir iş olmasına ve idari yargının denetimine tabi olmasına karşın idarenin kamu görevlisi hakkındaki iddiaların araştırılmasını haksızca önleyebildiği ve çağdaş demokratik adil bir devlet imajına gölge düşürdüğü, AİHS’nin 6. maddesinde düzenlenen ‘adil yargılama hakkı’na aykırı bulunduğu” gibi nedenlerle yürürlükten kaldırılması gereken bir kanun olduğu fikri öne sürülmektedir (Ünver, Yener / Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 178, 179). Hal böyleyken bizim teklifimizde savunma araştırmacılarının, kamu görevlilerinin yani kolluğun adli görevin icrası esnasında işlediği suçlara ilişkin soruşturma yönteminin aynısına tabi tutulmasını talep etmemizin nedeni sadece iddia ve savunma arasından silahların eşitliğini sağlamaktır. Görev suçlarından kolluk ile benzer şekilde hakkında soruşturma yapılmayan savunma araştırmacısının görev yaparken kolluk ile benzer durumlar ile karşılaşacağı tabidir. Birisinde failin kolluk görevlisi, diğerinde de savunma araştırmacısının olduğu birbirisinin hipotetik olarak aynı iki durumda, 3628 sayılı Kanun kapsamının dışında kalan görev suçlarından birisini işlemiş olmakla beraber, bu suçu adli görevin yapılması esnasında işlememiş olan kolluk görevlisine 4483 sayılı Kanun mucibince soruşturma izninin alınması gerektiği için, ilgili idari amir tarafından soruşturma izni verilmemesi ile kolluk görevlisi kendisine soruşturma kurtulabilecek; halbuki aynı fiili aynı şartlarda işlemiş olan savunma araştırmacısı hakkında savcılık tarafından soruşturma doğrudan açılacaktır. Bu durumun savunma araştırması görevinin icrasında savunma araştırmacısını eşit olmayan bir konuma sokacağı kesindir. Bizce, 4483 sayılı Kanun yürürlükte olduğu sürece, savunma araştırmacılarının görev suçlarından dolayı soruşturulma usulünü muhakkak ve aynen kolluk görevlisinin görev suçlarından dolayı soruşturulma usulüne tabi tutulmalıdır. Olması gereken hukuk açısından 4483 sayılı Kanun’un yürürlükten kaldırıldığı gün ise, zaten var olan eşitlik ilkesinin ihlali durumu sadece savunma araştırmacısı için değil herkes için ortadan kalkmış olacağı için savunma araştırmacısının kolluk karşısındaki durumunu dengelemek için başkaca bir düzenleme yapmaya gerek kalmayacaktır.

tırmacılarının görev suçları ile ilgili muhakeme hukuku değişiklikleri yapılırken, TCK'da bu hususta özel suç tipleri ihdas edilebilir veya savunma soruşturmacısının işleyebileceği suç tipleri kolluk ve kamu görevlisi kavramı ile ilgili olarak oluşturulmuş suç tiplerinin kapsamının içerisine dahil edilebilir.

xi. Avukatlık Kanunu'nda müdafiyeye yüklenmiş olan sadakat yükümlülüğü, sır tutma yükümlülüğü, tanıklıktan çekilme yükümlülüğü ile zıt menfaatlerin temsili ve taraf değiştirme yasakları gibi bütün mesleki etik yükümlülüklerinin aynı şekilde savunma araştırmacısı için de düzenlenmesi gerekmektedir.

xii. Amerikan savunma araştırmacısının aynen Amerikan polisi gibi ayırt edici ve sadece o pozisyon için ihdas edilmiş rozet taşıma hakları vardır.¹⁴³ Aynı zamanda kimlik yerine geçecek bu rozetin ihdası, Türk savunma araştırmacının kolluk, tanıklar veya üçüncü kişiler ile ilişkilerinde kolaylık sağlayacaktır.

xiii. TCK'da m. 6, f. 1, b. c gereğince kamu görevlisi olarak sayılması gerekeceği için savunma araştırmacısına karşı işlenen suçlar da, görevin icrasını kolaylaştırması açısından, suçun nitelikli hali olarak ele alınmalıdır.

xiv. Baroların kurulacak olan savunma araştırması servisleri aynen savcılıkların talimat veya mahkemelerin istinabe sistemleri gibi karşılıklı olarak birbirleri ile yardımlaşabilmeleri usul ekonomisi açısından gereklidir.

xv. Savunma araştırmacılarının kolluk görevlisi olabilme şartlarını haiz ama bu konuda en az 10 sene tecrübe sahibi eski/emekli/müsta-fi polis, jandarma gibi kolluk veya istihbarat görevlilerinden seçilmesi gereklidir.¹⁴⁴

xvi. Savunma araştırmacıları için kolluk zihni kurgusundan, savunma araştırması zihni kurgusuna geçmesini sağlayacak ceza yargılaması hukuku, ispat hukuku, kolluk hukuku, adli tıp gibi temel alanlarda özel ve teknik bir eğitim programı hazırlanmalıdır. Balistik ince-

¹⁴³ Bliss, s. ix.

¹⁴⁴ Zira, savunma araştırmacılarının, kolluğun ne yaptığını kadar ne yapmadığını veya neyi eksik yahut yanlış yaptığını tespit edebilecek derecede araştırma teknikleri hakkında kuramsal ve fiili bilgi sahibi kişiler olması gereklidir (Sonne: s. 145).

leme, psikoloji, iletişim, araştırma metotları, felsefe, yasak delil, hukuka aykırı delil vb. konularla kurgulanmış bu uzun süreli eğitim programları akademisyenler ve uygulamacılar işbirliğinde hazırlanmalıdır.

xvii. Savunma araştırmacısı kolluk görevlerinden sadece araştırmayı yerine getirecek uzman kişidir. Bu yüzden kolluğun silah kullanma yetkisi gibi yetkilere savunma araştırmacısı sahip değildir.¹⁴⁵ Savunma araştırmacısının kolluk gibi kullanmaya yetkili olduğu yegâne silahı, araştırmasında gerçeğe dair bulduğu önemli noktaları kaydettiği not defteridir.¹⁴⁶

xviii. İleride kurulacak olan sistemin başlangıcında, savunma araştırması faaliyetleri sadece belirli tip suçlar ile örneğin ağır ceza mahkemelerinin yetki sahasına giren eylemlerin araştırılması ile sınırlanabilir.

xix. Savunma araştırmacısının yardımından sadece baro tarafından atanmış müdafii değil, seçilmiş müdafii de eşitlik ilkesi içerisinde ve ücretsiz bir biçimde yararlanacağı açıktır.

xx. Amerika'da seçilmiş müdafii bağlamında ekonomik durumu iyi olan şüpheli veya sanıklar için savunma araştırmasını kamu savunmanına bağlı olmayan, özel (seçilmiş) araştırmacılar,¹⁴⁷ yani Hollywood filmlerinden aşına olduğumuz tabiriyle dedektiflik büroları da yapabilmektedir. Ülkemizde Anayasa ve CMK üçüncü kişilerin yani özel şahısların elde edecekleri delillerin hükme esas alınıp muhakeme-

¹⁴⁵ Savunma araştırmacısının silah taşıma yetkinin olmamasının eyaletten eyalete değişen istisnaları da vardır. Bu konuda bkz. State of Georgia Performance Standards for Criminal Defense Investigators in Indigent Criminal Cases, m. 3, b. r).

¹⁴⁶ Bliss, s. ix.

¹⁴⁷ Ciolino/Castle, s. 183. ABD'de görevlendirilmiş olsun veya seçilmiş olsun, savunma araştırmacının ulaştığı bilgiler müdafilik görevinden kaynaklandığı için sır tutma yükümlülüğü ile korunmaktadır. (Sonne: s. 146). Ancak, mahkeme tarafından atanmamış, kamu savunmanı tarafından veya adli yardım neticesinde görevlendirilmemiş yani özel hukuk sözleşmesi ile çalıştırılan seçilmiş savunma araştırmacısı söz konusu olduğunda, müdafii olmayan bir kişi tarafından (örneğin şüpheli, sanık veya bunların aileleri gibi kimseler) seçilerek çalıştırılan savunma araştırmacısının sır tutma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır (*id.*). Bu yüzden özel (seçilmiş) savunma araştırmacılarının şüpheli veya sanık vb. statüdeki kişiler tarafından değil daima müdafii tarafından tutulması tavsiye edilmektedir (*id.*).

de kullanılabileceğine dair açık bir düzenleme getirmemiştir.¹⁴⁸ Aslında özel şahısların elde ettikleri delillerin hükme esas alınması ile ilgili olarak en önemli kıstas delillerin kimin tarafından elde edildiğinin değil, delillerin hukuka uygun bir biçimde elde edilip edilmediğidir (Any. m. 38, f. 6; CMK m. 217, f. 2; CMK m. 206, f. 2, b. a; CMK m. 217, f. 1).¹⁴⁹ Alman hukukunda da özel şahısların elde ettikleri delillerin muhakemede hükme esas alınabileceğini öngörmektedir.¹⁵⁰

xxi. Ancak yine de ülkemiz için savunma araştırmasının disipline olabilmesi ve amacını gerçekleştirebilmesi için bir kamu kurumu niteliğinden meslek kuruluşunun yani baronun disiplinin gerekli olduğu inancındayız. Bu nedenden dolayı savunma araştırmacılığı kuru-

¹⁴⁸ Şahbaz, İbrahim, *İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 187; Ünver/Hakeri, *Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 425.

¹⁴⁹ A.g.e., Anayasa 38, f. 6: "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez". CMK m. 217, f.2: "Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir". CMK m. 206, f. 2, b. a: "Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunur".

CMK m. 217, f. 1: "Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir".

¹⁵⁰ Ünver, Yener / Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006, s. 426. Ünver ve Hakeri'nin özel şahsın elde ettiği delilin hükme esas alınabilirliği meselesini Alman hukuku açısından incelemek bağlamında Roxin'in *İspat Hukuku'nun Esasları* isimli eserinin 288-289. sayfalarından naklen aldıkları bir açıklama şu şekildedir: "Deliller yalnızca ceza kovuşturması organları aracılığı ile değil, bunun yanında özel şahıslar aracılığı ile de elde edilebilirler, örneğin failin suçunu ispat etmek için mağdur bizzatı araştırma yapar. Bununla birlikte, eğer bu özel şahıslar hukuka aykırı davranır (örneğin belgeleri çalarsa) ve bu şekilde elde edilen delilleri soruşturma organlarının tasarrufuna sunarlarsa, elde edilen bu delillerin ceza muhakemesinde kullanıp kullanılmayacağı sorusu sorulmaktadır. Alm. CMK'nın muhakeme hükümleri (her şeyden önce ispat metodu yasakları) yalnızca ceza kovuşturması organlarına yönelik oldukları için, bu tür deliller ilke olarak değerlendirilebilir niteliktedirler; yalnızca aşırı biçimde insan haklarına aykırı olayları açısından bir istisna geçerli olmak zorundadır; örneğin özel bir şahıs ıstıraplı işkence aracılığıyla bir ikrara zorlarsa, özel şahısların elde ettiği delilin değerlendirilmesi için genel olarak Alm. CMK m. 136a'yı uygulamayı istemektedir. [...] Bundan başka ispat aracı yasakları burada da delil değerlendirme yasakları ile bağlantılı kılınmıştır. Çünkü onlarda delili kimin elde ettiği önemli değildir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, özel bir şahsın gizlice ses kaydetmesine (aynı şey günlük olayı içinde geçerlidir) ilişkin ses kaydedilmesi kararında (BGHSt 14, 358), ceza kovuşturması organları aracılığı ile kaydın değerlendirilmesini bir yeni, kendi ne özgü insan hakları ihlali olarak görmek suretiyle, aynı sonuca ulaşmıştır (aynı görüşte Schmitt, JuS 67, 25)" (id. s. 426, 427).

mu ihdas edildikten çok uzun yıllar sonra bile ceza yargılaması sisteme özel savunma araştırmasının girmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu bağlamda ileride eğer ekonomik, sosyal ve kültürel şartlar açısından kurulması uygun görülürse, Türk savunma araştırmacılığı kurumunun savunma örgütü olan baroların kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu kurumsal yapısının altında gerçekleştirilmesinin taraftarıyız.¹⁵¹

xxii. Bu düzenlemeler ile eşgüdümlü olarak Türkiye Barolar Birliği'nin ve uygun görülecek Ankara, İstanbul, İzmir gibi büyük nüfuslu şehirlerin barolarının bünyesinde aynen polis ve jandarma kriminoloji daireleri gibi savunma araştırmasının faaliyetlerine tahsis edilmek üzere birer tam teçhizatlı kriminal dairesi kurulması kurumun temel felsefesi açısından bir gerekliliktir.¹⁵² İthamcı devlet aygıtının değil de savunma örgütünün örgüt yapısında ancak özerk olarak teşkilatlanan kriminal dairelerin kurulması objektif gerçeğe ulaşılması açısından gereklidir. Bu savunma kriminal dairelerinin kurulması ve bunların vereceği raporların yargılama organı nezdinde aynen emniyet, jandarma veya adli tıp raporları gibi değer görmesi için ilgili kanun değişiklikleri yapılmalıdır.¹⁵³

Yukarıda açıklanan öneriler hayata geçirilebildiği gün, ceza yargılaması sistemimizde savunmanın ve müdafinin konumu “*de lege feren-*

¹⁵¹ Ancak bu teklifimiz ülkemizde ceza yargılaması sisteminin dışında Amerikan tipi bir özel araştırmacılık yani dedektif sistemini kurulmasına karşı değildir. Ceza yargılaması çerçevesindeki özel araştırmacıların ülkemizin gelişmişlik seviyesi içerisinde meslek etiği, ahlak ve hukuk kuralları içerisinde gerçeği ama yalnızca gerçeği araştırarak bir savunma araştırmacısı niteliğinde faaliyet gösteremeyeceği inancındayız.

¹⁵² ABD’de hem savunma ve hem de iddia makamları için raporlar hazırlayan, incelemeler yapan adli tıp ve kriminolojik uzmanlarının uymaları zorunda oldukları mesleki ve etik kurallar için bkz. Barnett, Peter D., “Ethics in Forensic Science: Professional Standards for the Practice of Criminalistics”, *Protocols in Forensic Science*, CRC Press, Boca Raton, Florida 2001, s. 43 vd.

¹⁵³ Zira, Emniyet ve Jandarma Kriminal Daireler ile “Adli Tıp vb. kurumlar taraf kurumlar oldukları için, bunların bilirkişide bulunması gereken niteliklere sahip olmadıkları ve özellikle de kamu-devlet-iddia tarafında yer aldıkları gözetilerek, bunların görüş ve raporları bilirkişi raporu olarak kabul edilmemeli ve bu kurumlar gerçek anlamda özerkliğe kavuşturulmadıkça kendilerine bilirkişi olarak başvurulmamalıdır” şeklindeki öğretilerdeki görüşe katılmamak mümkün değildir (Ünver, *Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız*, s. 129).

da” yani olması gereken hukuk açısından hak ettiği noktaya çok yaklaşmış olacaktır. Ancak unutulmamalıdır ki bu teklifler sadece kanun koyucunun iradesi ile gerçekleşebilecek değişiklikler değildir. İddia ve savunma arasındaki ölçsüz dengesizliğin ortadan kaldırılabilmesi ve silahların eşitliğinin sağlanabilmesi aynı zamanda zihniyetlerin değişmesi ile mümkündür. Ceza muhakemesinin güçlü devlet ile zayıf birey çelişmesini (veya başka bir ifade ile adaletin gerçekleştirilmesi ile özgürlüklerin korunması paradoksunu) denklemin güçsüz olan tarafını yani bireyi mağdur etmeden çözebilmesi için savunmanın da iddianın sahip olduğu silahlara denk hak ve yetkiler ile teçhiz edilmesi gerekir.

Unutulmamalıdır ki, hangi sosyal, siyasal veya ekonomik makam ya da konumda olursa olsun toplumdaki bütün kişilerin bir gün üzerlerine atılabilecek kasıtlı yahut taksirli bir suç ithamı ile ceza muhakemesi makamlarının karşısına haklı veya haksız bir biçimde taşıyacakları şüpheli sıfatı ile çıkabilmeleri ihtimali her zaman mevcuttur. Böylesi bir durumda itham altındaki kişinin suçsuz ise beraat etmesi; hukuka uygunluk nedenleri varsa ceza almaması; ya da hak ettiğinden fazla ceza almaması için iddia karşısında güçlü bir toplumsal savunma makamının yardımına ihtiyacı vardır.

Sonuç olarak belirtmeliyiz ki maddi hakikatin ortaya çıkarılabilmesi için karşılıklı olarak delillerin tespit edilebilmesi ve bunların mahkeme önünde ortaya konulabilmesi faaliyetlerinin hem iddia ve hem de savunma açısından birbirine denk bir şekilde yerine getirilebilmesi gerekir. Bunun gerçekleştirilebilmesi için verilecek mücadelede en büyük rol barolara ve baroların şemsiye yapısı olan Türkiye Barolar Birliği'ne düşmektedir. Dileriz silahların eşitliği ilkesinin gerçekleştirilebilmesi için yapılması gereken mücadelede yukarıda yapmış olduğumuz teklifler biraz da olsa fayda sağlar!

KAYNAKLAR***Kitaplar ve Makaleler:**

- ADIVAR A.-ARAT A.-ATEŞ A.-KAFESOĞLU İ.-YAZICI T., "İslam Ansiklopedisi", İslam Alemi Tarih-Coğrafya-Etnografya ve Biyografya Lügati, 3. Cilt, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1963.
- AMSTERDAM Antony G., "Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies", "Stanford Legal Essays", Editor: John Henry MERRYMAN, Stanford Law Review, Volume: 27, Issue: 3, Stanford University Press, Stanford, California, 1975, s. 1-21.
- BAILEY Francis Lee-ROTHBLATT Henry B., "Investigation and Preparation of Criminal Cases", Criminal Law Library, Lawyers Cooperative Pub. Co., Rochester, New York, 1985.
- BARNETT Peter D., "Ethics in Forensic Science: Professional Standards for the Practice of Criminalistics", Protocols in forensic science, CRC Press, Boca Raton, Florida, 2001.
- BLISS Jr. Edward N., "Defense Investigation", Charles Thomas Publisher, Springfield, Illinois, 1956.
- "The Blue Book: A Uniform System of Citation", Seventeenth Edition, The Harvard Law Review Association, Massachusetts, 2002.
- BURKOFF John, "ABA Standards for Criminal Justice: Prosecution and Defense Function", American Bar Association, 3rd Edition, Washington, D.C., 1993. Anılan standartların elektronik hali için bkz. <http://www.abanet.org/crimjust/standards/prosecution-function.pdf> (Erişim Tarihi: 13. 09. 2009).
- CIOLINO Paul J.-CASTLE Grace Elting, "Advanced Forensic Criminal Defense Investigations", Lawyers & Judges Publishing Company, Tucson, 2000.
- CIOLINO Paul J., "In the Company of Giants: The Ultimate Investigation Guide for Legal Professionals, Activists, Journalists & the Wrongfully Convicted", Universe, Lincoln, Nebraska, 2005.
- DAUGHTREY Clinton M., "You Only Get What You Pay For? The Current Status of Malpractice Immunity For Indigent Defense Counsel", The Journal of the Legal Profession, 23 J. Legal Prof. 293 1999, s. 293-302.

* Yazardan geldiği şekilde bırakılmıştır.

- EMMELMAN Debra S., "Justice for the Poor: A Study of Criminal Defense Work", Law-Justice & Power Series, Ashgate Publishing Ltd., Hampshire, 2003.
- EREM Faruk, "Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku", Işın Yayıncılık, Altıncı Baskı, Ankara 1986.
- ERYILMAZ Bedri, "Suçla Mücadele Politikası Açısından Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara, Ekim 2006, s. 207-230.
- FISHER George, "Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America", Stanford University Press, Stanford, California, 2003.
- GOLDBERG Nancy Albert- HARTMAN Marshall J., "The Public Defender in America", "The Defense Counsel", Editor: William F. MCDONALD, Sage Publications, California, 1983, s. 67-101.
- GURULE Jimmy, "The Right to A Fair Trial in United States Law", "The Right To a Fair Trial", European Commission for Democracy through Law, Science and Technique of Democracy, No: 28, Council of Europe Publishing, Strausburg Cedex, 2000, s. 95-110.
- FRANKLIN Carl J., "Constitutional Law for the Criminal Justice Professional", CRC Press LLC, Boca Raton, Florida, 1999.
- HERMANN Robert-SINGLE Eric-BOSTON John, "Counsel for the Poor-Criminal Defense in Urban America", Lexington Books, Heath and Company, D.C, 1977.
- HEUMANN Milton, "Plea Bargaining: The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys", University of Chicago Press, Chicago, 1981.
- HOGAN Sean O., "The Judicial Branch of State Government: People, Process, and Politics", ABC-CLIO Inc., California, 2006.
- JONAKAIT Randolph N., "The American Jury System", Yale Contemporary Law Series, Yale University Press, New Haven, 2006.
- KLEIN Richard, "The Relationship of the Court and Defense Counsel: The Impact on Competent Representation and Proposals for Reform", Boston College Law Review, 29 B.C. L. Rev. 531 (1987-1988), s. 531-584.
- KOCA Mahmut, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, Ankara, Aralık 2006, s. 207-227.

- LEAMAN Oliver, "The Qur'an: An Encyclopedia", The Islamic World Series, Taylor & Francis, Routledge, New York, 2006.
- LYNCH Elizabeth-SINGER Shelvin, "Indigent Defense Systems- Characteristics and Costs", "The Defense Counsel", Editor: William F. MCDONALD, Sage Publications, California, 1983, s. 103-125.
- MCDONALD William F., "In Defense of Inequality-The Legal Profession and Criminal Defense", "The Defense Counsel", Editor: William F. MCDONALD, Sage Publications, California, 1983, s. 7-39.
- MCMAHON Rory J., "Practical Handbook for Private Investigators", CRC Press LLC, Florida, 2001.
- MORIARTY Brid-COTTER Marie Money-BLACKWELL Noeline: "Human Rights Law", Law Society of Ireland, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- INGRAM Jefferson, "Criminal Procedure-Theory and Practice", First Edition, Pearson Prentice Hall, New Jersey, 2005.
- PARKER Jo Anna Chancellor, "What a Poor Defense - Exploring the Ineffectiveness of Counsel for the Poor and Searching for a Solution", Jones Law Review, 7 Jones L. Rev. 63 (2003), s. 63-84.
- REID Sue Titus, "Criminal Justice", Third Edition, Macmillan Publishing Company, New York, 1993.
- SONNE Warren J., "Criminal Investigation for the Professional Investigator", Volume I, Professional Investigators Series, CRC Press, Taylor & Francis Group, Florida, 2006.
- SINGER Shelvin, "Why Judges Should Not Appoint Defense Counsel", 17 Judges J. 34 (1978), s. 34-38.
- ŞAHBAZ İbrahim, "İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller", Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- TOROSLU Nevzat-FEYZİOĞLU Metin, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara, 2006.
- TOSUN Öztekin, "Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım", İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1608-Hukuk Fakültesi Yayınları No: 353, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll.Şti, İstanbul, 1971.
- URAZ Murat, "Türk Mitolojisi", Düşünen Adam Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 1994.

- ÜNVER Yener, "Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, Ankara, Aralık 2006, s. 103-207.
- ÜNVER Yener - HAKERİ Hakan, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- ÜNVER Yener - HAKERİ Hakan, "Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku", Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, 2006.
- WEIGEND Thomas, "Ceza Muhakemesi Gerçeği mi Arıyor", Çeviren: BOZBAYINDIR Ali Emrah, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, Ankara, Aralık 2006, s. 330-344.
- WHITE Welsh S., "Litigating in the Shadow of Death: Defense Attorneys in Capital Cases", University of Michigan Press, Michigan, 2005.
- WORDEN Alissa Pollitz, "Privatizing Due Process: Issues in the Comparison of Assigned Counsel, Public Defender, and Contracted Indigent Defense Systems", The Justice System Journal, 15 Just. Sys. J. 390 (1991-1992), s. 390-418.

I. Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararları

- Arsinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25 (1972).
- Avery v. Alabama*, 308 U.S. 444, 446 (1940).
- Brewer v. Williams*, 430 U.S. 387 (1977).
- Cicenia v. Lagay*, 357 U.S. 504 (1958).
- Crooker v. California*, 357 U.S. 433 (1958).
- Douglas v. California*, 371 U.S. 353 (1963).
- Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477 (1981).
- Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964).
- Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 343 (1963).
- Hamilton v. Alabama*, 368 U.S. 52, 54 (1961).
- Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938).
- Maine v. Moulton*, 474 U.S. 159 (1985).
- Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964).
- Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436 [1966]).
- Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985).
- Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932).
- Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 261 [1971].
- United States v. Wade*, 388 U.S. 226 (1967).

ULUSLARARASI ADALET DİVANI KOSOVA'NIN KENDİ KADERİNİ TAYİN HAKKINI ONAYLADI MI?

DID INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE ACKNOWLEDGE THE
SELF DETERMINATION RIGHT OF KOSOVO?

Uğur BAYILLIOĞLU*

Özet: Kosova'nın 17 Şubat 2008 tarihli bağımsızlık bildirgesi uluslararası hukuk ve siyaset alanında tartışmalara neden olmaktadır. Söz konusu tartışmalar, hukuki bağlamda kendi kaderini tayin hakkı üzerinde odaklanmaktadır. BM Genel Kurulu Kosova'nın bağımsızlık bildirgesinin uluslararası hukuka uygun olup olmadığına ilişkin olarak Uluslararası Adalet Divanından danışma görüşü istemiş ve Divan kararını 22 Temmuz 2010 tarihinde açıklamıştır. Ancak kararda, Kosova'nın kendi kaderini tayin hakkının durumuna ilişkin açık bir tespit yapılmamıştır. Aynı zamanda kararda, Kıbrıs'la ilgili de Güvenlik Konseyi kararlarına bazı atıflar bulunmaktadır. Bu çalışmada söz konusu karar ve Kıbrıs'la ilgili kararlara yapılan atıflar aktarılacak ve değerlendirilecektir.

Anahtar Sözcükler: Kosova Sorunu, Kosova Bağımsızlık Bildirgesi, kendi kaderini tayin hakkı, Uluslararası Adalet Divanı, Güvenlik Konseyi'nin Kıbrıs ile ilgili kararları.

Abstract: Kosovo's declaration of independence dated 17 February 2008 gives rise to controversies in the international law and political sphere. These controversies focus on right of self determination in legal context. UN General Assembly requested advisory opinion on legality of declaration of independence of Kosovo from International Court of Justice and the Court has given its judgment on 22 July 2010. However, there is no explicit finding had been made about the self determination right of Kosovo in the judgment. There are some references exist to Security Council resolutions concerning Cyprus in the judgment, as well. In this paper this judgment and the references that made to resolutions concerning Cyprus will be conveyed and evaluated.

* Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı öğretim görevlisi.

Keywords: Kosova Problem, Kosova's Declaration of Independence, self determination right, International Court of Justice, Security Council Resolutions concerning Cyprus.

Giriş

Kendi kaderini tayin (*self determination*) hakkı ve bu hakka bağlı olarak gündeme gelen diğer bazı haklar, uluslararası hukukun uygulama ve doktrininde en çok tartışılan konularından olmuştur. Söz konusu hakkın özellikle en çok tartışmaya neden olan dış yönü, çeşitli sınırlamalara tabi tutularak ülke bütünlüğü ilkesi ile telif edilmeye çalışılmışsa da SSCB ve Yugoslavya'nın dağılma sürecinde yeniden yoğun tartışmaların odağı haline gelmiştir. Özellikle Yugoslavya'nın dağılma süreci çok sancılı olmuş, Eski Yugoslavya bünyesinde bulunan çeşitli halkların bağımsız devlet kurma talepleri soykırıma kadar ulaşan etnik çatışmaları beraberinde getirmiştir. Kosova Sorunu da Eski Yugoslavya'nın bir parçasını oluşturan Kosova'da, nüfusun çoğunluğunu oluşturan ve Sırbistan'ın baskılarına maruz kalan Arnavut halkın, Sırbistan'dan ayrılıp bağımsız bir devlet kurma talepleri neticesi ortaya çıkmıştır. Sorun, siyasi açıdan Balkanlardaki barış ve istikrarın önünde önemli bir engel olarak durmaktadır. Hukuki açıdan ise taraflarının kendi kaderini tayin hakkı bağlamındaki tezlerini şekillendirmiştir. Son olarak Kosova'nın 2007'deki tek taraflı bağımsızlık ilanı bu tartışmaları arttırmış ve Uluslararası Adalet Divanı'nın danışma görüşüne konu olmuştur.

1. Sorunun Ortaya Çıkışı ve Divana Havalesi

Divanın kararını incelemeye başlamadan önce, Kosova sorununun kısa bir tarihçesi değinmek gerekmektedir.¹ Kosova 1980'lerin sonuna kadar Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti içinde otonom bir statüye sahipti. Kosova'nın çoğunluğu oluşturan Arnavut nüfusu, Arnavutça eğitim, Arnavutça medya gibi etnik yapı ve aidiyetini koru-

¹ Kosova sorununun tarihçesi için bkz. Milena Sterio, "The Kosovar Declaration of Independence: "Botching the Balkans" or Respecting International Law", *Ga .J. Int'l & Comp.L.*, Vol. 37, 2008-2009, s. 270-273; Jure Vidmar, "International Legal Responses to Kosovo's Declaration of Independence", *Vand .J. Transnat'l L.* Vol. 42, 2009, s. 784-806.

yan haklara sahipti. Bununla beraber Sırp liderliği, 1980'lerin sonunda tüm Kosova'ya yayılan ve gerilla benzeri paramiliter gruplar tarafından sürdürülen ayaklanmalar karşısında, çok sert önlemler almış ve böylece Kosova'nın otonom statüsü kaldırılmış ve Arnavut nüfus sivil ve siyasi haklardan mahrum edilmiştir. 1999 yılına gelindiğinde, dönemin Sırbistan Başkanı Slobodan Miloseviç, Kosova Kurtuluş Ordusu² tarafından yürütülen etnik kalkışmaya çok sert bir şekilde müdahale etmiştir. Bu olaylar üzerine NATO, Sırbistan'a hava saldırıları başlatmış³ ve bu saldırılar Miloseviç'i Haziran 1999'da Kosovalılar ile Fransa'da Rambouillet Barış Andlaşması'nı imzalamaya zorlamıştır. Akabinde BM Güvenlik Konseyi aşağıda fazlaca zikredilecek olan 1244 sayılı kararı⁴ almış, bu kararla Kosova'yı idare etmek üzere UNMIK⁵ kurulmuş ve güvenlik NATO liderliğindeki KFOR⁶ tarafından sağlanmaya başlanmıştır. 1244 sayılı karar ve UNMIK düzenlemeleri çerçevesinde geçici bir rejim altında yönetilen Kosova'nın nihai statüsü hakkında taraflarca müzakereler yapılmıştır. Bu süreçte, 17 Şubat 2008 tarihinde Kosova halkının temsilcileri sıfatıyla hareket eden kişiler tarafından bağımsızlık bildirgesi ilan edilmiştir.⁷ Bildirgenin ilanının ardından Kosova'nın kendi kaderini tayin hakkı olup olmadığına

² Arnavutça kısaltması UÇK, Ushtria Çlirimtare e Kosoves; İngilizce kısaltması KLM, Kosovo Liberation Army.

³ NATO hava saldırılarının uluslararası hukuk açısından değerlendirmesi için bkz. Ved P. Nanda, "NATO's Armed Intervention in Kosovo and International Law", *U.S.A.F. Acad. J. Legal Stud.* Vol. 10, 1999-2000, s. 1-25; Dino Kritsiotis, "The Kosovo Crisis and NATO's Application of Armed Force Against the Federal Republic of Yugoslavia", *Int'l & Comp. L. Q.*, Vol. 49, 2000, s. 330-359; Zeynep Manavoğlu, "NATO'nun Kosova'ya Müdahalesinin Uluslararası Hukuk Açısından Geçerliliği", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt: 4, No: 14, 2008, s. 27-51.

⁴ Karar metni için bkz. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/6EN/N99/172/89/PDF/N9917289.pdf?OpenElement> (26.07.2010).

⁵ United Nations Interim Administration Mission in Kosovo. 1244 sayılı karar bağlamında Kosova'daki BM yönetimine ilişkin değerlendirmeler için bkz. Alexandros Yannis: "The UN as Government in Kosovo", *Global Governance*, Vol. 10, 2004, s. 67-81.

⁶ Kosova Force, NATO liderliğinde, barışı koruma ve Kosova'da güvenliği sağlama görevi icra etmektedir.

⁷ Bildirge metni için bkz. http://www.mfa-ks.net/repository/docs/DEK_PAV_e.pdf (30.07.2010).

ilişkin daha önceden mevcut olan tartışmalar alevlenmiş⁸ ve bir devlet olarak tanınıp tanınamayacağı tartışmaları gündeme gelmiştir.⁹ 30 Temmuz 2010 itibariyle Kosova'yı tanıyan devlet sayısı 69'dur.¹⁰ Türkiye de Kosova'yı tanıyan ilk devletlerden biri olmuştur.¹¹

⁸ Bkz. Daniel Fierstein, "Kosovo's Declaration of Independence: An Incident Analysis of Legality, Policy and Future Implications", *B.U. Int'l L.J.*, Vol. 26, 2008, s. 433-438; Sterio, ss. 287-290; K. William Watson: "When in the Course of Human Events: Kosovo's Independence and the Law of Secession", *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, Vol. 17, 2008-2009, s. 281-287; Füsün Arsava, "Self Determinasyon Hakkı ve Kosova", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt: 5, No: 17, 2009, s. 1-21; Vidmar, s. 807-827; Tamara Jaber, "A Case for Kosovo? Self-determination and Secession in the 21 st Century", *The International Journal of Human Rights*, 2010, s. 1-22.

⁹ Bkz. Milos Jovanovic, "Recognition of Kosovo Independence as a Violation of International Law", *Annals Fac. L. Belgrade Int'l Ed.*, Vol. 3, 2008, s. 108-140; Fierstein, s. 438-441; Sterio, s. 290-292; Watson, s. 287-291; Vidmar, s. 827-849.

¹⁰ Bu devletler ve tanıma tarihleri için bkz. Kosova Dışişleri Bakanlığı resmi internet sitesi: <http://www.mfa-ks.net/?page=2,33>, (30.07.2010).

¹¹ Dönemin Dışişleri Bakanı Ali Babacan'ın, Kosova'yı tanıdığına dair 18 Şubat 2008 tarihli açıklaması şu şekildedir:

"Kosova Meclisi, 17 Şubat 2008 tarihinde Kosova'nın bağımsızlığını ilan etmiştir. Bu çerçevede, tüm ülkelere Kosova Cumhuriyeti'nin tanınması için çağrıda bulunulmuştur.

Türkiye Cumhuriyeti, Kosova Meclisi'nin bağımsızlık bildirgesinin muhtevasını ve unsurlarını memnuniyetle karşılamış ve bu anlayıştan hareketle, Kosova Cumhuriyeti'ni tanıma kararı almıştır.

Türkiye, Balkanların huzur ve istikrara kavuşmasını dış politika önceliklerinden biri olarak belirlemiştir. Türkiye, son yıllarda büyük acılar yaşamış Balkanlar'da kalıcı barış anlayışının hakim olmasına önem vermekte, Kosova'nın bağımsızlığının, bölge ülkeleri arasındaki istikrar ve güven ortamının takviye edilmesi için de vesile teşkil etmesini temenni etmektedir.

Sırbistan'ın Balkanların geleceğinde önemli rolü ve sorumluluğu bulunmaktadır. Türkiye, bölgesel ve ikili bağlamda Sırbistan ile ilişkilerinin ve işbirliğinin gelişmesine değer vermektedir.

Türkiye, Kosova'da hukukun üstünlüğü ile evrensel insan hakları, demokrasi ve çoğulcu değerlerin geliştirilmesi gerektiğine inanmaktadır. Türkiye, Kosova ile komşuları arasında karşılıklı güven ve işbirliği ortamının yaratılmasının zaruret teşkil ettiği görüşünü de taşımaktadır.

Türkiye, Kosova ile arasındaki mevcut köklü tarihi, kültürel ve beşeri bağların daha da güçleneceğine inanmakta olup, Kosova'nın kalkınmasını teminen yardım ve katkıların sürdürecektir." Bkz. http://www.mfa.gov.tr/sayin-bakanimizin-turkiye_ninkosova_yi-tanidigina-dair-aciklamasi-18-subat-2008.tr.mfa (30.07.2010). Ardından, Türkiye ile Kosova arasında 13 Ocak 2009 tarihinde de Türkiye Cumhuriyeti ile Kosova Cumhuriyeti arasında Stratejik İşbirliği Belgesi imzalanmıştır. Metni için bkz. <http://www.mfa-ks.net/repository/docs/StrategyDocument-ENG.pdf> (19.09.2010).

Sırbistan ise bildirgeye muhalefet etmiş ve tepki göstermiştir. 18 Şubat 2008 tarihinde BM Güvenlik Konseyi, Sırbistan'ın talebi ile toplanmıştır. Toplantıda, Sırbistan Başkanı söz konusu kararın uluslararası hukuka ve 1244 sayılı karara aykırı olduğunu ve Sırbistan'ın kararı tanımadığını açıklamış, bu görüşler Rusya tarafından da onaylanmış ve fakat ABD, İngiltere, Fransa ve diğer üye devletler, Kosova'nın tanınması lehine görüş bildirmiştir.¹²

Sırbistan, BM Genel Kurulu'nda da girişimlerini sürdürmüş ve Genel Kurul'un Uluslararası Adalet Divanı'ndan, Kosova'nın bağımsızlık bildirgesinin uluslararası hukuka uygun olup olmadığı hakkında danışma görüşü istemesine ilişkin bir tasarı sunmuştur. 8 Ekim 2008 tarihinde Genel Kurul'da yapılan oylamada söz konusu tasarı, 77 leh-te ve aralarında ABD'nin de bulunduğu 6 aleyhte oy alarak kabul edilmiş ve aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 74 devletin temsilcisi oylamaya katılmamıştır.¹³ Oylama sonucu alınan karar¹⁴ ile Divan'dan danışma görüşü alınması kabul edilmiş ve Divan'a şu soru sorulmuştur: *"Kosova Geçici Hükümeti'nin tek taraflı bağımsızlık bildirgesi uluslararası hukuka uygun mudur?"* Divan ise bu konudaki görüşünü 22 Temmuz 2010 tarihli kararı ile açıklamıştır.¹⁵

¹² 18 Şubat 2008 tarihli Güvenlik Konseyi toplantısında tarafların yaptığı açıklamalar için bkz. Meeting Record, S/PV. 5839, Press Release: SC/9252, <http://www.un.org/News/Press/docs/2008/sc9252.doc.htm> (07.09.2010).

¹³ Bkz. Sixty-third General Assembly Plenary, 22 nd Meeting, GA/10764, 8 October 2008. <http://www.un.org/News/Press/docs/2008/ga10764.doc.htm>. (07.09.2010). Türk Temsilci Baki İlkin toplantıda yaptığı açıklamada, ilk önce Türkiye'nin Sırbistan ile iyi ilişkiler kurma amacına vurgu yapmış ve Türkiye'nin Kosova'yı ilk tanıyan devletlerden biri olduğunu ve Kosova'nın tanınmasının uluslararası hukuka uygun olduğunu belirtmiştir. Türk temsilci akabinde, Sırbistan'ın Divandan danışma görüşü alma talebinin, Balkanlardaki barış atmosferi, istikrar ve güvenliğe ulaşma arzusunun yardımcı olmayacağını belirtmiş ve Türkiye'nin Sırbistan'ın Divana başvurma hakkına karşı olmadığını ifade ederek, toplantıya katılmayacağını açıklamıştır. A. g. e.

¹⁴ Karar metni için bkz. A/RES/63/3 <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/470/97/PDF/N0847097.pdf?OpenElement> (07.09.2010)

¹⁵ Karar metni için bkz. International Court of Justice, Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, 22 July 2010, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf?PHPSESSID=7954c0543c22147d45fa752ed59e7194> (26.07.2010)

2. Divan'ın Kosova Bağımsızlık Bildirgesi'nin Uluslararası Hukuka Uygun Olup Olmadığına İlişkin Tespitleri

Divan, Kosova'nın bağımsızlık bildirgesinin uluslararası hukuka uygun olup olmadığını tespit edebilmek için öncelikle genel uluslararası hukuk, ardından da Güvenlik Konseyi'nin 1244 sayılı kararı bağlamında değerlendirmeler yapmıştır.

1. Genel Uluslararası Hukuk Bağlamındaki Tespitler

Divan öncelikle bağımsızlık bildireleri ve kendi kaderini tayin hakkının gelişimlerine değinmiştir.¹⁶ Buna göre, XVII. ve XIX. yüzyıllar ile XX. yüzyılın başlarında, birçok bağımsızlık bildirgesi örneği bulunmaktadır ve bunlar genellikle, kendisinden bağımsızlık ilan edilen devletin kuvvetli muhalefeti ile karşılaşmıştır. Kimi zaman bir bildire yeni bir devletin ortaya çıkmasıyla sonuçlanmış, kimi zaman ise aksi olmuştur. Bununla beraber, devletlerin bir bütün olarak uygulamaları, hiçbir surette, bağımsızlık bildirgesi ilanının uluslararası hukuka aykırı olduğunu ortaya koymamaktadır. Bilakis bu dönemdeki devlet uygulamaları, uluslararası hukukun bağımsızlık bildirelerini yasaklamadığı sonucunu açıkça göstermektedir. 20. yüzyılın ikinci yarısında ise kendi kaderini tayin hakkı, kendi kendini yönetmeyen ülkeler ve yabancı boyunduruk, egemenlik ve sömürsü altında bulunan halkların bağımsızlık hakkı bağlamında gelişmiştir. Birçok yeni devlet, bu hakkın uygulanması sonucu ortaya çıkmıştır. Bununla beraber, bu bağlamın dışında yer alan bağımsızlık bildirgesi örnekleri de bulunmaktadır. Kendi kaderini tayin hakkı bağlamı dışındaki bağımsızlık bildireleri konusundaki devlet uygulamaları, bu bağlamdaki bağımsızlık bildirelerinin uluslararası hukukun ortaya çıkan yeni bir kuralı ile yasaklanmadığına işaret etmektedir.

Divan bu tespitten sonra, katılımcıların¹⁷ bazı iddialarına değinmiştir. Bu bağlamda ilk olarak tek taraflı bağımsızlık bildirgesi yasa-

¹⁶ A. g. e., para, 79

¹⁷ Divan Statüsü'nün 66/1. maddesine göre, Yazı İşleri Müdürü, danışma görüşü isteyen dilekçeyi, Divan'a dava açma yetkisini haiz devletlere tebliğ eder. Nitekim bu, 10 Ekim 2008'de yapılmıştır. (bkz. a. g. e., para, 2). Divan Statüsü'nün

ğının ülke bütünlüğü ilkesi içinde zımnen bulunduğu iddiasına değinmiş ve ülke bütünlüğünün uluslararası hukuk düzeninin önemli bir parçası olduğunu belirtmiş ve ülke bütünlüğü ilkesini konu alan BM Andlaşma'nın 2/4. maddesine, BM Genel Kurulu'nun 2625 sayılı kararına ve Helsinki Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Nihai Senedi'ne atıf yaparak, söz konusu ilkenin kapsamının, devletlerarası ilişkiler alanı ile sınırlı olduğu tespitini yapmıştır.¹⁸

Divan yine bağlamda bazı katılımcıların, Güney Rodezya, Kuzey Kıbrıs ve Republika Sırpıka'nın bağımsızlık bildiremelerini kınayan Güvenlik Konseyi kararlarını emsal gösterdiklerini belirtmiş ve buna iliş-

66/2. maddesine göre Yazı İşleri Müdürü, Divan veya Divan toplantı halinde değilse Başkan tarafından mesele hakkında açıklama yapabileceğine hükmedilen ve Divan'a dava açma yetkisini haiz her devlet ile her uluslararası örgüte, doğrudan doğruya yapacağı özel bir tebliğ ile Divan'ın, Başkan tarafından tespit edilecek bir süre içinde yazılı açıklamaları kabule veya bu husus için toplanacak aleni celsede sözlü açıklamalarını dinlemeye hazır olduğunu bildirir. Divan Statüsü'nün 66/4. maddesine göre yazılı veya sözlü açıklama yapmış devlet veya örgütler, diğer devlet veya örgütler tarafından yapılmış açıklamaların tartışmasına, incelenen her meseleye göre Divan tarafından veya Divan toplantı halinde değilse Başkan tarafından tespit edilecek şekilde kabul olunacaklardır. Bu amaçla Yazı İşleri Müdürü, kendileri tarafından da yazılı açıklama vermiş devlet ve örgütlere, diğerlerinin açıklamalarını tebliğ eder. Nitekim bu düzenlemeler çerçevesinde, 17 Ekim 2008 tarihinde BM ve üyeleri mesele hakkında görüş sunmaya davet edilmiş ve yazılı açıklamalar için 17 Nisan 2009 tarihi son gün olarak belirlenmiştir. 17 Temmuz 2009 tarihi ise, 66/4. maddede belirtilen yazılı açıklamaları sunmanın son günü olarak belirlenmiştir. (Bkz. *a. g. e.*, para, 3). Divan, ayrıca, tek taraflı bağımsızlık bildirgesinin, kendisinden istenen danışma görüşünün kaynağı olması nedeniyle, bildirgeyi hazırlayanların da mesele üzerinde görüş vermesine karar vermiş ve bu kişiler de yukarıda belirtilen süreler çerçevesinde yazılı katılımında bulunmaya davet edilmiştir. (*A. g. e.*, para, 3) Yazı İşleri Müdürü, BM ve üyeleri ile bildirgeyi hazırlayanlara gönderdiği 8 Haziran 2008 tarihli mektuplarla, sözlü aşamanın 1 Aralık 2009'da başlayacağını bildirmiştir. (*A. g. e.*, para, 8) Divana danışma görüşlerinde yazılı ve sözlü olarak açıklamada bulunan devlet ve uluslararası örgütler katılımcı olarak adlandırılır. İnceleme konusu danışma görüşüne yazılı açıklamada bulunan katılımcı devletler için bkz. (*A. g. e.*, para, 6). Sözlü açıklamada bulunan katılımcı devletler için bkz. (*A. g. e.*, para, 14.) Bağımsızlık Bildirgesi'ni hazırlayanlar, tıpkı Sırbistan gibi hem yazılı hem de sözlü açıklama safhalarında yer almıştır.

¹⁸ *A. g. e.*, para, 80. Söz konusu tespitinin Genel Kurul'un 2625 sayılı kararında yer alan muhafaza kaydı bağlamındaki eleştirisi için bkz. Robert Muharremi, "A Note on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo", *German Law Journal*, Vol. 11, No: 08, 2010, s. 878-879. www.germanlawjournal.com (04.10.2010).

kin değerlendirmeler yapmıştır.¹⁹ Divan, tüm bu örneklerde Güvenlik Konseyi'nin, söz konusu bağımsızlık bildirelerinin ilan edildiği zaman mevcut olan somut durumlar hakkında karar verdiğini, söz konusu bağımsızlık bildirelerinin hukuka aykırılığının tek taraflı niteliklerinden değil, haksız kuvvet kullanma veya özellikle *jus cogens* karakterini haiz uluslararası hukuk kurallarının ihlalinin kaynaklandığını belirtmiştir. Kosova konusunda Güvenlik Konseyi bu pozisyonu hiçbir zaman almamıştır. Söz konusu kararların bu istisnai nitelikleri karşısında Divan, tek taraflı bağımsızlık bildireleri konusunda genel bir yasak olmadığını, Güvenlik Konseyi uygulamalarıyla da ortaya konduğu tespitini yapmıştır.

Yine Divan bazı katılımcıların, Kosova halkının kendi kaderini tayin hakkının bir tezahürü olarak veya *remedial secession*²⁰ hakkına dayanarak, bağımsız bir devlet kurma hakkı olduğunu iddia ettiklerini belirtmiş ve buna ilişkin değerlendirmeler yapmıştır.²¹ Divan, daha önce XX. yüzyılın ikinci yarısında uluslararası hukuktaki en önemli gelişimin kendi kaderini tayin hakkının evrimi olduğu yolundaki yukarıda da belirtilen tespitine atıf yapmış ve kendi kendini yönetmeyen ülkeler ve yabancı boyunduruk, egemenlik ve sömürsü altında bulunan halklar bağlamı dışında, kendi kaderini tayin hakkının, mevcut bir devlet halkının bir kısmına, söz konusu devletten ayrılma hakkını bahşedip bahşetmediği konusunda tarafların birbirinden çok farklı görüşleri ortaya koyduklarını belirtmiştir. Aynı şekilde, aynı farklılıkların, uluslararası hukukun *remedial secession* hakkına izin verip verme-

¹⁹ International Court of Justice, Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, para, 81.

²⁰ Uluslararası hukukta kendi kaderini tayin hakkı ile birlikte son zamanlarda tartışılmakta olan ve Divan kararının bu bölümünde yer verilen kavram, Türkçe "zaruretten kaynaklanan ayrılma hakkı" şeklinde kullanılabilir olan *remedial secession* hakkıdır. *Remedial secession* hakkının doktrinde, kendi kaderini tayin hakkının içsel yönüne ilişkin tüm girişimlerin, temsil hakkının noksanlığı ve/veya geniş çaplı insan hakları ihlalleri gibi uygulamalarla ilgili devlet yönetimi tarafından engellenmesi halinde son çare veya istisnai bir tedbir olarak başvurulabilecek bir hak olarak tanımlandığı belirtilmiş ve bu hakka başvurabilmenin şartı olarak, dahili bir çözüme ulaşabilmek için bütün siyasi ve yargısal yolların tükenmiş olması ve bir halk tarafından kendi kaderini tayin hakkının gerçekleştirilmesi için başka hiç bir yolun kalmamış olması gerektiği aktarılmıştır. Bkz. Jaber, s. 10.

²¹ International Court of Justice, Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, para, 82.

diği ve eğer veriyorsa bunun şartlarının ne olduğu konusunda da bulunduğunu belirtmiştir. Aynı şekilde, Divana göre bazı katılımcıların iddia ettiği gibi Kosova'da halihazırda mevcut olan şartların *remedial secession* hakkının kullanılmasına neden olup olmadığı konusunda da keskin bir görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Divan, görülmekte olan davada bu sorunların çözümünün gerekli olmadığı değerlendirilmesini yapmıştır. Zira Genel Kurul, Divan'dan sadece, bağımsızlık bildirgesinin uluslararası hukuka uygun olup olmadığı konusundaki görüşünü talep etmiştir. Kendi kaderini tayin hakkının kapsamı veya *remedial secession* hakkının mevcut olup olmadığına ilişkin tartışmalar, bir devletten ayrılma hakkı ile ilgilidir. Divanın daha önce belirttiği ve neredeyse tüm katılımcıların da mutabık olduğu gibi bu mesele, Genel Kurul sorusunun kapsamının ötesinde kalmaktadır. Bu soruya cevap verebilmek için Divan, bağımsızlık bildirgesinin genel uluslararası hukuku ve Güvenlik Konseyi'nin 1244 sayılı kararı tarafından oluşturulan *lex specialisi* ihlal edip etmediğine karar vermelidir.²²

Görüldüğü gibi Divan, kendi kaderini tayin ve *remedial secession* hakkı ve bunların şartlarının Kosova da bulunup bulunmadığı ile ilgili bir tespit yapmamış ve Genel Kurul'un sadece Kosova bağımsızlık bildirgesinin uluslararası hukuka uygun olup olmadığını sorduğunu ve bu hususa cevap vereceğini belirtmiştir. Bu noktada Divanın daha önce kendisine sorulan sorunun kapsam ve anlamını belirlerken yaptığı tespite bakmak gerekmektedir.

Divan kendisine sorulan sorunun kapsam ve anlamını belirlerken öncelikle Genel Kurul'un sorusunun açıkça formüle edildiğini belirtmiş ve şu tespitte bulunmuştur:²³ Soru dar ve belirlidir; buna göre, Genel Kurul, Divan'ın bağımsızlık bildirgesinin uluslararası hukuka uygun olup olmadığı konusundaki görüşünü sormuştur. Ancak söz konusu bildirgenin hukuki sonuçlarını sormamıştır. Özellikle Kosova'nın devlet olma niteliği kazanıp kazanmadığını sormamıştır. Aynı şekilde devletlerin Kosova'yı bağımsız bir devlet olarak tanımalarının geçerliliği veya hukuki etkisini de sormamıştır.

²² A. g. e., para, 83.

²³ A. g. e., para, 51.

Görüldüğü gibi Divan, Genel Kurul'un danışma görüşünün esası olan soruyu ve görüş vereceği konuyu oldukça dar bir şekilde yorumlamıştır.

Yine Divan Genel Kurul'ca sorulan soruyu saptarken, bazı katılımcıların Kanada Yüksek Mahkemesi'nin Quebec ile ilgili kararına yaptıkları atfı değerlendirmiştir.²⁴ Divan'a göre Kanada Yüksek Mahkemesi Quebec meselesinde, ayrılmayı etkileyen bir hakkın bulunup bulunmadığını ve uluslararası hukukta Quebec ulusal kongresi, yasa organı veya hükümetine bu yetkiyi bahşeden bir kural olup olmadığı incelediğini, buna karşın Genel Kurul'un bağımsızlık bildirgesinin uluslararası hukuka uygun olup olmadığını sorduğunu belirtmiştir. Divana göre, bu soruya cevap vermek, uygulanan uluslararası hukukun bağımsızlık bildirelerini yasaklayıp yasaklamadığına bağlıdır. Eğer Divan, yasakladığına karar verirse, bağımsızlık bildirgesinin uluslararası hukuka uygun olmadığı sonucuna ulaşacaktır. Divana düşen görev, kabul edilen bağımsızlık bildirgesinin uluslararası hukuku ihlal edip etmediğine karar vermektir. Soru ile Divan, uluslararası hukukun Kosova'ya tek taraflı bağımsızlık bildirgesi ilan etmesi konusunda yetki bahşedip bahşetmediği veya uluslararası hukukun genel olarak bir devlet içindeki yapılara, tek taraflı olarak bu devletten ayrılma konusunda genel bir yetki bahşedip bahşetmediği hakkında bir pozisyon almak zorunluluğu altına girmemiştir. Divan, bağımsızlık ilanının, uluslararası hukuku ihlal etmeyen ve zorunlu olarak uluslararası hukukun bahşettiği bir hakkın uygulamasını oluşturmayan bir şekilde, tek taraflı bağımsızlık bildireleri gibi belirli bir fiil ile yapılmasının mümkün olduğu ve kendisine sorulan sorunun da bağımsızlık ilan eden fiil hakkında olduğu tespitini yapmıştır.

Görüldüğü gibi Divan, Genel Kurul tarafından kendisine sorulan soruyu dar bir şekilde yorumladıktan sonra, ilaveten, sadece bağımsızlık ilanı fiilini değerlendireceğini ve fakat bağımsızlık ilanının hukuki sonucu meselesine değinmeyeceğini belirtmiştir. Bu şekilde Divan, yukarıda belirtilen Genel Kurul'un bağımsızlık bildirgesinin uluslararası hukuka uygun olup olmadığı konusundaki görüşünü sorduğu ve fakat söz konusu bildirgenin hukuki sonuçlarını, Kosova'nın devlet olma niteliği kazanıp kazanmadığını veya diğer devletlerin Kosova'yı

²⁴ Bkz. *a. g. e.*, para, 55-56.

bağımsız bir devlet olarak tanımalarının geçerliliği veya hukuki etkisini sormadığı şeklindeki dar yorumu ile paralellik kurmuştur. Bununla beraber, söz konusu dar yorum sadece Divana yöneltilen sorunun kapsam ve anlamının tespitiyle sınırlı olarak değerlendirilmelidir. Zira Divan, bağımsızlık ilanı fiili ile bu fiilin hukuk alanında doğuracağı sonuçların ve etkilerin ayrılabilmesiyle anlayışını genel bir tespit ile ortaya koymuştur. Bununla beraber, Divan'ın söz konusu yorum ve değerlendirmeleri eleştirilmiştir. İlk olarak, uluslararası hukuk bağımsızlık bildirgesini içeren belirli bir fiil hakkında suskun olsa ve bu fiilin icrası bir hakkın varlığını gerektirmese de bunun tüm bağımsızlık bildireleri için zorunlu olarak geçerli olamayacağı, ciddi insan hakları ihlallerine maruz kalan bir toplumun ilan ettiği bağımsızlık bildirgesinin ayrılma veya kendi kaderini tayin hakkı ile ilişkilendirilmesi gerektiği, böyle durumlarda bağımsızlık bildirgesinin ayrılma ile neticelendiği ve ayrılmayı simgelediği belirtilmiş ve Divan'ın görüşünün aksine, ayrılmanın bildirge ile belirginleştiği değerlendirilmiştir.²⁵ Bu bağlamda, inceleme konusu davada, bağımsızlık bildirgesinin hukuka uygunluğunu tayin ederken, ayrılmanın hukuka uygunluğu meselesine değinmekten kaçınmanın mümkün olmadığı, söz konusu dava açısından ayrılma ile bağımsızlık bildirgesi arasında yapılan ayırımın yapay olduğu ve sorunun esasını oluşturan asıl konudan, sorunun lafzına dayanarak kaçınmanın ikna edici olmadığı vurgulanmıştır.²⁶ Yine, Divan'ın yaptığı bu ayırımın yapay ve ikna edici olmadığı belirtilmiş ve Divan'ın yarattığı izlenimin, bir yapının önce bağımsızlık ilan ettiği ardından devlet olma niteliğini kazanmak için girişimlerde bulunmak şeklinde olduğu ve fakat bunun Kosova'nın devlet olma sürecini yansıtmadığı değerlendirilmiştir.²⁷

Divan yukarıda belirtilen nedenlerle, uluslararası hukukun bağımsızlık bildireleri konusunda bir yasak öngörmediğini, dolayısıyla 17 Şubat 2008 tarihli bağımsızlık bildirgesinin uluslararası hukuku ihlal etmediği hükmüne varmış ve bundan sonra, Güvenlik

²⁵ Thomas Burri, *The Kosovo Opinion and Secession: The Sounds of Silence and Missing Links*, *German Law Journal*, Vol. 11, No: 08, 2010, s. 885-886. www.german-lawjournal.com (04.10.2010).

²⁶ *A. g. e.*, s. 886.

²⁷ Muharremi, s. 873-874.

Konseyi'nin 1244 sayılı kararının hukuki durumunu incelemek gerektiğini belirtmiştir.²⁸

2. Kosova Bağımsızlık Bildirgesi'nin 1244 Sayılı Karar ile Oluşturulan Özel Statü'ye Uygun Olup Olmadığı ile İlgili Tespitler

Divan ilk olarak BM Andlaşması'nın bilhassa, 24 ve 25. maddeleri ile VII. Bölümü çerçevesinde, Güvenlik Konseyi'nin yükümlülük ihdas eden kararlar alabileceğini belirtmiş,²⁹ ardından Genel Kurul tarafından talep edilen danışma görüşünde yer alan sorunun cevaplandırılması bağlamında, Güvenlik Konseyi'nin 1244 sayılı kararı ile Geçici Anayasal Rejim Hükümeti'nin uluslararası hukukun bir parçası olduğu tespitini yapmıştır.³⁰ Akabinde, 1244 sayılı kararı incelemeye başlayan Divan, üç belirgin özelliğin, kararın amacını ortaya koyduğunu belirtmiş ve bunları açıklamaya başlamıştır.³¹ Divan'a göre, ilk olarak 1244 sayılı karar ile Kosova'nın yönetimi için yegane sorumluluğa sahip, tam yetkili sivil ve siyasi bir otorite oluşturan uluslararası sivil ve güvenlik varlığı vücuda getirilmiştir. 25 Temmuz 1999'da Genel Sekreter Özel Temsilcisi, 1999/1 sayılı UNMIK düzenlemesini ilan etmiştir. Buna göre, Kosova ile ilgili tüm yasama ve yürütme yetkisi, adli teşkilatın idaresi de dahil olmak üzere Özel Temsilci tarafından yürütülmek üzere UNMIK'in elinde toplanmıştır. Böylece, Güvenlik Konseyi'nin 1244 sayılı kararı ile UNMIK'in 1999/1 sayılı düzenlemesi, o zaman Kosova'da yürürlükte bulunan hukuki düzeni ilga etmiş ve bir uluslararası ülkesel yönetim kurmuştur. Divan bu nedenle, Kosova'da 1244 sayılı karar çerçevesinde kurulan sivil ve güvenlik varlığının, sivil, siyasi ve güvenlik yönleri olan ve ülkede 1999'da mevcut olan krize hitap etmeyi amaçlayan istisnai bir tedbir olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir.

²⁸ International Court of Justice, Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, para, 84.

²⁹ *A. g. e.*, para, 85.

³⁰ *Bkz. a. g. e.*, para, 87-93.

³¹ *Bkz. a. g. e.*, para, 96-100.

Divan ikinci olarak, 1244 sayılı karar ile şekillenen çözümün, yani, geçici uluslararası ülkesel yönetimin, Kosova'nın stabilizasyonu ve kriz ile bozulan kamu düzeninin yeniden tesisi için insancıl amaçlarla tasarlandığını belirtmiştir. Kosova'daki geçici yönetim, Sırbistan otoritesinin geçici olarak uygulanmasını engellemek üzere tasarlanmıştır. 1244 sayılı karar ile kurulan rejimin amacı, söz konusu geçici uluslararası varlığın himayesi altında, Kosova hükümetinin yerel organlarının gelişimini sağlamak, organize ve nezaret etmektir.

Divan üçüncü olarak, 1244 sayılı kararın, açıkça geçici bir rejim kurduğunu, Kosova'da daimi bir yapısal çerçeve oluşturur şekilde anlaşılmayacağını belirtmiş, kararın UNMIK'in yalnızca Kosova'nın nihai statüsü ile müzakerelere yardımcı olma amacına dikkat çekmiştir.

Divan, yukarıda yaptığı değerlendirmeler neticesi, 1244 sayılı kararın geçici ve istisnai bir rejim kurma amacını ortaya koyduğu tespiti yapmıştır. Görüldüğü gibi Divan, 1244 sayılı karar ile oluşturulan rejimin geçiciliğine vurgu yapmıştır. Söz konusu geçicilik, kararın nihai statüyü sağlamadığını ortaya koyar ve Kosova içindeki aktörler tarafından nihai statünün sağlanması yönündeki faaliyetleri mümkün kılar ki bu husus, bağımsızlık bildirgesinin ilanının 1244 sayılı karar ile oluşturulan rejime uygun olup olmadığını tespit etmek için hayati bir noktayı teşkil eder. Nitekim Divan aşağıda aktarılacağı gibi rejimin geçiciliğini, kararın gerekçesi için temel dayanak olarak kullanacaktır.

Gerçekten de kararın bu aşamasında Divan, bağımsızlık bildirgesinin, 1244 sayılı karar ve bu karara dayanarak yapılan düzenlemelere uygunluğunu incelemeye başlamıştır. Bunun için de ilk önce, bağımsızlık bildirgesini hazırlayanların kimliklerini değerlendirmeye tabi tutmuştur. Zaten Divan, kendisine sorulan soruyu tespit ederken de bağımsızlık bildirgesini hazırlayanların kimliklerinin, söz konusu bildirgenin uluslararası hukuka uygun olup olmadığı hakkında yeterli bir cevap verebilmek için gerekli olduğunu ve Genel Kurul'un da Divan'ın bu mesele üzerinde karar vermesini sınırlama gibi bir niyeti olmadığını belirterek,³² bu meseleye verdiği önemi göstermiştir. Bu bağlamda Divan, bağımsızlık bildirgesinin, Geçici Hükümet'in bir organı olan Kosova Meclisi'nin mi yoksa farklı bir sıfatla hareket eden

³² A. g. e., para, 52-53.

kişilerin mi tasarrufu olduğunu tespit etmek gerektiğini belirtmiştir.³³ Bu husus önemlidir, zira eğer bildirge, Geçici Hükümet'in bir organı tarafından hazırlanmışsa, 1244 sayılı karar ve UNMIK düzenlemelerinde, Geçici Hükümet'in bu yönde bir yetkisi bulunmadığı için geçerliliği tartışmalı olacaktır.

Divan öncelikle katılımcıların bu konuda ileri sürdüğü iddiaları belirtmiş³⁴ akabinde bağımsızlık bildirgesinin kabul edildiği 17 Şubat 2008 tarihli oturum açılırken, Meclis Başkanı ve Kosova Başbakanı'nın, Kosova Meclisi ve Geçici Hükümet'e atıf yaptığına dikkat çekmiş, bununla beraber, bağımsızlık bildirgesinin özellikle nihai statü süreci ile ilgili olarak, kabul edilmesine takaddüm eden olayları dikkate alarak daha geniş bir bağlamda değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Yine Divan, 1244 sayılı kararın alındığı zaman Kosova'nın nihai statüsünün, karar ile kurulan çerçeve ve belirli bir sınır dahilinde gelişeceği bekleniyorsa da nihai statü sürecinin Güvenlik Konseyi tarafından açık bırakıldığını belirtmiştir.³⁵

Divan, bağımsızlık bildirgesinin, bildirgeyi hazırlayanların, nihai statü müzakerelerinin başarısız olduğu ve Kosova'nın geleceği ile ilgili kritik noktaya ulaşıldığı konusundaki farkındalıklarını yansıttığı tespitini yapmış ve bildirge metninde yer alan Kosova'nın nihai statüsünü sağlama amacına yönelik ifadelerle atıf yaparak, bu ifadelerin, bildirgeyi hazırlayanların Geçici Hükümet adına hareket etmek çabasında olmadıklarını ve fakat bağımsız ve egemen bir Kosova'yı hedef aldıklarını gösterdiğini belirtmiştir.³⁶ Divan'a göre bu nedenle bildirgenin yazarlarının, bildirge'yi geçici dönem hukuki düzeni içinde değil de bu düzen dışında hüküm ve sonuç doğurmak amacıyla hazır-

³³ A. g. e., para, 102.

³⁴ A. g. e., para, 103.

³⁵ A. g. e., para, 104. Divan'ın bu tespitine paralel olarak kararın açıklanmasından önce yapılan bir değerlendirmede, 1999'da sürekli üyeler arasında bir mutabakat olmadığı için Güvenlik Konseyi'nin siyasi bir süreci harekete geçirdiği ve süreç içinde siyasi bir çözüm bulunmasını öngördüğü, bu bağlamda, 1244 sayılı kararın Kosova'nın nihai statüsü için kesin bir düzenleme beklemekle beraber, bu düzenlemenin içeriği konusunda bir şey söylemediği belirtilmiştir. Arsava, s. 16.

³⁶ International Court of Justice, Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, para, 105.

ladıkları değerlendirmesini yapmıştır.³⁷ Divan buna örnek olarak, bildirgeyi hazırlayanların, Kosova'nın tüm uluslararası yükümlülüklerini üstlenmelerini, buna karşın Geçici Anayasal Rejim Hükümeti ve Kosova'nın dış ilişkilerinin yönetiminde, Genel Sekreter Özel Temsilcisinin münhasır yetkileri bulunmasını göstermiştir.³⁸

Divan, yegane özgün metin olan Arnavutça metinde, bildirgenin Kosova Meclisi'nin bir çalışması olduğu yönünde bir atıf bulunmadığını, Kosova Meclisi ifadesinin, sadece bildirgenin Genel Sekreter adına sunulan dosyanın içinde yer alan İngilizce ve Fransızca çevirilerinin başında yer aldığını belirtmiştir.³⁹ Yine Divan, bildirmede kullanılan dilin, Kosova Meclisi'nin düzenlemelerinde kullanılan dilden farklı olduğu, ilk paragrafın "*Biz, halkımızın demokratik olarak seçilen liderleri*" ifadesi ile başladığı, oysa Kosova Meclisinin düzenlemelerinde üçüncü tekil şahıs zamiri kullanıldığı tespitini yapmıştır.⁴⁰

Divan, bildirme için uygulanan usul ile Kosova Meclisinin yasma faaliyeti sırasında uyguladığı usulün birbirinden farklı olduğunu belirtmiş ve bu bağlamda bildirgenin, Kosova Meclisi üyesi olmayan Kosova Başkanı da dahil olmak üzere, kabul edildiği zaman hazır bulunanlar tarafından imzalandığının ve Genel Sekreter Özel Temsilcisi'ne *Resmi Gazete*'de yayımlanmak üzere gönderilmediğinin altını çizmiştir.⁴¹

Ardından Divan, Genel Sekreter Özel Temsilcisi'nin bağımsızlık bildirgesi karşısındaki tutumuna değinmiştir.⁴² Buna göre, Geçici Anayasal Rejim Hükümeti, Özel Temsilci'ye, Hükümet düzenlemelerini denetlemek ve bazı şartlar altında bozma yetkisi vermiştir. Özellikle Meclisin Kosova'nın bağımsızlığını arttırmak için inisiyatifi aldığı 2002-2005 arasındaki dönemde Özel Temsilci, bazı düzenlemelerin Meclisin yetkisi dışında olduğu değerlendirmesini yapmıştır. Divana göre, Genel Sekreter Özel Temsilcisi'nin bağımsızlık bildirgesi karşısındaki suskunluğu, Özel Temsilci'nin söz konusu bildirgeyi, Geçici

³⁷ A. g. e., para, 105.

³⁸ A. g. e., para, 106.

³⁹ A. g. e., para, 107.

⁴⁰ A. g. e., para, 107.

⁴¹ A. g. e., para, 107.

⁴² Bkz. a. g. e., para, 108.

Anayasal Rejim Hükümeti tasarrufu olarak değerlendirmedini ortaya koymuştur. Yine Divan, Genel Sekreter'in Güvenlik Konseyi'ne sunduğu 28 Mart 2008 tarihli raporda yer alan, bağımsızlık bildirgesinin Kosova Meclisi'nin bir oturumunda kabul edildiği şeklindeki ifadenin, hukuki bir analiz veya bildirgeyi kabul edenlerin sıfat ve yetkisini değerlendirme amacı taşımayan, sadece gelişmeler hakkında Konsey'i bilgilendirme amacına yönelik UNMIK faaliyetleri hakkında dönemselsel bir rapor olduğu tespitini yaparak, göz ardı etmiştir.

Divan tüm bu etkenleri göz önüne alarak, bağımsızlık bildirgesini hazırlayanların, Geçici Anayasal Rejim Hükümeti'nin bir unsuru olarak hareket etmedikleri, geçici yönetim çerçevesi dışında, Kosova halkının temsilcileri sıfatıyla birlikte hareket ettikleri sonucuna ulaşmıştır.⁴³

Bağımsızlık bildirgesini hazırlayanların kimliklerini tespit ettikten sonra Divan, bildirgenin ilanının 1244 sayılı kararda yer alan herhangi bir yasağa aykırı olup olmadığını incelemeye başlamıştır. Bunun için ilk başta katılımcıların lehte ve aleyhte görüş ve iddialarına yer vermiş⁴⁴ ve ardından bu soruya cevap verebilmek için 1244 sayılı kararın dikkatli bir şekilde okunması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁵

Bu bağlamda ilk olarak Divan, 1244 sayılı kararın Kosova için geçici bir rejim oluşturduğunu tekrarlamış, Kosova'nın nihai statüsü veya bunun şartları ile ilgili herhangi bir düzenleme getirmediği tespitini yapmış ve Güvenlik Konseyi'nin bir ülkenin daimi statüsü hakkında sınırlandırıcı şartlar kabul etseydi, bu şartların ilgili kararda tayin edilmiş olacağını belirterek Kıbrıs ile ilgili Güvenlik Konseyi'nin 29 Haziran 1999 tarih ve 1251 sayılı kararını örnek olarak vermiştir.⁴⁶ Divan, 1251 sayılı kararda geçen Kıbrıs çözümünün bağımsızlığı ve ülke bütünlüğü temin edilmiş, tek egemenlik, uluslararası kişilik ve vatandaşlık sahibi, bir Kıbrıs Devleti temelli olması gerektiği ifadesine atıf yapmış ve bu şekilde Güvenlik Konseyinin Kıbrıs'ın daimi statüsü ile ilgili spesifik şartları ortaya koyduğunu belirtmiştir. Divan,

⁴³ A. g. e., para, 109.

⁴⁴ Bkz. a. g. e., para, 111-122.

⁴⁵ A. g. e., para, 113.

⁴⁶ Bkz. a. g. e., para, 114.

buna karşın 1244 sayılı kararın şartları altında, Güvenlik Konseyinin Kosova'daki durum hakkındaki nihai karar için kendisini sınırlamadığı ve Kosova'nın nihai statüsünün şartları hakkında sessiz kaldığı değerlendirilmesini yapmıştır. Divan yukarıda yaptığı değerlendirmelerden sonra, 1244 sayılı kararın, 17 Şubat 2008 tarihli bağımsızlık bildirgesinin ilanına engel olmadığını, zira, her iki belgenin farklı düzlemlerde işlevleri olduğunu, 1244 sayılı kararın aksine, bağımsızlık bildirgesinin Kosova'nın nihai statüsünü tespit etmeye yönelik bir teşebbüs olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Görüldüğü gibi bu noktada da Divan, yine 1244 sayılı karar ile oluşturulan rejimin geçiciliğini ve nihai statüyü tesis etmek yönünde bir amacı bulunmadığı anlayışını dayanak olarak almıştır.

Divan ikinci olarak 1244 sayılı kararın kimlere hitap ettiği meselesine dönmüş ve BM organları dışında, kararın muhataplarının Kosova Kurtuluş Ordusu ve diğer Arnavut silahlı gruplar olduğunu, karar metninde Güvenlik Konseyi'nin diğer başka aktörler için belirli bir yükümlülük ya da yasak getirme amacı bulunmadığını belirtmiştir.⁴⁷ Bu husus önemlidir zira bu tespit ile Divan'ın bildirgeyi hazırlayanların 1244 sayılı kararın muhatabı olmadığı sonucuna ulaştığı görülmektedir. Nitekim Divan, bu tespiti kuvvetlendirmek için Güvenlik Konseyinin üye devletler ve hükümetler arası kuruluşlar dışındaki aktörlerden çeşitli taleplerde bulunmasının nadir olmadığını belirtmiş ve buna ilişkin çeşitli örnekler vermiştir.⁴⁸ Ardından Güvenlik Konseyi kararlarının ne şekilde yorumlanacağına ilişkin tespitler yapmış⁴⁹ ve bu çerçevede 1244 sayılı kararın bildirgeyi hazırlayanları bağımsızlık ilanı konusunda bağlayan bir yasak getirmediğini ve karar metninde kullanılan dilden ve kararın amaçlarından böyle bir yasak çıkarılamayacağını belirtmiştir.⁵⁰ Divan bu bağlamda, 1244 sayılı kararın dilinin en iyi tabirle muğlak olduğunu belirtmiş ve daha önce birçok defa çeşitli vesilelerle yaptığı gibi kararın, Kosova'nın nihai statüsünü kesin olarak belirlemeyen ve fakat geçici bir rejim kuran amacını vurgulamıştır.⁵¹

⁴⁷ A. g. e., para, 115.

⁴⁸ Bkz. a. g. e., para, 116.

⁴⁹ A. g. e., para, 117.

⁵⁰ A. g. e., para, 118.

⁵¹ A. g. e., para, 118.

Divan tüm bu değerlendirmelerin ardından, 1244 sayılı kararın, 17 Şubat 2008 tarihli bildirgeyi hazırlayanları, bir bağımsızlık bildirgesi hazırlamaktan men etmediğini, bu nedenle bağımsızlık bildirgesinin 1244 sayılı kararı ihlal etmediği sonucuna varmıştır.⁵²

Divan yine bağımsızlık bildirgesinin Geçici Anayasal Rejim Hükümeti tasarrufu olmadığını tekrarlayarak, bildirgenin Geçici Hükümet rejimini ihlal etmediğini belirtmiştir.⁵³

Sonuç olarak Divan, yaptığı değerlendirmeler sonucu, 17 Şubat 2008 tarihli bağımsızlık bildirgesinin, genel uluslararası hukuku, Güvenlik Konseyi'nin 1244 sayılı kararını ve Geçici Hükümet rejimini ihlal etmediğini belirtmiş ve bildirgenin kabulünün uluslararası hukukun uygulanabilir herhangi bir kuralını ihlal etmediğine hükmetmiştir.⁵⁴

Görüldüğü gibi Divan bağımsızlık bildirgesinin 1244 sayılı karar ile oluşturulan rejime uygun olup olmadığını incelerken önce bildirgeyi hazırlayanların kimliklerine bakmış ve bunların 1244 sayılı kararın kapsamı dışında, Geçici Anayasal Rejim Hükümeti'nin bir unsuru olarak hareket etmediklerini, Kosova halkının temsilcileri sıfatıyla birlikte hareket ettiklerini kabul etmiştir. Bağımsızlık bildirgesi ilanının, 1244 sayılı kararı ve bu karar bağlamında yapılan düzenlemeleri ihlal etmediği sonucuna ise 1244 sayılı karar ile oluşturulan rejimin geçici oluşu ve nihai statüyü tayin etmemesi genel gerekçesiyle ulaşmıştır.

Sonuç ve Değerlendirme

Öncelikle tıpkı diğer danışma görüşleri gibi Divan'ın söz konusu kararının da bağlayıcı bir niteliğe sahip olmadığı vurgulanmalıdır. Bununla beraber tıpkı diğer danışma görüşleri gibi söz konusu danışma görüşünün de hukuken bağlayıcı olmamasının, bunun hiçbir değer taşımadığı anlamına gelmeyeceğinin ve BM Organları ve devletlerin hareket ve tutumlarını etkileyeceğinin altı çizilmelidir.⁵⁵

⁵² A. g. e., para, 119.

⁵³ Bkz. a. g. e., para, 120-121.

⁵⁴ A. g. e., para, 122.

⁵⁵ Doktrinde, Divan'ın verdiği danışma görüşlerinin bağlayıcı olmamasının, bunların hiçbir değer taşımadığı anlamına gelmeyeceği, danışma görüşlerinin, görüş istenen konu hakkında hukuki durumu belirtmeleri bakımından özel bir önem taşı-

Divan kararda, bağımsızlık ilanı fiili ile bunun hukuki sonuçlarının birbirinden ayrılabilceğini kabul etmiştir. Aynı şekilde, bağımsızlık bildirgesinin kendi kaderini tayin hakkını bağlamı dışında olsa dahi, uluslararası hukuku ihlal etmediğini yine genel bir tespitle ortaya koymuştur. Demek ki Divan'a göre, bağımsızlık bildirgesi ilanı, bunun hukuki kaynak ve dayanağından bağımsız olarak tek başına uluslararası hukuku ihlal etmemektedir. Ancak bu, kendi kaderini tayin hakkı veya kendi kaderini tayin hakkı bağlamı dışındaki bağımsızlık bildirgelerinin hukuki dayanağının geçerliliğini onaylamak anlamına gelmemektedir. Zira Divan, sadece fiil olarak bağımsızlık bildirgesini değerlendirmektedir. Fiilin hukuk aleminde doğurduğu sonuç ve fiile kaynaklık eden hakka ilişkin bir tespit yapmamıştır.

Divan kararda, Kosova bağlamında kendi kaderini tayin hakkının ve *remedial secession* hakkının durum ve kapsamına ilişkin bir tespit yapmamış, bundan özenle kaçınmıştır. Yaptığı tespitler ise kendi kaderini tayin hakkının nitelik ve kapsamına ilişkin malum olan hususların tekrarından ibarettir. Dolayısıyla karar ile Divan'ın Kosova'nın kendi kaderini tayin hakkını onayladığı kabul edilemez. Divan sadece bağımsızlık bildirgesi ilanı fiilini değerlendirilmiş ve fakat bağımsızlık bildirgesinin kendi kaderini tayin hakkı bağlamında hukuki kaynak ve hukuki sonuçları itibariyle bir değerlendirmesini yapmamıştır. Zira yukarıda belirtildiği gibi Divan, sorulan sorunun kapsam ve amacını belirlerken açıkça, Genel Kurul'un bağımsızlık ilanının hukuki sonuçlarını sormadığını ve kendi kaderini tayin hakkının kapsamı veya *remedial secession* hakkının mevcut olup olmadığına ilişkin meselelerin Genel Kurulun sorusunun kapsamının ötesinde kaldığı değeren-

dıkları ve hukuki bakımdan bağlayıcı olmamakla beraber küçümsenmeyecek bir ağırlığa sahip oldukları, Divan'ın bir davranışın ya da tutumun devletler hukukuna, BM Andlaşması'na veya başka bir milletlerarası belgeye aykırı olduğunu bildirmesinin, bu görüşe aykırı hareket etmeyi zorlaştıracağı ve Divan'ın çeşitli hareket tarzlarından sadece bir tanesinin hukuki bakımdan doğru olduğunu bildirmesi durumunda, diğer yolların benimsenmesi ihtimalinin zayıflayacağı belirtilmiştir. Mehmet Gönülöbol, *Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma, Milletlerarası Siyasi Teşekküllerin Tarihi Gelişimi ve Birleşmiş Milletler Teşkilatı*, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1964, s. 304. Aynı yere Akipek'de atıf yapmıştır. Bkz. Ömer İlhan Akipek, *Milletlerarası Adalet Divanı*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 73-74. Ayrıca bir başka belge ile danışma görüşlerine bağlayıcı etki tanınması mümkün olduğu hakkındaki örnek için bkz. Hüseyin Pazarıcı: *Uluslararası Hukuk Dersleri, IV. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara 2000, s. 62.

dirmesini yapmıştır. Dolayısıyla karar da bu değerlendirmeye sınırlı olarak şekillenmiştir. Böylece Genel Kurul'un, Kosova bağımsızlık bildirgesinin hukuka uygunluğu konusundaki danışma görüşü talebinin, Divana, *remedial secession* ve kendi kaderini tayin hakkını açıklığa kavuşturma konusunda eşsiz bir fırsat verdiği ve fakat Divan'ın bunu yapmayarak tarihle olan randevusunu kaçırdığı belirtilmiştir.⁵⁶ Şu halde karar, hukuken Kosova'nın nihai statüsüne ilişkin tartışmaları sona erdiren bir nitelik arz etmemektedir.⁵⁷ Bu özellikle Sırbistan ve Rusya için geçerlidir. Ancak zaten Kosova sorununda tarafların tutumu hep siyasi olmuştur. Nitekim 1244 sayılı karar da esas itibariyle siyasi bir çözümü öngörmektedir. Sırbistan ve Rusya daha çok hukuki argüman kullansa da Kosova'nın bağımsızlığının ortaya çıkardığı siyasi sonuçları göz önüne aldıkları ve siyasi saiklerle hareket ettikleri bir gerçektir. Kosova'nın bağımsızlığını onaylayan ve Kosova'yı tanıyan ABD ve Avrupa devletleri gibi etkin aktörlerin tutumunun ise daha çok siyasi olduğu görülmektedir. Kosova'nın bir devlet olarak geleceğini özellikle ABD etkisindeki uluslararası toplumun daha çok siyasi saiklere dayanan tutumu karar verecektir. Bu siyasi tutumun kendi kaderini tayin hakkı bağlamında özellikle *remedial secession* hakkının yorumu ve mahiyeti üzerinde gelecek açısından hukuki sonuç doğurması beklenebilir. Siyasi gerçeklikte ise Kosova'nın, ABD ve AB'nin desteği sürdükçe artık bağımsızlıktan geri adım atmayacağı açıktır.

Divanın Kosova'nın bağımsızlık bildirgesini değerlendiren kararıyla ilgili değinilmesi gereken son husus Kıbrıs'la ilgili tespitleridir. Gerçekten Divan Kıbrıs'la ilgili olarak ilk önce Güvenlik Konseyi'nin 541 sayılı kararını gündeme getirmiştir.

Güvenlik Konseyi, Kuzey Kıbrıs Türk yetkililerinin 15 Kasım 1983 tarihinde ilan ettikleri bağımsızlık bildirgesine karşı 18 Kasım 1983 tarihinde 541 sayılı kararı⁵⁸ almıştır. Kararın giriş bölümünde, bildirgenin, Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran 1960 Andlaşması ile Garanti

⁵⁶ Burri, s. 888-889.

⁵⁷ Bu bağlamda Divan tarafından açık bırakılan hususlar için bkz. Michael Bothe, "Kosovo - So What? The Holding of the International Court of Justice is not the Last Word on Kosovo's Independence", *German Law Journal*, Vol. 11, No: 08, 2010, s. 838-839. www.germanlawjournal.com (04.10.2010).

⁵⁸ Karar metni için bkz. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/453/99/IMG/NR045399.pdf?OpenElement> (15.09.2010)

Andlaşması'na aykırı ve bu nedenle bir KKTC yaratma teşebbüsünün geçersiz olduğu belirtilmiştir. Güvenlik Konseyi kararın 2. paragrafında, bildirgenin hukuken geçersiz olduğunu belirtmiş ve geri çekilmesi için çağrıda bulunmuş, kararın 7. paragrafında ise devletlere, Kıbrıs Cumhuriyeti'nden başka bir Kıbrıs devleti tanımama çağrısı yapmıştır. Söz konusu kararın giriş bölümünde, Güvenlik Konseyi'nin 365 ve 367 sayılı kararlarına da atıf vardır. Güvenlik Konseyi 13 Aralık 1974 tarih ve 365 sayılı karar⁵⁹ ile, Genel Kurul'un, 1 Kasım 1974 tarih ve 3212 (XXIX) sayılı kararını⁶⁰ onaylamıştır. Böylece Genel Kurul'un 3212 (XXIX) sayılı kararı, Güvenlik Konseyi kararı haline gelmiştir. 3212 sayılı kararın 1. paragrafında, devletlere, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin egemenlik, bağımsızlık, ülke bütünlüğü ve tarafsızlığına saygı duyma ve buna yönelik tüm fiil ve müdahalelerden kaçınma çağrısı yapılmış, kararın 2. paragrafında ise bütün yabancı silahlı güçlerin ve yabancı askeri varlığı ve personelinin süratle çekilmesi istenmiştir. Güvenlik Konseyi, 13 Şubat 1975 tarihli Kıbrıs Türk Federe Devleti ilanında sonra aldığı 12 Mart 1975 tarih ve 367 sayılı karar⁶¹ ile de Kıbrıs Cumhuriyeti'nin egemenlik, bağımsızlık, ülke bütünlüğü ve tarafsızlığına saygı duyma ve buna yönelik tüm fiil ve müdahalelerden kaçınma çağrısını tekrarladıktan sonra taraflara, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin egemenlik, bağımsızlık, ülke bütünlüğü ve tarafsızlığına halel getirecek fiillerden kaçınmaları gibi "Ada"nın taksimi veya başka bir devletle birleşmesi teşebbüslerinden de kaçınmaları çağrısı yapmıştır. (para, 1).

Yukarıda değinildiği gibi Divan, Kıbrıs'la ilgili 541 sayılı karara atıf yaparak, Güvenlik Konseyi'nin KKTC'nin bağımsızlık bildirgesini tanımama nedenin, tek taraflı niteliğinden değil, haksız kuvvet kullanma veya özellikle *jus cogens* karakterini haiz uluslararası hukuk kurallarının ihlalinin kaynaklandığını belirtmiştir. Divanın yorumu çerçevesinde, Güvenlik Konseyi'nin KKTC'nin bağımsızlık bildirgesini hukuken aykırı bulmasının nedeni, o dönemdeki şartlar gereği kuvvet kullanma yasağının ihlali ve 541 sayılı karara yapılan atıf çerçevesinde

⁵⁹ Karar metni için bkz. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/289/84/IMG/NR028984.pdf?OpenElement> (15.09.2010)

⁶⁰ Karar metni için bkz. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/738/14/IMG/NR073814.pdf?OpenElement> (15.09.2010)

⁶¹ Karar metni için bkz. <http://www.on.org/documents/sc/res/1975/res367e.pdf> (15.09.2010)

1960 Andlaşması'nın ihlalidir. Zaten Güvenlik Konseyi'nin Kıbrıs Barış Harekatı (özellikle ikinci hareket) ile ilgili olumsuz tutumu ve Kıbrıs Türk Federe Devleti ile sonradan KKTC'ne yönelik olumsuz yaklaşımı bilinmektedir ve esasen yukarıda değindiğimiz kararlar da bunu göstermektedir. Dolayısıyla Divanın 541 sayılı karara ve dolayısıyla 365 ve 367 sayılı kararlara yaptığı atıflar, bünyesinde, Kıbrıs'taki hukuki durumu etkileyen ve yeni ve farklı bir hukuki yorum getiren sonuçları barındırmamaktadır. Zira malumu tekrardan başka bir şey değildir. Sadece Divan, Kuzey Kıbrıs'ın bağımsızlık bildirgesinin neden Güvenlik Konseyi tarafından tanınmadığını ve bunun inceleme konusu olan Kosova'daki şartlardan neden farklı olduğunu açıklamaya çalışmıştır.

Divan kararında, Kıbrıs'la ilgili olarak değinilen bir diğer Güvenlik Konseyi kararı, 1251 sayılı karardır.⁶² Söz konusu kararın 11. paragrafına göre Güvenlik Konseyi, Kıbrıs çözümünün tamamen veya kısmen bir başka devletle birleşmeyi, taksimi veya ayrılmayı hariç tutarak, bağımsızlığı ve ülke bütünlüğü temin edilmiş, tek egemenlik, uluslararası kişilik ve vatandaşlık sahibi, ilgili Güvenlik Konseyi kararlarında tanımlanan siyasi olarak eşit iki toplumu kapsayan, iki toplumlu ve iki kesimli bir federal yapıda bir Kıbrıs Devleti temelli olması gerektiğini tekrar teyit ettiğini belirtmiştir. Söz konusu kararın giriş bölümünde atıf yapılan 22 Aralık 1998 tarih ve 1217 sayılı Güvenlik Konseyi kararının⁶³ 7. paragrafı da aynı düzenlemeyi getirmektedir. Divan da 1251 sayılı kararın 11. paragrafında yer alan Kıbrıs çözümünün bağımsızlığı ve ülke bütünlüğü temin edilmiş, tek egemenlik, uluslararası kişilik ve vatandaşlık sahibi bir Kıbrıs Devleti temelli olması gerektiği ifadesine atıf yapmış ve Güvenlik Konseyi'nin Kıbrıs'ın daimi statüsü ile ilgili spesifik şartları tespit ettiğini ve fakat Kosova'daki durum hakkındaki nihai karar için kendisini sınırlamadığını ve Kosova'nın nihai statüsünün şartları hakkında sessiz kaldığı değerlendirmesini yapmıştır. Divan 1251 sayılı kararı örnek olarak vererek, kararın, Kıbrıs'ın daimi statüsünün ne şekilde, hangi çerçevede oluşturulacağını tespit ettiğini, buna karşın, 1244 sayılı kararda Kosova'nın nihai statüsüne ilişkin

⁶² Karar metni için bkz. <http://daccess-dds-ny.un.org/UNDOC/GEN/N99/191/62/PDF/N9919162.pdf?OpenElement> (15.09.2010)

⁶³ Karar metni için bkz. <http://daccess-dds-ny.un.org/UNDOC/GEN/N98/402/41/PDF/N9840241.pdf?OpenElement> (20.09.2010)

bu neviden bir çerçeve ve sınır tespit edilmediğini ortaya koymak istemiştir. Böylece Divanın yorumu çerçevesinde, Kıbrıs sorununun çözümünde tarafların hareket alanı sınırlanmışken, Kosova'nın nihai statüsünün tespiti açısından bu yönde bir sınırlama getirilmemiştir. Böylece Divan, kararının temel dayanağını oluşturan 1244 sayılı karar ile tesis edilen rejimin nihai statü oluşturulana kadar geçiciliği argümanını sağlamlaştırmaya çalışmıştır.

Divanın 1251 sayılı karara yaptığı atıf ve bu husustaki değerlendirmesi de Kıbrıs bağlamında hukuki durumu etkileyen ve yeni ve farklı bir hukuki yorum getiren bir niteliğe sahip değildir. Divan sadece, zaten herkesçe malum olan 1251 ve ona takaddüm eden kararların Kıbrıs'ta çözümün ne şekilde olacağına ilişkin düzenlemesini bir kez daha ifade etmiştir. Zaten halihazırda devam eden toplumlararası görüşmeler de 1251 ve ona takaddüm eden kararlar çerçevesinde yürütülmektedir.

KAYNAKLAR

Kitap ve Makaleler

- Akipek, Ömer İlhan, *Milletlerarası Adalet Divanı*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.
- Arsava, Fusun, "Self Determinasyon Hakkı ve Kosova", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt: 5, No: 17, ss. 1-21.
- Bothe, Michael, "Kosovo - So What? The Holding of the International Court of Justice is not the Last Word on Kosovo's Independence", *German Law Journal*, Vol: 11, No: 08, 2010, ss. 837-839. www.germanlawjournal.com
- Burri, Thomas, "The Kosovo Opinion and Secession: The Sounds of Silence and Missing Links", *German Law Journal*, Vol: 11, No: 08, 2010, ss. 881-889. www.germanlawjournal.com
- Fierstein, Daniel, "Kosovo's Declaration of Independence: An Incident Analysis of Legality, Policy and Future Implications", *B.U. Int'l L.J.*, Vol: 26, 2008, s. 417-442.
- Gönlübol, Mehmet: *Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma, Milletlerarası Siyasi Teşekküllerin Tarihi Gelişimi ve Birleşmiş Milletler Teşkilatı*, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1964.

- Jaber, Tamara, "A Case for Kosovo? Self-determination and Secession in the 21 st Century", *The International Journal of Human Rights*, 2010, s. 1-22.
- Jovanovic, Milos, "Recognition of Kosovo Independence as a Violation of International Law", *Annals Fac. L. Belgrade Int'l Ed.*, Vol: 3, 2008, s. 108-140.
- Kritsiotis, Dino, "The Kosovo Crisis and NATO's Application of Armed Force Against the Federal Republic of Yugoslavia", *Int'l & Comp. L. Q.*, Vol: 49, 2000, ss. 330-359.
- Manavoğlu, Zeynep, "NATO'nun Kosova'ya Müdahalesinin Uluslararası Hukuk Açısından Geçerliliği", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt: 4, No: 14, ss. 27-51.
- Muharremi, Robert, "A Note on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo", *German Law Journal*, Vol: 11, No: 08, 2010, ss. 867-880. www.germanlawjournal.com
- Nanda, Ved P., "NATO's Armed Intervention in Kosovo and International Law", *U.S.A.F. Acad. J. Legal Stud.* Vol: 10, 1999-2000, ss. 1-25.
- Pazarıcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri, IV. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000.
- Sterio, Milena, "The Kosovar Declaration of Independence: "Botching the Balkans" or Respecting International Law", *Ga .J. Int'l & Comp.L.*, Vol: 37, 2008-2009, ss. 269-304.
- Vidmar, Jure: "International Legal Responses to Kosovo's Declaration of Independence", *Vand .J. Transnat'l L.* Vol: 42, 2009, ss. 779-851.
- Watson, K. William: "When in the Course of Human Events: Kosovo's Independence and the Law of Secession", *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, Vol: 17, 2008-2009, ss. 267-293.
- Yannis, Alexandros: "The UN as Government in Kosovo", *Global Governance*, Vol: 10, 2004, ss. 67-81.

UAD Kararı

International Court of Justice, Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, 22 July 2010, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf?PHPSESSID=7954c0543c22147d45fa752ed59e7194> (26.07.2010)

Diğer İnternet Kaynakları

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/6EN/N99/172/89/PDF/N9917289.pdf?OpenElement> (26.07.2010).

<http://www.mfa-ks.net/?page=2,33>, (30.07.2010).

http://www.mfa-ks.net/repository/docs/DEK_PAV_e.pdf (30.07.2010).

http://www.mfa.gov.tr/sayin-bakanimizin-turkiye_ninkosova_yitanudigina-dair-aciklamasi-18-subat-2008.tr.mfa (30.07.2010).

<http://www.mfa-ks.net/repository/docs/StrategyDocument-ENG.pdf> (19.09.2010).

<http://www.un.org/News/Press/docs/2008/sc9252.doc.htm> (07.09.2010).

<http://www.un.org/News/Press/docs/2008/ga10764.doc.htm>. (07.09.2010).

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/470/97/PDF/N0847097.pdf?OpenElement> (07.09.2010)

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/453/99/IMG/NR045399.pdf?OpenElement> (15.09.2010)

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/289/84/IMG/NR028984.pdf?OpenElement> (15.09.2010)

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/738/14/IMG/NR073814.pdf?OpenElement> (15.09.2010)

<http://www.on.org/documents/sc/res/1975/res367e.pdf> (15.09.2010)

<http://daccess-dds-ny.un.org/UNDOC/GEN/N99/191/62/PDF/N9919162.pdf?OpenElement> (15.09.2010)

<http://daccess-dds-ny.un.org/UNDOC/GEN/N98/402/41/PDF/N9840241.pdf?OpenElement> (20.09.2010)

MÜLKİYET HAKKININ KAPSAMI, SINIRLANDIRMA NEDENLERİ VE ŞARTLARI AÇISINDAN 1982 ANAYASASI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ: KARŞILAŞTIRMALI BİR ANALİZ -II*

**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 -II**

Suat ŞİMŞEK**

2. Mülkiyet Hakkına Yapılan Müdahaleler ve Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması

Daha öncede ifade edildiği üzere Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi mülkiyet hakkının çeşitli sebeplerle sınırlandırılmasını öngörmektedir.

2.1. Sınırlandırma Sebepleri

Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi, üç temel sınırlama sebebi düzenlemiştir: Kamu yararı, vergi ve benzeri katkılar ile para cezalarının ödenmesi ve mülkiyet hakkının toplum yararına kullanılmasının sağlanması.

2.1.1. Kamu Yararı

2.1.1.1. Genel Olarak

Mülkiyet hakkına devlet tarafından yapılacak herhangi bir müdahalenin kamu yararına olması gereklidir. Çünkü Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin birinci fıkrası herhangi bir kimsenin *ancak*

* Makalenin ilk bölümü *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*'nin Kasım- Aralık 2010 sayısında yayımlanmıştır.

** Maliye Bakanlığı, Milli Emlak Kontrolörü.

kamu yararı sebebiyle mal ve mülkünden yoksun bırakılabileceğini; ikinci fıkrası ise devletlerin, mülkiyetin *genel çıkarlara uygun* olarak kullanılmasını düzenlemek için gerekli gördükleri kanunları çıkarabileceklerini öngörmektedir.

Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinde yer alan hangi kural uygulanırsa uygulansın mülkiyet hakkına yapılacak müdahalenin kamu yararına olması gerekir. Maddenin birinci ve ikinci fıkralarında bunun farklı kavramlarla ifade edilmiş olması neticeyi değiştirir bir durum değildir. Strazburg organları kamu yararı kavramı ile genel çıkar (yarar) kavramını aynı anlamda yorumlamaktadırlar.¹¹⁹

Mahkeme; dar gelirli ailelerin barınma problemlerinin çözülmesi, ormanların korunması, tarımda verimliliğin artırılması, çevrenin korunması, ülkenin ekonomik çıkarları ile bağdaşmayan sözleşmelerin ortadan kaldırılması, ülkenin ekonomik çıkarlarının korunması, ana yolların geliştirilmesi, ülkenin sanatsal ve kültürel mirasının korunması gibi amaçları kamu yararına uygun olarak görmektedir.

2.1.1.2. Kamu Yararı Konusunda Devletlerin Takdir Hakkı

Asında Sözleşme'nin hiçbir yerinde takdir yetkisi kavramı yer almamakla birlikte Mahkemeye göre ulusal makamlar, kendi toplumları ve onun ihtiyaçları hakkında doğrudan bilgiye sahip oldukları için, neyin "*kamu yararına*" olduğuna hükmederken, kural olarak bir uluslararası yargıca göre daha iyi konumdadırlar.¹²⁰ Bu nedenle, Sözleşme tarafından kurulan koruma sistemine göre, mülkiyet hakkına müdahaleyi gerektirecek kamuyu ilgilendiren bir sorunun varlığını ve çözüm yollarını takdir etmek, öncelikle ulusal makamların işidir.¹²¹

¹¹⁹ 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>.

¹²⁰ AİHM'nin Lightow ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, Karar Tarihi: 08.07.1986, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=113>.

¹²¹ AİHM'nin James ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, Karar Tarihi: 21.02.1986, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hu-

Üstelik bu takdir hakkı, sadece Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin 1. paragrafı kapsamında mülkiyet hakkından yoksun bırakma sonucunu doğuran tedbirler açısından değil, aynı zamanda maddenin 2. paragrafı kapsamında mülkiyetin kullanımının kontrol edilmesi amacını taşıyan tedbirler açısından da geçerlidir. Hatta 2. paragraf, neyin kamu yararına olduğu konusunda devleti tek yetkili makam haline getirmektedir.

Mahkemenin takdir hakkını bu kadar geniş yorumlamasının çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Öncelikle, Mahkemeye göre kamu yararı kavramı doğası gereği geniş bir anlama sahiptir.¹²² Bu nedenle sosyal ve ekonomik politikaların uygulanmasında yasama organının takdir alanının geniş olmasını doğal bulan Mahkeme, makul bir temelden açıkça yoksun olmadıkça yasama organının neyin "kamu yararına" olduğuna dair vereceği hükme ve bu hükümlerin uygulanması için seçilecek detaylı kurallara saygı göstereceğini vurgulamıştır.

Ayrıca mülkiyet hakkına müdahale eden kanunların çıkartılması kararı genellikle siyasi, ekonomik ve sosyal konuların dikkate alınmasını gerektirir.¹²³ Bu konulardaki fikirler de demokratik bir toplum içinde epeyce farklılık gösterir. AİHM sosyal ve ekonomik politikaları uygulayan yasama meclisine sunulan takdir hakkının geniş olmasının, bu farklılığın doğal bir sonucu olduğunu vurgulamıştır.

İkinci olarak takdir yetkisi, Mahkemenin Sözleşme'de güvence altına alınan hakların korunmasındaki ikincil rolünden de kaynaklanmaktadır.¹²⁴ Gerçekten de Sözleşme, ulusal mekanizmaların önünde bir koruma mekanizması değildir. Sözleşme ve bu Sözleşme ile ku-

kuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=107>.

¹²² 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/aihmgooster.asp?id=107>.

¹²³ Dağlı, H., (2007) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Hakkı", Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, s. 86.

¹²⁴ 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. 15.

ruhan sistem, ulusal koruma mekanizmalarına göre ikincil bir nitelik taşır. Bundan dolayı Sözleşme ile güvence altına alınan hakların korunmasında asıl fonksiyon üye devletlere aittir. O halde bu hakların nasıl korunacağı konusunda da üye devletlere geniş bir takdir yetkisi tanınmalıdır.

Her ne kadar bazı yazarlar,¹²⁵ Sözleşme ile güvence altına alınan haklara ilişkin ihlal iddialarının incelenmesinde ulusal makamların sahip olduğu “*kronolojik önceliğin*” takdir hakkına meşruiyet kazandırmayacağını ileri sürseler de AİHM, takdir hakkını daha geniş yorumlamakta ve ulusal makamların sadece haklara ilişkin ihlal iddialarının incelenmesi ve karara bağlanmasında değil, aynı zamanda bu haklara yapılacak müdahaleler hakkında karar verme konusunda da uluslararası yargıca göre daha iyi konumda olduklarını vurgulamaktadır.

Mahkeme’nin Sözleşme’nin yorumlanmasında kendi otoritesini kabul ettirme ve Sözleşme’ye taraf devletleri Sözleşme sistemi içinde tutma kaygısı da devletlere geniş bir takdir hakkı tanınmasının önemli bir nedenini teşkil etmektedir.¹²⁶ Eğer takdir hakkı dar olarak yorumlanırsa, bu devletin yaptığı her müdahalenin Sözleşme’ye aykırılığı sonucunu doğuracak, bunun kaçınılmaz sonucu da devletlerin Sözleşme ile kurulan sisteme olan güvenlerinin sarsılması olacaktır. Sözleşme ile kurulan sistemin varlığının devamı sağlanabilmesi, devletlere belli bir takdir marjı tanınmasını gerektirmektedir.¹²⁷

Ayrıca devletlere tanınan takdir yetkisinin, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve uygulanmasında ortaya çıkan ülkelerarası farklılıkların Sözleşme sisteminde tolere edilmesini sağladığı da ileri sürülmektedir.¹²⁸ Bu yazarlara göre Mahkeme takdir yetkisini geniş kullanarak ülkeler arası farklılıklara ve küresel çoğulculuğa imkan tanımaktadır.

¹²⁵ 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. 194.

¹²⁶ Çoban A. R., (2008) a. g. m., s. 192.

¹²⁷ Çoban A. R., (2008) a. g. m., s. 194.

¹²⁸ 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. 193.

Mahkemenin ulusal makamlara bu derece geniş bir takdir yetkisi tanınması, bazı yönlerden eleştirilmektedir. Öncelikle, takdir yetkisinin insan haklarının evrenselliği ilkesi ile çeliştiği ileri sürülmektedir. Buna göre insan hakları evrensel haklardır, bu hakların devletten devlete farklı şekilde uygulanmasına neden olabilecek takdir hakkı kavramı, insan haklarının evrenselliğinden uzaklaşmak anlamına gelmektedir.

Takdir hakkına getirilen önemli eleştirilerden birisi de Sözleşme sistemi ile oluşturulmaya çalışılan ortak Avrupa standartları ile de çelişmektedir. AİHM'nin Sözleşme'de yer alan kavramları iç hukuktan bağımsız olarak yorumladığına dikkat çekilen bu eleştirilere göre takdir hakkı doktrini ile ulusal makamlara tanınan bu hareket alanı, AİHM içtihatları ile oluşturulmaya çalışılan ortak Avrupa standartlarının zayıflamasına neden olmaktadır.

2.1.1.3. Takdir Hakkının Kapsamı

AİHM tarafından devletlere tanınan takdir hakkının çeşitli yönleri bulunmaktadır.

a. Sorunların Varlığı ve Kamu Yararı

Takdir hakkının ilk kısmı, neyin kamu yararına olduğudur. Mahkeme, neyin kamu yararına olduğunu belirleme konusunda devletlerin geniş bir takdir hakkı sahip olduğunu vurgulamaktadır. Mahkeme Scollo/İtalya davasında verdiği kararında modern toplumlarda yasama meclisinin sosyal ve ekonomik politikaları uygulamak için mülkiyet hakkına müdahale edilmesini gerektiren bir kamu sorunu olup olmadığı konusunda geniş bir takdir yetkisi bulunması gerektiğini ifade etmiştir.

Takdir hakkının bu yönü aynı zamanda mülkiyet hakkının hangi durumlarda sınırlandırılabileceğini de ifade etmektedir. Bir başka ifade ile devletler, mülkiyet hakkının sınırlandırılabilmesi durumları tayin etmekte takdir hakkına sahiptirler. Sözleşme'nin diğer maddelerinde sınırlama sebepleri açıkça belirtilmişken mülkiyet hakkının sınırlama sebebi "*kamu yararı*" olarak belirlenmiştir. Bu anlamda dev-

letler hangi müdahalenin kamu yararına olduğu belirlemede geniş bir takdir hakkına sahiptirler.

b. Sorunların Çözümü İçin Alınacak Tedbirler

Takdir hakkı, ekonomik ve sosyal problemlerin alternatif çözüm yollarından kendisine göre en uygun olanı seçme hakkını da kapsamaktadır. Mahkeme içtihatlarına göre Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi "*kesin gereklilik*" şartı taşımamaktadır. Bu nedenle birden fazla çözüm yolunun bulunması, otomatikman, yapılan müdahalenin haksız olduğu anlamına gelmemektedir. Takdir yetkisinin aşılması şartı ile yapılan müdahalenin sorunu çözmede en uygun yöntem olup olmadığı konusunda devletlerin geniş bir takdir hakkı vardır ve bu nedenle birden fazla çözüm yolu olan meselelerde en uygun çözüm yolunun hangisi olduğunu belirlemek AIHM'nin görev alanına girmemektedir.¹²⁹

Bundan dolayı Sözleşme'de güvence altına alınan hakların nasıl korunacağı, bu haklar arasında ve bu haklar ile toplumun genel menfaatleri arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların nasıl çözümleneceği konusunda, kendi ülkelerinin politik koşullarına uygun yöntemler geliştirmeleri konusunda üye devletlere geniş bir takdir hakkı tanınmalıdır.¹³⁰

2.1.1.4. Takdir Yetkisinin Aşılması

Mahkeme her ne kadar ulusal otoritelere bu takdir hakkını vermede cömert davranırsa da, bu durum, Mahkeme'nin mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin kamu yararına olup olmadığını sorgulamayaacağı anlamına gelmemektedir. Mahkeme, itiraz konusu tasarrufları Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesine göre denetlemekle ve bunu yaparken de ulusal makamların tasarruflarının dayanağı olan olguları ve bu olguların kamu yararına olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür.

¹²⁹ Mellacher ve diğerleri/Avusturya kararı, 1989, Çeviren: Oya Boyar, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=205>.

¹³⁰ Çoban A. R., (2008) a. g. m., s. 192.

Bu araştırma ve incelemenin kapsamı; davanın şartlarına, Sözleşme’de güvence altına alınan hakların niteliğine, müdahalenin yoğunluğuna ve müdahale ile amaçlanan meşru amaca göre değişecektir,¹³¹ ancak bu inceleme, yasa koyucunun sosyal ve ekonomik koşulları değerlendirmesinin, devletin takdir alanı içinde kalıp kalmadığını belirlemekle sınırlıdır.

Mahkeme’ye göre takdir hakkı iki şekilde aşılabilmektedir. Mahkeme tarafından burada konulan ilk ölçüt “açıkça dayanaktan yoksun olma”dır. Yani mülkiyet hakkına yapılan bir müdahale açıkça dayanaktan yoksun olmadığı sürece Mahkeme, ulusal makamların takdir yetkisine karışmayacağını ifade etmektedir.

İkinci ölçüt ise takdir hakkının keyfi kullanımudur. AİHM’ye göre devletlerin mali ve sosyal politikalar konusunda geniş bir yetki vardır, ancak takdir yetkisi hiçbir zaman keyfiliğe dönüşmemelidir. Mahkeme’ye göre takdir hakkı keyfi ve gayri adil bir usulle kullanılmadıkça eleştiri konusu olamaz.

2.1.1.5. Özel Kişiler Lehine Yapılan Müdahalelerde Kamu Yararı

AİHS’nin ve Ek 1 No.’lu Protokol’ün özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde de uygulanabileceği ve mülkiyet hakkına özel hukuk kişileri lehine yapılan müdahalelerin de kamu yararına olabileceği kabul edilmektedir. AİHM, bazı koşullarda, bir kimsenin özel mülkiyetinin başka bir kimseye zorunlu devrinin, kamu yararının gerçekleştirilmesi için meşru bir araç olabileceğini ifade etmektedir.¹³²

Sözleşmeciler devletlerin mevzuatında “kamunun kullanımı amacıyla” gibi ifadelerin yer aldığı metinlerde bile, kamu yararı kavramının, özel şahıslar arasında mülkiyetin zorunlu devrini hukuk dışı saydığı ortak

¹³¹ 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. 15.

¹³² 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>.

bir prensip tespit edilemediğini belirten Mahkeme, bu nedenle mülkiyet hakkına özel kişiler yararına yapılan müdahalelerin de bazı durumlarda kamu yararı ilkesine aykırılık teşkil etmeyebileceğini vurgulamıştır.

2.1.2. Vergi ve Benzeri Katkılar ile Para Cezalarının Ödenmesinin Sağlanması

Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci fıkrası devletlere vergilerin ve başka katkıların ödenmesini sağlamak amacıyla mülkiyet hakkına müdahale etme imkanı tanımaktadır. Bu kapsamda hem vergi ve benzeri yükümlülüklerin konulması, hem de bunların tahsili için gerekli tedbirlerin alınması mümkündür.

Ek 1 No.'lu Protokol'ün 2. fıkrasında “*vergi ve benzeri katkıları*” olarak ifade edilen değerlere başta vergiler olmak üzere resim ve harçlar, para cezaları gibi unsurlar girmektedir. Ayrıca mesleki veya sosyal sandıklar için yapılan zorunlu kesintiler de vergi toplama konusunda devlete tanınan yetki kapsamında değerlendirilmektedir.

Vergi konusu, bir devletin varlığını sürdürebilmesi ve kamu hizmetlerinin devamının sağlanabilmesi için hayati önem taşıdığı ve her devletin siyasi, ekonomik ve sosyal politikaları ile yakından ilgili olduğu için AIHM, bireylere yüklenecek vergilerin türü ve miktarı konusunda, devletlere geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.¹³³

Sözleşme'ye taraf devletlerce ülkenin ekonomik durumuna göre ekonomi politikasının iyileştirilmesi, mali düzenin sağlam temellere oturtulması amacıyla vergisel konularda yapılan düzenlemeler AIHM tarafından “*kamu yararına uygun ve demokratik yapının bir gereği*” olarak değerlendirilmiştir.¹³⁴

¹³³ Carss-Frisk, M., (2003) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No'lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz”, *Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü İnsan Hakları El Kitapları*, No:4, Ankara 2003, s. 37 <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/kitapmad1pro.zip>.

¹³⁴ 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. 187.

Ancak vergi gibi önlemlerin sadece mali amaçlarla değil; suçla savaşım, toplumsal gereklilikler, uyuşturucu kullanımını geriletme, halk sağlığını korumak, kamu güvenliğini sağlamak, kumarı önlemek gibi toplumsal amaçlarla da yapılabileceği gözden kaçırılmamalıdır. AİHM 13.01.2004 tarihli Oron-Breclav, S.R.O./Çek Cumhuriyeti kararında oyun makineleri için söz konusu olan işletim ruhsatı harcının toplumsal güvenliği sağlamak ve kumarı önlemek amacıyla artırılmasını mülkiyet hakkına aykırı bulmamıştır.¹³⁵ Mahkeme'ye göre böyle bir yasanın getirilmesindeki amacın sorgulanmasında, davalı konumundaki devletin izlediği ekonomik politikalarla birlikte, toplumsal güvenlik yönündeki beklentilerini de göz önünde bulundurmamak gerekmektedir.

2.1.3. Mülkiyetin Toplum Yararına Kullanımının Sağlanması

Hiç şüphesiz ki devletler, mülkiyetin kamu yararına kullanılmasını sağlamak üzere bireysel mülkiyette bulunan taşınmazlar hakkında çeşitli tedbirler almak durumunda kalmaktadırlar. Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi, devletlere mülkiyetin kamu yararına kullanılmasını sağlamak üzere çeşitli tedbirler alma hakkı tanımaktadır.

Örneğin imar planlarında resmi ya da umumi hizmet alanı için ayrılmış taşınmazlar kamulaştırılınca kadar bu taşınmazlar üzerinde inşaat yasakları uygulanması, ülkeye kaçak olarak sokulan mallara el konulması, suçta kullanılan malların müsadere edilmesi gibi uygulamalar mülkiyetin kamu yararına kullanımını sağlama amacı kapsamında kalmaktadır.

AİHM 1. maddenin 2. paragrafının, devletlerin genel çıkarlar doğrultusunda mülkün kontrolü için gerekli gördükleri kanunları çıkarma haklarını saklı tuttuğunu, bu tür kanunlara özellikle modern toplumlarımızda sıkça rastlandığına vurgu yapmaktadır.

¹³⁵ Etgü, M. A., (2009) a. g. m., s. 188.

2.2. Müdahale ve Sınırlandırma Şekilleri

Mahkeme mülkiyet hakkına yapılan müdahaleleri değerlendirilirken “*üç kural analizi*” olarak tabir edilen bir analiz metodu kullanılmaktadır. İlk kez Sporrong-Lönnroth/İsveç davasında (1982) ana hatları ile ortaya konulan bu analiz mülkiyet hakkını koruma altına alan Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesindeki tasnifle doğrudan bağlantılıdır ve mülkiyet hakkına yapılabilecek müdahaleleri sınıflandırmaktadır.

Mahkeme tarafından yapılan analize göre mülkiyet hakkına; mal ve mülk dokunulmazlığı ilkesinin ihlali (birinci kural), mal ve mülkten yoksun bırakma (ikinci kural), mal ve mülkün kullanımının kontrol edilmesi (üçüncü kural) şeklinde müdahale edilebilmektedir.

Her ne kadar mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler bu şekilde bir sınıflandırmaya tabi tutulsa da bu müdahaleleri her zaman için keskin çizgilerle bir birinden ayırmak mümkün olmamaktadır. Mahkeme, 21 Şubat 1986 tarihli James ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararında, bu kuralların bağlantısız oldukları anlamına gelebilecek şekilde birbirinden “*ayrı*” olmadıklarını açıkça vurgulamıştır.

Mahkeme’ye göre ikinci ve üçüncü kurallar, mülkiyetten barışçıl bir biçimde yararlanma hakkına müdahalenin özel örnekleri olup, bunlar birinci kuralda beyan edilen genel prensibin ışığında yorumlanmalıdırlar.¹³⁶ Üstelik bazı durumlar o kadar karışıktır ki müdahalenin, müdahale türlerinden herhangi birine sokulması mümkün olamayabilmektedir.

Ancak bu kurallar ya da müdahale türleri arasında çok yakın bir ilişki olması onların uygulanması yönünden aralarında bir sıralama olmadığı anlamına gelmemektedir. AİHM içtihatlarına göre birinci kural genel kural niteliğindedir. Eğer yapılan müdahale ikinci ve üçüncü kuraldan herhangi birinin kapsamına girmiyorsa birinci kural kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle Mahkeme, birinci kurala aykırılık bulunup bulunmadığına karar vermeden önce, son iki (ikin-

¹³⁶ 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>

ci ve üçüncü) kuralın uygulanabilir olup olmadığını incelemek durumundadır.

2.2.1. Mal ve Mülk Dokunulmazlığı İlkesinin İhlali

1. maddenin “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır”¹³⁷ şeklindeki birinci cümlesinde öngörülen birinci kural, diğer iki kuralın uygulanamadığı durumlarda uygulanabilecek bir tür “joker kural” niteliğindedir.¹³⁸ Birinci kural, ancak ikinci ya da üçüncü kuralın uygulanamadığı durumlarda geçerli olabilmektedir. Bir başka ifade ile birinci kural bireyin mülkiyet hakkına müdahalenin söz konusu olduğu fakat müdahalenin mülkiyetten yoksunluk veya mülkiyetin kullanımının kontrolünün ortaya çıkmadığı her durumu kapsamaktadır.¹³⁹

Birinci kural tali bir nitelik taşıdığı için Mahkeme, inceleme yaparken ilk önce mülkiyetten yoksun bırakma ve kullanımın kontrol edilmesi durumları olup olmadığına bakmakta, eğer mülkiyet hakkına yapılan müdahale mülkten yoksun bırakma ya da mülkiyetin kullanımının kontrolü anlamına gelmiyorsa (bir başka ifade ile yapılan müdahale ikinci ya da üçüncü kural kapsamında kalmıyorsa) birinci kuralı devreye sokmaktadır.

2.2.2. Mal ve Mülkten Yoksun Bırakma

İkinci kural olan bu müdahale türünde kişiler hukuki veya fiili olarak mülklerinden yoksun bırakılmaktadırlar. Bu müdahale türü, Ek 1 No.’lu Protokol’ün 1. maddesinin birinci fıkrasının “Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasadaki öngörülen koşullara ve uluslararası

¹³⁷ Bu cümle Sözleşme’nin İngilizce metninde “ herkesin mallarından barışçıl şekilde yararlanma hakkı” şeklinde ifade edilmiştir.

¹³⁸ Dutertre, G., (2005) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadından Alıntılar”, Avrupa Konseyi yayınları, http://www.coe.int/t/e/human_rights/awareness/7._special_projects/key_case_law_extracts_turkish.pdf

¹³⁹ 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 Kitabları, No:10, 2007, s. 12.

hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir." hükmünü ihtiva eden ikinci cümlesi ile öngörülmüştür.

AİHM, mülkiyetten yoksun bırakmayı belirli koşullara tabi tutan ikinci cümledeki bu kuralı, mülkiyetten barışçıl biçimde yararlanma hakkına müdahalenin özel bir kategorisi ve aslında en radikal türü olarak kabul etmektedir.¹⁴⁰

Burada "*yoksun bırakma*" ifadesiyle kastedilen, malikin mülkü üzerindeki haklarından kalıcı olarak mahrum bırakılmasıdır. Geçici el koymalar mülkiyetten yoksun bırakma anlamına gelmemektedir.¹⁴¹

Burada "*mülkiyetten yoksun bırakmak*" (ikinci kural) ile "*mülkün kullanımının kontrol edilmesi*" (üçüncü kural) arasındaki ince çizgi de kendini göstermektedir. Eğer mülke, mülkiyetin kontrolü amacı ile geçici olarak el konulmuş (zapt gibi) ise Raimondo/İtalya davasında (1994) olduğu gibi, üçüncü kural geçerli olacaktır. Buna karşılık mülkiyete el koyma kalıcı ise (müsadere gibi), bir başka anlatımla mülkiyet kesin olarak devlete geçmiş ise ikinci kural kapsamında mülkten yoksun bırakma söz konusu olacaktır.

Bunun yanı sıra, mal ve mülkten yoksun bırakmanın gerçekleşmiş olabilmesi, bir başka anlatımla ikinci kuralın uygulanabilmesi için mülkiyetin mutlaka resmi şekilde kamu idarelerine geçmesi gerekmektedir. Eğer fiilen gerçekleşmiş bir kamulaştırmaz el atma söz konusu ise ikinci kuralın uygulanabilmesi mümkündür.

Üstelik şunu da vurgulamak gerekir ki mülkiyetten yoksun bırakmanın gerçekleşmesi için, *mülkiyetin mutlaka kamu idaresine geçmesi* gerekmemektedir. Eğer mülkiyet devlet tarafından yapılan bir müdahale sonucu özel kişilere geçirilmiş ise mülkten yoksun bırakmanın gerçekleştiğini kabul etmek gerekir.¹⁴²

¹⁴⁰ 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>

¹⁴¹ Handyside/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=25>

¹⁴² Sarı, H. G., (2006) "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı*

Mahkemenin hangi durumlarda mal ve mülkten yoksun bırakmanın gerçekleşmiş sayılacağına ilişkin içtihadı, uluslararası hukukun genel yaklaşımı ile paraleldir.¹⁴³ Buna göre eğer mülkiyet hakkına yapılan müdahale, mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getiriyorsa, bir başka ifade ile malikin mülkünden tasarruf etme imkanı kalmamış ise (resmi bir devir ya da tescil olmasa bile) mal ve mülkten yoksun bırakma gerçekleşmiş demektir. Buna karşılık eğer malikin mülkünden bir şekilde tasarruf etme imkanı var ise yoksun bırakma söz konusu olmayacaktır.

AİHM tarafından ikinci kural kapsamında mal ve mülkten yoksun bırakma olarak kabul edilen müdahalelere; kamulaştırma, kamulaştırmasız el atma, kamulaştırma bedelinin geç ödenmesi, bazı ülkelerde uygulanan ve taşınmaz satışlarında tapuda satış bedelinin rayiç değerinin altında gösterilmesi durumunda vergi idaresine tanınan ön alım hakkı, kamu kurumlarına zorunlu devir, kanunlar gereği devlete mal intikali, müsadere örnek olarak gösterilebilir.

2.2.3. Mal ve Mülkün Kullanımının Kontrol Edilmesi

Bu müdahale türü bireylerin sahip olduğu mülkiyetin, bu mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek için devlet tarafından kısıtlanması veya bu mülkiyete el konulması şeklinde gerçekleşmektedir.

Bu müdahale türünde devlet, mülkiyet hakkının kamu yararına kullanılmasını sağlamak üzere çeşitli tedbirler almak durumundadır. Ülkeye bazı malların sokulmasının yasaklanması, yasak olan malların kaçak olarak sokulmak istenmesi durumunda müsadere edilmesi, inşaat yapılmasının bina inşaat ruhsatına ve yapı kullanma iznine tabi kılınması, kiralara uygulanacak artış oranlarının sınırlandırılması şeklinde ortaya çıkabilen bu müdahale türünde malik devlet tarafından

Haklarının Korunması", Beta Yayınları, Nisan 2006, İstanbul, s. 61.

¹⁴³ Carss-Frisk, M. (2003) "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No'lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz", Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü İnsan Hakları El Kitapları, No:4, Ankara, 2003, s. 34 <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/kitapmad1pro.zip>.

kendisinde yüklenen yapma, yapmama ya da katlanma yükümlülüklerine uygun davranmak zorundadır.

2.3. Mülkiyet Hakkına Yapılacak Müdahalelerde Bulunması Gereken Şartlar

Müdahale hakkına yapılan bir müdahalenin varlığı tespit edildikten sonra yapılması gereken işlem bu müdahalenin Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesindeki şartlara¹⁴⁴ uygun olup olmadığını tespit etmektir. Aşağıda beş başlık altında sayılan müdahale kriterleri AİHM tarafından Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi yorumlanarak geliştirilmiştir.

2.3.1. Hukuk Tarafından Öngörülme

2.3.1.1. Genel Olarak

Mülkiyet hakkına yapılacak bir müdahalenin hukuk tarafından öngörülmüş olması gerekmektedir. Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi, herhangi bir kimsenin, ancak kamu yararı sebebiyle ve *hukuk tarafından öngörülen koşullara*¹⁴⁵ uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabileceğini öngörmektedir.

Her ne kadar hukuk tarafından öngörülme şartı sadece 1. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer almış ise de bu şart 1. maddenin tamamı için geçerlidir. Bir başka ifade ile mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerde üç kural analizinde yer alan kurallardan hangisi uygulanırsa uygulansın, müdahalenin hukuk tarafından öngörülmüş olması gerekmektedir.

¹⁴⁴ AİHM tarafından mülkiyet hakkına yapılan bir müdahale bulunduğu karar verilmesi durumunda mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin aşağıdaki şartları taşıdığını, dolayısıyla haklı olduğunu ispat yükü, müdahalede bulunan devlete aittir.

¹⁴⁵ Sözleşme'nin, 6366 sayılı Kanun'la onaylanan metninde ve bu metne dayalı olarak kullanılan Türkçe tercümelerinde "kanunun derpiş ettiği (kanunun öngördüğü)" ifadesi yer almakta ise de bunu "*hukuk tarafından öngörülen*" şeklinde olarak algılamak gerekir. Zaten Sözleşmenin İngilizce metninde geçen "prescribed by law" ifadesi de hukuk tarafından öngörülme ifade etmektedir.

Mahkeme mülkiyet hakkına yapılacak müdahalenin en önemli koşulunun, müdahalenin hukuk tarafından öngörülmüş olması gerektiğini vurgulamıştır. Eğer hukuk tarafından öngörülme şartı yerine getirilmezse, daha ileriye giderek mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kamu yararına olup olmadığını ya da bireysel ve kamusal menfaatler arasındaki dengenin bozulup bozulmadığını tespit etmeye gerek yoktur.¹⁴⁶

Hemen belirtelim ki burada ifade edilen “hukuk tarafından öngörülme” şartı, müdahalenin mutlaka yasama meclisince çıkarılan bir kanunla düzenlenmesi gerektiği anlamına gelmez. AİHM’ne göre temel hak ve özgürlüklerin ne gibi normlarla düzenleneceği ulusal makamların takdirindedir. Mülkiyet hakkına yapılacak müdahaleler kanun ile öngörülebileceği gibi tüzük, yönetmelik, meslek kuruluşları tarafından çıkarılan mesleki davranış kuralları,¹⁴⁷ hatta yargı içtihatları¹⁴⁸ ile bile öngörülebilir.

Üstelik “*hukukun öngördüğü*” ifadesindeki hukuk kavramı sadece yazılı hukuku değil, aynı zamanda yazılı olmayan hukuku da kapsamaktadır.¹⁴⁹ Mahkemeye göre yazılı olmayan hukuku, “*hukuk tarafından öngörülen*” ifadesindeki hukuk kavramı içerisinde düşünmemek, Sözleşme’yi hazırlayanların amaçlarına açıkça aykırı olur. Eğer

¹⁴⁶ Iatridis/Yunanistan davası, paragraf 58, Carss-Frisk, M. (2003) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No’lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü İnsan Hakları El Kitapları, No:4, Ankara, 2003, s. 72, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/kitapmad1pro.zip>.

¹⁴⁷ Barthold/Almanya kararı, Karar Tarihi: 25.03.1985, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İchtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=97>.

¹⁴⁸ Carbonara ve Ventura/İtalya kararı, kararın orijinal metni için AİHM karar sorgulama sistemine bakılabilir: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=carbonara&sessionid=54551062&skin=hu doc-en>.

¹⁴⁹ Sunday Times/Birleşik Krallık kararı, Karar Tarihi: 26.04.1979, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İchtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=32>; aynı yönde Malone/Birleşik Krallık kararı, Karar Tarihi: 02.08.1984, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İchtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=86>.

yazılı olmayan hukuk bu kapsamda değerlendirilmezse “*common law*”a sahip olan İngiltere açısından bu kuralın uygulanamaması söz konusu olacaktır.

2.3.1.2. Şartları

Müdahalenin bir hukuk normu tarafından öngörülmüş olması, hukuk tarafından öngörülme şartının yerine getirilmesi bakımından önem taşımaktadır, ancak müdahale öngören hukuk normlarının da belirli özellikler taşıması gerekmektedir.

Bunlardan ilki, müdahaleyi öngören hukuk normunun yeterince açık ve anlaşılabilir (bir başka ifade ile öngörülebilir) olmasıdır. Mahkemeye göre bir hukuk normu, vatandaşa, bu norm karşısında kendi davranışlarını ayarlama fırsatı verecek açıklıkta ve kesinlikte olmalıdır. Bu açıklık ve kesinlik oluşturulmadığı sürece normun “*hukuk normu*” olarak değerlendirilmesine ve müdahalenin hukuk tarafından öngörüldüğünün kabulüne imkan yoktur. Vatandaş, davranışının ya da devletin davranışının muhtemel sonuçlarını önceden tahmin edebilecek durumda olmalıdır.¹⁵⁰

Bu sonuçların tam bir kesinlikle tahmin edilmesi gerekmemektedir, zaten tecrübeler bunun olamayacağını göstermiştir. Bir başka ifade ile hukuk tarafından öngörülme şartı, kanunların uygulanmasında gerekli olan yorumu dışta bırakacak bir kesinliği gerektirmemektedir.¹⁵¹

Ancak bu durum, bir hukuk normunun sonuçlarının ya da vatandaşın davranışlarının karşılığının önceden tahmin edilebilir olması gerekliliğini bertaraf etmemektedir. Mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin niteliğine, hukukî belgenin içeriğine, kapsadığı alana, hitap ettiği

¹⁵⁰ Öztürk/Türkiye kararı, Karar Tarihi: 28.09.1999, Kararın Türkçe Çevirisi için Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Bilgi Bankasına bakılabilir: <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/ozturk.doc>.

¹⁵¹ Grgiç ve diğerleri (2007) “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. 13.

kişilerin sayı ve statülerine göre değişebilen öngörülebilirlik belirli bir dereceye kadar gerekmektedir.¹⁵²

İkinci şart ulaşılabilirliktir. Bu husus, konu hakkında uygulanacak olan hukuk normunun yeterince ulaşılabilir olmasını, bir başka anlatımla vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmemesini ifade etmektedir. Bu ilkeye göre, bireyler temel hak ve özgürlüklerini sınırlandıran hukuk normları hakkında önceden yeterli bilgiye sahip olmalıdırlar.¹⁵³

Bu iki hususun yanı sıra mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin hukuk normu tarafından tespit edilen unsurlara uygun olması, müdahalenin uygun ve hukuk tarafından öngörülen bir merciden kaynaklanması ve uygun merciler tarafından uygulanmış olması gerekmektedir.

Ayrıca hukuk normunun keyfi uygulamalara karşı gerekli güvenlik önlemlerini de öngörmesi gerekmektedir. Bir başka ifade ile mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin hukuk tarafından öngörülmesi yetmemekte, keyfi muamelelere karşı bu sınırın belirleyici karakterlere sahip olması ve uygun yasal güvencelerinin bulunması gerekmektedir.¹⁵⁴

2.3.2. Uluslararası Hukukun Genel İlkelerine Uygun Olma

Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin 1. paragrafının 2. cümlesine göre mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerin *uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olması* gerekmektedir.

Uluslararası hukukun genel ilkeleri ifadesi ile neyin kastedildiği, AİHM içtihatları ile açıklanmıştır. Mahkeme'ye göre uluslararası hukukun genel ilkeleri ifadesi, uluslararası insan hakları hukukunun vazgeçilmez ve genel kabul görmüş kurallarını belirtmektedir.¹⁵⁵

¹⁵² Grgiç ve diğerleri (2007) *a. g. e.*, s. 13.

¹⁵³ Ünal, Ş., (1994) Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 1994, Sayı: 11, s. 50.

¹⁵⁴ Grgiç ve diğerleri, *a. g. e.*, s. 13.

¹⁵⁵ Varnava ve diğerleri/Türkiye kararı, Karar Tarihi: 18.10.2009, kararın orijinal met-

Mahkeme'nin bu kabulüne göre mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların uluslararası insan hakları hukukunun vazgeçilmez ve genel kabul görmüş kurallarına uygun olması gerekmektedir. Burada "uluslararası insan hakları hukukunun vazgeçilmez ve genel kabul görmüş kuralları" ile insan hakları konusundaki buyruk kurallar (jus cogens) ifade edilmek istenmektedir.

Viyana'da 23 Mayıs 1969 tarihinde imzalanan Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. maddesinde "devletlerin uluslararası topluluğunun bütününcce, aksine hiçbir kuralın konulması olanağı bulunmadığı ve ancak genel uluslararası hukukun aynı nitelikteki yeni bir kuralıyla değiştirilebileceği kabul edilen ve tanınan bir kural" olarak tanımlanan uluslararası hukukun buyruk kuralları (jus cogens), uluslararası tüm andlaşma ve sözleşmeler için bağlayıcı ve emredicidir.

İşte Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi, mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların bu buyruk kurallara uygun olması gerektiğini hüküm altına almaktadır. Fakat bu durumda da "buyruk kuralın" ya da Sözleşmedeki ifadesiyle "uluslararası hukukun genel ilkelerinin" kapsamını tayin etme sorunu ortaya çıkmaktadır. Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. maddesi, buyruk kuralın varlığını tanımakla birlikte ne olduğu ve nasıl belirleneceği konusunda ihtiyaca cevap vermemektedir.

Bugüne karar yapılan uluslararası sözleşmelerin ya da antlaşmaların hiçbirinde yer almayan, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve Uluslararası Adalet Divanı dahil olmak üzere hiçbir uluslararası yargı organının açıkça tanımlamadığı, doktrinin bile varlığı/yokluğu ya da ne olduğu konusunda görüş birliğine varamadığı¹⁵⁶ kuralları belirlemek oldukça zor olsa gerektir. Bundan dolayı mülkiyet hakkının korunması açısından kavramının içinin AİHM tarafından doldurulması gerekmektedir.

Uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olma ilkesinin uygulanması bakımından "vatandaş" ile "yabancı" arasında ayırım yapılmak-

ni için AİHM karar sorgulama sistemine bakılabilir: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=varnava&sessioid=54551062&skin=hudoc-en>.

¹⁵⁶ Pazarci, H., (1977) "Uluslararası Hukukta Jus Cogens Kavramı", Prof. Dr. Bülent N. Esen'e Armağan, Ankara 1977, s. 365-379.

ta, uluslararası hukukun genel ilkelerine uygunluk prensibinin yalnızca yabancılar açısından uygulanabilir olduğu, “vatandaş” açısından bu prensibin uygulanabilirliğinin bulunmadığı kabul edilmektedir.¹⁵⁷

Her ne kadar Ek 1 No.’lu Protokol’ün 1. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan “Bir kimse, (...) uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.” ibaresi, uluslararası hukukun genel ilkelerinin ayırım yapılmaksızın hem vatandaş olanlar hem de vatandaş olmayanlar açısından uygulanması gerektiğini düşündürse de AİHM, istikrarlı bir şekilde bu kuralın yalnızca vatandaş olmayanlar açısından uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır.¹⁵⁸ Mahkeme, bu görüşünü çeşitli gerekçelerle açıklamaktadır.

İlk olarak bu atıf, vatandaş olmayanlara uluslararası hukukun ilgili prensiplerine dayanarak haklarının korunması için Sözleşme mekanizmasına doğrudan başvurabilme imkanı sağlamaktadır; aksi takdirde bunu yapabilmek için diplomatik kanallara veya sorunun çözümü için diğer mevcut araçlara başvurmak zorunda kalacaklardır.¹⁵⁹

İkinci olarak bu atıf, vatandaş olmayanlara, Ek 1 No.’lu Protokol’ün yürürlüğe girmesinin kendilerinin haklarını azalttığı şeklindeki muhtemel argümanlara karşı güvence sağlamaktadır. Bu bağlamda Ek 1 No.’lu Protokol’ün 1. maddesinin mülkiyetten yoksun bırakmanın “kamu yararına” yapılması gerektiğine dair hükme açıkça yer verdiği vurgulanmalıdır. Böyle bir gereklilik, uluslararası hukukun genel prensipleri arasında hemen her zaman yer aldığından, Protokol’ün 1. maddesi söz konusu prensipleri vatandaş olmayanlar gibi vatandaşla-

¹⁵⁷ Lightow ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, Karar Tarihi: 08.07.1986, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=113>.

¹⁵⁸ 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>.

¹⁵⁹ 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>.

ra da uygulanabilir hale getirmiş olsaydı, bu açık hükmün kendisi gereksiz olurdu.¹⁶⁰

Üstelik Mahkemenin kabulüne göre hazırlık çalışmaları esnasında uluslararası hukukun genel prensipleri deyiminin sadece yabancıların korunması anlamına geleceğine dair birçok beyanda bulunulmuştur.

Mahkeme, Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinde uluslararası hukukun genel prensiplerine yapılan atfı, bir devletin vatandaş olmayanlara yönelik tasarrufları bakımından uygulanabilir olduğu şeklinde yorumlamayı daha doğal görmektedir.

Mahkemenin bu yorumu yapmasının bir diğer nedeni de yabancılar açısından bu şekilde bir pozitif ayrımcılığın, bizzat Sözleşme'yi hazırlayanlar tarafından istenmiş olabileceğidir.

2.3.3. Orantısallık

Kıta Avrupası idare hukukuna has bir terim olan orantısallık kavramı, ilk olarak Alman Anayasa Mahkemesi tarafından uygulanmış, daha sonra Avrupa hukuk sistemlerine yayılmıştır.¹⁶¹ AİHS ve Ek 1 No.'lu Protokol'de "*orantısallık*" ya da adil denge kavramından bahsedilmemesine rağmen AİHM, içtihatlarında sık sık bu ölçütü kullanmıştır.

AİHM, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin (müdahale hangi kural kapsamında yapılırsa yapılsın), toplumun genel yararının gerekleri ile kişinin temel haklarına ilişkin menfaatleri arasındaki adil dengeyi kurması ve koruması gerektiğini kabul etmektedir.¹⁶² Buna göre mülkiyet hakkına yapılacak müdahale sonucu toplumun elde edeceği

¹⁶⁰ Lightow ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, Karar Tarihi: 08.07.1986, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İctihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihm-goster.asp?id=113>.

¹⁶¹ Dağlı, H. (2007) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Hakkı", Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, s. 94.

¹⁶² Sporrong ve Lönnroth kararı, Karar Tarihi: 23.09.1982, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İctihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihm-goster.asp?id=55>.

genel menfaat, mülkiyet hakkına yapılan müdahale karşılığında malike tazminat ödenmek suretiyle dengelenmelidir.

AIHM, bu gerekliliğe riayet edilip edilmediğini denetlerken devlete büyük oranda takdir payı bırakmaktadır.¹⁶³ Ancak yine de devletler mülkiyet hakkına müdahale ederken bireysel menfaat ile toplumsal menfaat arasındaki adil dengeyi gözetmek durumundadırlar.

Bunun temel şartı da malikin mülkiyet hakkına yapılan müdahale dolayısıyla "*bireysel ve aşırı bir yük*" altına girmemesidir. İlgili kişinin "*bireysel ve aşırı külfet*" yüklenmesi halinde, gerekli denge kurulamayacaktır. Bu bağlamda örneğin değeriyle orantılı bir biçimde ödeme yapmaksızın mülkiyetin elden alınması normal şartlarda orantısız bir müdahale oluşturur. Hiç tazminat ödemeksizin mülkiyetten yoksun bırakma ise, ancak (Doğu ve Batı Almanya'nın birleşmesi gibi) çok istisnai hallerde haklı görülmektedir.

Ancak yine de orantısallık ilkesi her durumda el konulan mülkün tam değerinin tazmin edilmesini garanti altına almamaktadır. Kamu yararı gibi meşru hallerde el konulan mülk karşılığında malike ödenecek tazminat her zaman malın tam değerini yansıtmayabilir.

Ancak bu durum, cüz'i bir tazminat ile mülkiyete el konulabileceği anlamına gelmemektedir. Ödenmesi gereken tazminatın ölçütü "*orantısız*" değildir. Yani mülke el konulması sonucu kamunun sağladığı yarar ile ödenen tazminat nedeni malike sağlanan yarar arasında adil bir dengenin kurulması gerekir.

Mahkeme, orantısallık testinin uygulamasında; mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin niteliğini, kamu otoritelerinin keyfi davranıp davranmadığını, malike hukuksal korumanın sağlanıp sağlanmadığını, tazminat ödenip ödenmediğini, malikin gösterdiği kusur ya da özennin durumunu göz önünde bulundurmaktadır.

Orantısallık ilkesinin uygulanmasını etkileyen ilk faktör, devletin mülkiyet hakkına yaptığı müdahalenin niteliği, bir başka ifade ile müdahalenin hangi kural kapsamında kaldığıdır. Mahkeme orantıyı ku-

¹⁶³ Petar Alexandrov ve Gospodinka Alexandrova Kırovı/Türkiye kararı, Karar Tarihi: 02.10.2006, Kararın Türkçe tercümesi için Yargıtay Başkanlığı internet sitesine bakılabilir: http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/58694_00.pdf.

rarken idarenin işlem ve eyleminin kişilerin mülkiyeti üzerinde yaptığı etkiyi dikkate almaktadır.

Mahkeme Gillow / Birleşik Krallık davasında verdiği kararında orantısallığın, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin sertliği ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini; mülkten yoksun bırakmanın (ikinci kural), mal ve mülk dokunulmazlığının ihlaline (birinci kural) ve mülkiyetin kullanımının kontrolüne (üçüncü kural) göre daha ciddi olduğundan orantısallık ilkesinin uygulamasının farklılık göstereceğini ifade etmiştir.¹⁶⁴ İkinci kural kapsamında yapılan müdahaleler, mülkiyetin elden çıkması sonucunu doğurduğu için malike uygun bir tazminat ödenmesi zorunluluk haline gelmektedir.

Orantısallık ilkesinin uygulanmasında sadece devlet tarafından yapılan müdahale değil, aynı zamanda mülkiyet hakkına müdahale edilen kişi/kurumun sergilediği kusur veya özenin derecesi de dikkate alınmaktadır.¹⁶⁵ Bir başka ifade ile Mahkeme, mülkiyet hakkına müdahale edilen kişinin hareket tarzını da göz önünde bulundurarak bu testi uygulamaktadır.¹⁶⁶

2.3.4. Ölçülülük

Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinde açıkça yer almamakla birlikte, hak ve özgürlüklerin sınırlanıp düzenlenmesinde temel nitelikte olan ve Sözleşme sisteminin tamamına egemen bulunan "ölçülülük" ilkesine uygunluk, AİHM tarafından aranan diğer bir koşuldur.

Mahkeme kararlarına göre, ölçülülük ilkesi Sözleşme'nin tamamına egemen olan bir ilkedir. Ancak, doğru bir şekilde uygulandığında bile ölçülülük ilkesi, bireysel çıkara göre toplumsal çıkara öncelik tanı-

¹⁶⁴ Dağlı, H. (2007) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Hakkı", Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, s. 96.

¹⁶⁵ Agosi/Birleşik Krallık kararı, Karar Tarihi: 24.10.1986, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=18>.

¹⁶⁶ 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.

maktadır. Çünkü ölçülük ilkesi müdahalenin meşruiyetini değil, müdahale için kullanılan araçlarla, ulaşılmak istenen amaca ulaşmanın mümkün olup olmadığı konusunu vurgulamaktadır.¹⁶⁷

Başta Avrupa ülkeleri olmak üzere pek çok ülke ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı tarafından da sıkça başvurulmuş bir ölçüt olan¹⁶⁸ ölçülülük ilkesinde göre ulaşılmak istenen amaçla başvurulmuş aracın makul bir ölçülülük ilişkisi taşıması gereklidir. Özellikle bir kimsenin mülkiyet hakkına zarar verir nitelikteki her türlü tedbirde kullanılan araçlar ile hedeflenen amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisi mevcut olmalıdır.

Mahkeme ölçülülük ilkesini, Sözleşme ile korunan bir hakkın sınırlandırılması açısından, gerekenden fazla bir sınırlamanın yapılması şeklinde algılamaktadır.¹⁶⁹ AİHM, sınırlama ile ulaşılmak istenen amacı, daha az bir sınırlama ile sağlayabilecek bir yöntem var ise hakkı daha fazla sınırlayan yöntemlerin kullanılmasını hakkın ihlali olarak değerlendirmektedir.¹⁷⁰

Ancak daha öncede vurgulandığı üzere, AİHM, bir meselenin çözümünde birden fazla yol bulunması durumunda en uygun yolu ulusal makamların takdir edeceğini, hangi yolun en uygun yol olduğunu belirlemenin görev alanına girmediğini vurgulamaktadır. Bu nedenle, bir meselenin çözümleri arasında, malikin katlanmak zorunda kalacağı külfet yönünden aşırı bir fark olmadığı sürece, uygun çözüm yolunun belirlenmesi ulusal makamların takdir yetkisindedir.

Mahkemenin bu şekilde karar vermesinin en önemli gerekçelerinden birisi, Mahkemenin, ulusal sorunları ve bunlara ilişkin çözümleri belirlemede ulusal makamlara göre daha dezavantajlı bir durumda

¹⁶⁷ 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. 212.

¹⁶⁸ Oğurlu, Y., (2000) İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetlerin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme, *Atatürk Üniversitesi, Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2000, Cilt: IV, Sayı: 1-2, s. 158.

¹⁶⁹ Oğurlu, Y., (2000) a. g. m., s. 158.

¹⁷⁰ Fendoğlu, H. T., (2002) 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. M. 13, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, sayı: 19, s. 133.

bulunmasıdır. Mahkeme, mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerde alternatif çözüm yollarından en uygununun hangisi olduğunu belirleyebilecek konumdan oldukça uzaktır.

Üstelik toplumun ve devletin durumunu etkileyen olağanüstü durumlarda Mahkemenin yaptığı ölçülülük denetimi daha da zayıflamaktadır, çünkü Mahkeme bu tür durumlarda daha hafif tedbirlerle sorunun çözülebileceğini gösterebilecek konumda değildir.¹⁷¹

Ancak, mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerde, müdahale için kullanılacak araçları seçme konusunda devletlerin geniş bir takdir hakkı bulunmasına ve AİHM'nin devletin en az zarar veren yöntemi seçip seçmediği konusunda karar verme imkanı sınırlı olmasına rağmen Mahkeme, devletin ölçülülük ilkesine uyup uymadığı konusunda denetim yapmaktan geri kalmamaktadır.¹⁷²

2.1.3.5. Tazminat Ödenmesi

2.3.5.1. Tazminat Gerekip Geremediği

Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi tazminat konusunda herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bu nedenle tazminatın zorunlu olup olmadığı zaman zaman AİHM tarafından tartışılmıştır.

Bu konuyu Avrupa İnsan Hakları Komisyonu "Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin, bir Sözleşmecî devletin egemenlik yetkisi içinde bulunan bir kimsenin mülkiyetinin elinden alınması için gerekli şartlardan biri olarak tazminat ödemeyi zımnen gerektirdiği" şeklinde yorumlamıştır.¹⁷³

¹⁷¹ Çoban A. R., (2008) a. g. m., s. 206.

Dağlı, H (2007) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Hakkı, Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, s. 213.

¹⁷² Ölçülülük ilkesi yönünden denetim için AİHM'nin Hentrich/Fransa kararına bakılabilir.

¹⁷³ 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>.

Komisyonun bu görüşüne katılan Mahkeme, mülkiyet hakkına yapılan müdahale karşısında tazminat ödenmesi gerektiğini, sözleşme devletlerin hukuk sistemlerinde tazminat ödemedi kamu yararı amacıyla mülkiyetin elden alınmasının, sadece istisnai durumlarda haklı görüldüğünü ifade etmiştir.¹⁷⁴ Mahkeme'ye göre, tazminat öngören bir prensip bulunmaması halinde Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin koruduğu mülkiyet hakkı, büyük ölçüde kağıt üzerinde ve etkisiz kalacaktır. Bu nedenle mülkiyet hakkına yapılacak müdahaleler karşılığında malike uygun bir tazminat ödenmesi zorunludur.¹⁷⁵

Tazminat ödenmesi şartı, orantısallık ilkesi ile de doğrudan ilgilidir. Mülkiyet hakkına müdahale edilirken bireysel ve toplumsal menfaatler arasındaki dengenin bozulmaması gerektiğine işaret eden Mahkeme, tazminat ödenmeksizin bir kimsenin mülkünden yoksun bırakılmasının bireysel menfaat ile toplumsal menfaat arasındaki adil dengeyi bozacağını belirtmiştir. Çünkü tazminat şartları (miktar, süre, ödeme) mal veya mülkünden yoksun bırakılan bir kimseye orantısız bir külfet yüklenip yüklenmediğinin değerlendirilmesinde esaslı bir unsurdur. Eğer bir kimse yeterli tazminat ödenmemesi nedeniyle bireysel ve aşırı bir külfete katlanmak zorunda bırakılmış ise, gerekli denge kurulamaz.

2.3.5.2. Tazminat Standardı

Mahkeme'nin yorumuna göre, mülkiyetin değeriyle orantılı bir miktar ödemeksizin mülkiyetin elden alınması, normal şartlarda, Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi bakımından haklı görülemeyecek orantısız bir müdahale oluşturur.

Ancak 1. madde her durumda tam bir tazminat hakkını teminat altına almamaktadır. Ekonomik reform ile ilgili veya daha fazla sosyal adalet sağlamak üzere alınan önlemlerde olduğu gibi meşru bir

¹⁷⁴ Örneğin Mahkeme, Jahn ve diğerleri/Almanya davasında Doğu ve Batı Almanya'nın birleşmesi gibi olağan üstü bir durumu, tazminat ödenmeksizin mülkiyet hakkına müdahale edilebilecek istisnai durum olarak değerlendirmiştir.

¹⁷⁵ 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>.

“*kamu yararı*” amacının bulunduğu durumlarda uygulanacak tazminat, tam piyasa değerinin altında olabilir.¹⁷⁶ Mahkeme’ye göre sosyal devletin sağlanması amacının güden reformlar için yapılan müdahaleler için ödenen tazminatın mülkün tam değerini yansıtmaması zorunlu değildir.¹⁷⁷

Ancak malike tam bir tazminat ödenmediği durumlarda devlet, niçin tam tazminat ödemediğini, tazminat miktarında indirim gitmesindeki meşru sebepleri ortaya koymalıdır. Çünkü mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıyan uygulamalar birbirinden çok farklı nitelikte olabilmekte; tazminat standardı da mülkün türüne, müdahalenin şekline ve şartlarına bağlı olarak da değişebilmektedir.¹⁷⁸ Örneğin millileştirme ya da kıyıların korunması gibi geniş çaplı harcama gerektiren müdahalelerle, kamusal amaçlarla bir taşınmazın kamulaştırılmasını öngören müdahalelerde farklı tazminat standartları uygulanması mümkündür. Ancak devlet farklı tazminat standartları uygulanmasını gerektiren nedenleri açıkça ortaya koymalı, üstelik her durumda tazminat miktarı da mülkün değeri ile en azından makul oranda bağlantılı olmalıdır.¹⁷⁹

2.3.5.3. Tazminat Şartlarını Belirlemede Devletin Takdir Hakkı

Mahkeme tazminat şartlarını belirlemeyi devletlerin takdir hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Çünkü mülkiyet hakkına yapılabilecek müdahaleler konusunda devletin sahip olduğu takdir hakkı, tazminat şartlarını belirlemeyi de kapsar. Mülkiyet hakkına yapılan müdahale ile bu müdahale karşılığında yapılacak ödeme arasında sıkı bir

¹⁷⁶ AİHM’nin Lightow ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, Karar Tarihi: 08.07.1986, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=113>.

¹⁷⁷ 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>.

¹⁷⁸ Dağlı, H., (2007) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Hakkı, Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, s. 106.

¹⁷⁹ Dağlı, H (2007) *a. g. e.*, s. 106.

bağlantı vardır, bu konulardan birini etkileyen bir durum diğerini de zorunlu olarak etkileyecektir.¹⁸⁰

Bu husus, tazminat standartlarını belirlemede devleti tek yetkili makam haline getirmektedir. Mahkeme'nin bu konudaki denetim yetkisi, tazminat şartlarını tercihte devletin geniş takdir alanının dışına çıkıp çıkmadığını belirlemekle sınırlıdır.¹⁸¹

Mahkeme, devlet tarafından belirlenen tazminat şartlarının açıkça dayanaktan yoksun olması ve maliki aşırı bir külfet altına sokması halinde mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermektedir. Elbette ki kişilerin her durumda taşınmazlarının tam değerini alabilmeleri mümkün olamamaktadır, ancak değeri ile orantılı makul bir tazminat ödenmeksizin mülkiyet hakkına müdahalede bulunulması da mümkün değildir.

III. SONUÇ: AİHS VE 1982 ANAYASASI KARŞILAŞTIRMASI

AİHS ile 1982 Anayasası'nı karşılaştırmaya geçmeden önce bir noktanın altını çizmekte fayda görüyoruz.

Türk hukukunda mülkiyet hakkının niteliği ve sınırlandırılması açısından Sözleşme ile ulusal hukuk rakip değildirler. Sözleşme, Anayasanın 90. maddesi gereği ulusal hukuku tamamlayan, hatta kanun düzeyindeki normlara göre öncelikle uygulanması gereken bir hukuki metindir. Bundan dolayı, mülkiyet hakkının sınırlandırılması açısından Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinde sayılan şartlar, Türk hukukunda doğrudan uygulama alanı bulur.

¹⁸⁰ AİHM'nin Lightow ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, Karar Tarihi: 08.07.1986, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=113>.

¹⁸¹ 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>; Lightow ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, Karar Tarihi: 08.07.1986, Çeviren: Osman Doğru, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=113>.

Burada yapmaya çalıştığımız şey, her iki metnin mülkiyet hakkına bakışını gözler önüne sermektir.

1. Mülkiyet Hakkının Niteliği Yönünden

Mülkiyet hakkının niteliği yönünden 1982 Anayasası ile AİHS arasında esaslı bir fark bulunmamaktadır. Her iki metin de mülkiyet hakkının sosyal niteliğine önem vermekte ve kamu yararının gerektirdiği hallerde sınırlandırılabilirliğini kabul etmektedir.

Her ne kadar mülkiyet hakkı 1982 Anayasası'nda sosyal haklar ve ödevler kısmında değil de kişinin hak ve ödevleri arasında düzenlenmişse de bizzat kanun koyucu kendisi mülkiyet hakkının sınırlanabilirliğini ve kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağını öngördüğü için Anayasa'nın mülkiyet hakkının sosyal yönünü benimseydiğini kabul etmek gerekir. Üstelik 1982 Anayasası'na göre temel hak ve özgürlükler, hakların yanı sıra ödevleri de içerir. Anayasa Mahkemesi de mülkiyet hakkının Anayasa'da sosyal bir hak olarak düzenlendiğini kabul etmektedir.

Bu nedenle mülkiyet hakkının niteliği konusunda Sözleşme ve 1982 Anayasası arasında sonuca etki eder bir fark bulunmamaktadır. Fakat mülkiyet hakkının gelişimi yönünden Türk ve Avrupa hukuku arasındaki fark, AİHM ve Türk yargısının mülkiyet hakkına ilişkin yorumlarında bazı farklılıklara neden olabilmektedir. Avrupa'nın bugünkü mülkiyet sistemi; özel mülkiyetin kural, sınırlamanın istisna olduğu bir hukuk sisteminden gelmektedir. Bu nedenle, sosyal devlet ilkesinin benimsendiği günümüz Avrupa'sında bile mülkiyet hakkına bakışın bireysel mülkiyeti önde tutan yönünü kaybetmediği görülmektedir. Oysaki Türk hukuku; kamu mülkiyetinin kural, özel mülkiyetin ise istisna olduğu bir hukuk sisteminden gelmektedir. Bundan dolayı Türk yargısının mülkiyet hakkını yorumlarken bu devletçi yaklaşımlarını terk etmedikleri görülmektedir.¹⁸²

¹⁸² Bu yaklaşıma en güzel örnek sanırım Yargıtay'ın "kural olarak ülke topraklarının devlete ait olduğu, bu nedenle kadaströ tespiti esasında zilyetlik nedeniyle adına tespit edilen kişiye karşı Hazine'ce dava açılması durumunda ispat külfetinin tespit maliki olduğu" yönündeki kararlarıdır.

2. Mülkiyet Hakkının Kapsamı Yönünden

2.1. Mülkiyetin Konusuna Göre

Anayasa Mahkemesi Anayasa'yı, AİHM de Sözleşme'yi yorumlarken mülkiyet hakkının geniş yorumlama ve iktisadi bir değer ifade eden her türlü unsur mülkiyet hakkı kapsamında görme eğiliminde olmuştur. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında mülkiyetin kapsamını sadece maddi varlıklarla sınırlayarak fikri mülkiyet hakkı gibi maddi varlığı olmayan unsurları dışlamış ise de daha sonra verdiği kararlarında bu tutumundan vazgeçerek maddi varlığı olmayan fikri mülkiyet hakları ve alacak hakları gibi unsurları da mülkiyet hakkı kapsamında görmüştür. Bugün için hem Anayasa Mahkemesi, hem de AİHM iktisadi bir değer ifade eden unsurları mülk olarak değerlendirmektedir.

Fakat AİHM'nin mülkiyetin kapsamına ilişkin yorumu iki yönden Türk hukukundan ayrılmaktadır. Öncelikle AİHM "*iktisadi değer ifade etme*" kavramını geniş yorumlamaktadır. AİHM; müşteri kitlesi, alkollü içki satma ruhsatı gibi değeri para ile ölçülemeyen, bu nedenle iktisadi değer ifade etmesi zor olan unsurları da mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmiştir.

İkincisi AİHM içtihatlarına göre Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi ile korunan; mülk edinme hakkı değil, sadece "*mevcut mülk*" ya da "*meşru beklenti*"dir. Her ne kadar son zamanlarda AİHM'nin bu içtihadından sapma eğiliminde olduğunu gösteren bazı kararlar (Fokas/Türkiye; Karaman/Türkiye kararları gibi) söz konusu olsa da AİHM'nin içtihadını esaslı şekilde değiştirdiğine dair bir belirtiye rastlanmamaktadır. AİHM bu kararlarında bile eski içtihadını yenilemekte, fakat sadece bazı yeniliklerle kararını vermektedir. Oysaki 1982 Anayasası hem mevcut mülke, hem de mülk edinme hakkına yapılan müdahaleleri kapsamaktadır.

2.2. Malike Göre

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası'nın 35. maddesinin sadece gerçek ve tüzel kişilere değil, fakat aynı zamanda kamu tüzel kişilerine (buna mazbut vakıfların ve Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün mülkiyetinde bulunan taşınmazlar dahil) ait taşınmazları kapsadığı görüşün-

dedir. Mahkemeye göre özel mülkiyeti koruma altına alan anayasa koyucunun kamu mülkiyetini korumasız bıraktığı düşünülemez. Bu nedenle kamu mülkiyeti de kamu yararının gerektirdiği durumlarda kanunla sınırlanabilir ve kamu mülkiyetinin kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.

Buna karşılık Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi kamu idarelerine ait mülkleri kapsamamakta, sadece gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyet hakkını korumaktadır. Bu durumun sebebi ise Sözleşme'nin, sadece gerçek kişiler ile hükümet dışı kuruluşlara dava açma hakkını veren 34. maddesidir. 34. maddeye göre kamu tüzel kişilerinin kendi devletleri aleyhine dava açma ehliyetleri bulunmadığı için Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi, kamu tüzel kişilerinin mülkiyetlerinde bulunan malları korumamaktadır.

2.3. Müdahalenin Kimden Geldiğine Göre

1982 Anayasası'nın 35. maddesi mülkiyet hakkını sadece devletin müdahalelerine karşı değil, günümüzün modern ve karmaşık sosyal hayatının getirdiği diğer sosyal güçlerin (baskı ve menfaat gruplarının, dernek ve şirketlerin) ve üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı da korumaktadır.

Buna karşılık Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi, mülkiyet hakkına sadece devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yapılan müdahaleleri korumaktadır. Özel hukuk kişileri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar mülkiyet hakkı kapsamında korunmamaktadır.

Fakat AİHM, son zamanlarda verdiği bazı kararlarında (örneğin Öner Yıldız ve Diğerleri/Türkiye kararı) devletin mülkiyet hakkının korunması açısından bazı pozitif yükümlülükleri de olabileceğini vurgulamaktadır. Bu anlamda devlet mülkiyet hakkının gerek devlete, gerekse üçüncü kişilere karşı korunması için hem gerekli ulusal mevzuatı yürürlüğe koymak, hem de pratik ve operasyonel tedbirler almak durumundadırlar.

Dolayısıyla mülkiyet hakkının kime karşı korunacağı konusunda, 1982 Anayasası ve AİHS arasındaki farkın son zamanlarda önemli ölçüde azaldığı görülmektedir.

3. Mülkiyet Hakkının Sınırlanması Yönünden

3.1. Sınırlandırma Amaçlarına Göre

Sınırlandırma amaçları yönünden 1982 Anayasası ile Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi birbirinde oldukça benzemektedir. Öncelikle her iki hukuki metin de mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlandırabileceğini öngörmektedir.

Mülkiyetin toplum yararına kullanılmasını sağlama da ortak bir diğer sınırlama nedenidir. *"Mülkiyetin toplum yararına kullanılmasını sağlama"* ibaresi Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinde bir sınırlama nedeni olarak açıkça belirtilmişken 1982 Anayasası'nda sadece mülkiyetin kullanılmasının toplum yararına aykırı olmayacağı vurgulanmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi mülkiyetin toplum yararına kullanılmasını sağlamayı da bir sınırlama amacı olarak görmektedir. Bu nedenle *"mülkiyetin toplum yararına kullanılmasını sağlama"* ibaresinin 1982 Anayasası'nda bir sınırlama amacı olarak açıkça belirtilmemesinin uygulamada pek bir önemi bulunmamaktadır.

Bu benzerliklerin yanı sıra bazı önemli farklılıklar da söz konusudur.

İlk olarak Sözleşme'de bir sınırlama nedeni olarak kabul edilen *"vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak"* 1982 Anayasası'nda bir sınırlama nedeni olarak öngörülmemiştir.

İkinci olarak 1982 Anayasası'nın çeşitli maddelerinde¹⁸³ yer alan ve mülkiyet hakkına sınırlama getiren hükümler Sözleşme'de açıkça yer almamaktadır. Fakat bu hükümlerin amacı AİHM tarafından *"kamu yararı"* kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.

¹⁸³ Bu maddeleri; kıyılarla ilgili 43. madde, toprak mülkiyetiyle ilgili 44. madde, kamulaştırmayı düzenleyen 46. madde, devletleştirmeyi düzenleyen 47. madde, kültür ve tabiat varlıklarını düzenleyen 63. madde, vergileri düzenleyen 73. madde, doğal kaynakları düzenleyen 168. madde ve ormanların hukuki durumunu düzenleyen 169. madde olarak sıralayabiliriz.

3.2. Sınırlandırmada Bulunması Gereken Şartlara Göre

Sınırlandırmalarda bulunması gereken şartlar açısından Sözleşme ile 1982 Anayasası arasında ortak yönler bulunduğu gibi önemli farklılıklar da söz konusudur. Ortak yönlerin sayısı, farklılıklara göre oldukça azdır.

3.2.1. Ortak Yönler

3.2.1.1. Ölçülülük İlkesi

Ortak yönlerden ilki ölçülülüktür. Ölçülülük ilkesi 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde bir sınırlama sınırı olarak açıkça belirtilmiştir. Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinde ise açıkça belirtilmesine karşılık AİHM içtihatları, müdahale için kullanılacak araçların müdahale ile elde edilmek istenen hedefe uygun olması gerektiği yönündedir.

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.

AİHM ise ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden sadece elverişliliği ve oranlılığı, ölçülülük ilkesi adı altında uygulamaktadır. Elverişlilik ilkesinin AİHM tarafından uygulanmasında Mahkeme Sözleşmeciler devletlere önemli bir takdir hakkı tanımaktadır. Takdir yetkisinin aşılması şartı ile yapılan müdahalenin sorunu çözmede en uygun yöntem olup olmadığı konusunda devletlerin geniş bir takdir yetkisi vardır ve bu nedenle birden fazla çözüm yolu olan meselelerde en uygun çözüm yolunun hangisi olduğunu belirlemek AİHM'nin görev alanında değildir. Oranlılık ilkesi de AİHM tarafından müdahale ile ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında makul bir oranlılık ilişkisinin bulunması şeklinde tanımlanmakta ve uygulanmaktadır.

Demokratik toplumda gereklilik ilkesi, AİHM tarafından mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerde kullanılmamaktadır. Sadece mülkiyet hakkına müdahale sonucunu doğuran diğer temel hak ve özgür-

lülklerle sınırlamaların bir şartı olarak dolaylı yönden uygulanmaktadır. Örneğin Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 8. maddesi, ifade özgürlüğünün ancak demokratik toplumda gerekli olan durumlarda kısıtlanabileceğini öngörmektedir. İfade özgürlüğünün kısıtlanması yönünden basılı yayınlara el konulması durumunda AİHM, önce ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını sorgulamaktadır. Dolayısıyla bu kriter mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler açısından, sadece dolaylı yönden uygulama alanı bulmaktadır.

3.2.1.2. Tazminat Ödenmesi

Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinde ya da 1982 Anayasası'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerde malike tazminat ödeneceğine dair herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen hem AİHM, hem de Anayasa Mahkemesi malike tazminat ödenmesi gerektiğini, tazminat ödenmeksizin mülkün elinden alınmasının mülkiyet hakkına aykırılık teşkil edeceğini vurgulamaktadırlar.

Ancak tazminat standardı konusunda AİHM ile Anayasa Mahkemesi arasında önemli bir farklılık da söz konusudur. AİHM'ne göre ekonomik reform tedbirlerinin veya yaygın bir sosyal adaleti gerçekleştirmeye yönelik tedbirlerin hedeflediği "*kamu yararı*" meşru amacı, tam piyasa değerinden daha az bir ödeme yapılmasını gerektirebilir. Bu kapsamda maliklere ödenen tazminatın mülkün tam değerini yansıtmaması zorunlu değildir.

Oysaki Türk hukukunda mülkiyetin kamu idaresine geçmesi şeklinde cereyan eden müdahalelerde Anayasa'nın 46. maddesi gereği mülkün gerçek değerinin malike ödenmesi gerekir. Fakat burada şunu belirtmek gerekir ki 46. madde sadece mülkiyetin kamu idaresine geçmesi sonucunu doğuran müdahalelerde gerçek karşılığın ödenmesini garanti altına almaktadır.

3.2.2. Farklı Yönler

3.2.2.1. Müdahale Öngören Hukuk Normunun Niteliği

1982 Anayasası'nın gerek 13, gerek 35 ve gerekse mülkiyet hakkına müdahale öngören 43, 44, 46, 47, 63, 73, 168 ve 169. maddeleri gereği mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kanunla düzenlenmesi zorunludur. Diğer mevzuat normları ile (KHK dahil) mülkiyet hakkının sınırlandırılması mümkün değildir.

Buna karşılık Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların hukuk tarafından öngörülmesi gerektiğini ifade etmektedir. AİHM, ise "hukuk tarafından öngörülme" ibaresindeki hukuk kavramının sadece kanunları değil, tüzük, yönetmelik gibi diğer normları, hatta yüksek yargı içtihatlarını, hatta yazılı olmayan gelenek hukukunu kapsadığını ifade etmektedir.

3.2.2.2. Uluslararası Hukukun Genel İlkelerine Uygunluk Açısından

Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesine göre mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerin uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olması gerekmektedir. AİHM, uluslararası hukukun genel ilkelerini, üzerinde uzlaşma sağlanmış olan ve vazgeçilmez nitelikteki hukuk kuralları olarak görmektedir.

Fakat AİHM, uluslararası hukukun genel ilkelerine uygunluk şartının sadece vatandaş olmayanlar açısından uygulanabilir olduğunu, bu ilkenin vatandaşlar için uygulanamayacağını vurgulamaktadır.

Buna karşılık uluslararası hukukun genel ilkelerine uygunluk Türk hukukunda mülkiyet hakkının sınırlandırılması açısından uyulması zorunlu bir ilke değildir. Mülkiyet hakkının sınırlandırılması ile ilgili maddelerin hiçbirisinde bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır.

Fakat Anayasa'nın 90. maddesine göre usulüne uygun olarak onaylanmış milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Üstelik 90. maddeye 5170 sayılı Kanun'la eklenen cümleye göre Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi ne-

deniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

Bu durumda mülkiyet hakkına sınırlama getirebilecek kanunların temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalara aykırı hükümler ihtiva etmemesi gerekecektir.

Ancak uluslararası hukukun genel ilkeleri ile kastedilen Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmalar değildir. Bu ifade işkence yasağı, kölelik yasağı, müsadere yasağı gibi üzerinde hemen herkesin anlaştığı, genel kabul görmüş ve vazgeçilmez hukuk kurallarını ifade etmektedir. Bu kurallarının mülkiyet hakkının sınırlandırılması ile ilgili davalarda henüz Anayasa Mahkemesi'nce kullanılmadığı görülmektedir.

3.2.2.3. Demokratik Toplumun Gereklarine Uygunluk Açısından

Demokratik toplumun gereklerine uygunluk Türk hukuku açısından mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında uygulanması gereken bir ilkedir. Buna karşılık Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi açısından ise demokratik toplumda gereklilik uyulması zorunlu bir ilke değildir. Ancak bu ilke bazı durumlarda mülkiyet hakkına müdahale sonucu doğudan diğer temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başvurulan bir ilkedir.

Örneğin ifade özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuran kitap, dergi vb yayınların müsadereyi aynı zamanda mülkiyet hakkına da müdahale sonucunu doğurmaktadır. Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında ifade özgürlüğü sınırlandırılırken demokratik toplumda gereklilik ilkesine uyulmak zorundadır. Bu nedenle demokratik toplumda gereklilik ilkesi mülkiyet hakkının sınırlandırılması açısından zorunlu bir ilke değildir, sadece diğer temel hak ve özgürlüklere müdahale öngören ve neticesi itibarıyla mülkiyet hakkına müdahale sonucunu doğudan müdahaleler açısından uyulması zorunlu bir ilkedir.

3.2.2.4. Anayasa'nın Sözüne ve Ruhuna Uygun Olma, Hakkın Özüne Dokunmama, Laik Cumhuriyetin Gereklerine Aykırı Olamama

Anayasa'nın 13. maddesi gereği mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında uyulması gereken bu sınırlama sınırları (doğal olarak Sözleşme'de ve Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinde yer almamaktadır.

KAYNAKLAR

- Aliefendioğlu, Y. (2002) "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, Cilt: 19.
- Arslan, Z. (2002) "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 19.
- Birtane, Ş. (2007) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türk İdari Yargısına Etkileri", Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi.
- Bulut, N. (2006) "Mülkiyet Konusunda Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:X, Sayı:3-4.
- Carss-Frisk, M. (2003) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No.'lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü İnsan Hakları El Kitapları, No: 4, Ankara, 2003, İnternet Adresi: <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/kitapmad1pro.zip>.
- 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.
- Dağlı, H. (2007) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Hakkı", Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi.
- Diñç G. (2004) "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı", *İzmir Barosu Dergisi*, Ekim 2004, Sayı:69.
- Duran, L. (1982) *İdare Hukuku Ders Notları*, İÜHF, İstanbul, 1982.
- Dutertre, G. (2005) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadından

- Alıntılar”, Avrupa Konseyi yayınları, İnternet Adresi: http://www.coe.int/t/e/human_rights/awareness/7._special_projects/key_case_law_extracts_turkish.pdf.
- Eren F. (1974) “Mülkiyet Kavramı”, A. Recai Seçkin’e Armağan, AÜHF Yayınları No:351, 1974.
- Eren, F. (1977) “Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanunun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam”, *Medeni Kanununun 50. Yılı*, AÜHF Yayınları No. 408 Ankara, 1977.
- 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.
- 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.
- Fendoğlu, H. T. (2002) “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. Md 13” *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, Cilt: 19.
- 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.
- Grgiç ve Diğerleri (2007) “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.
- Güvenç, İ. (2008) “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi.
- Kaboğlu, İ. Ö. (2002) *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2002.
- Kocabaş, S. (2009) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Taraf Devletlere Yüklendiği Pozitif Yükümlülükler”, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi.

- 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.
- Pazarıcı, H. (1977) "Uluslararası Hukukta Jus Cogens Kavramı", *Prof. Dr. Bülent N. Esen'e Armağan*, Ankara, 1977.
- Poroy, M. A. (2006) "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Başvurucu ve Mağdurluk Statüsü", *TBB Dergisi*, Sayı 66, 2006.
- Sarı, H. G. (2006) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması*, Beta Yayınları, Nisan 2006, İstanbul.
- Savaş, V. F. (1998) "Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl:1998, Sayı: 15.
- Soysal, M. (1986) *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Altıncı Baskı, Gerçek Yayınevi, 1986.
- Ünal, Ş. (1994) "Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 1994, Sayı: 11.
- 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.

İnternet Kaynakları

- Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Bilgi Bankası, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>
- Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr>
- Yargıtay Başkanlığı AIHM Karar Sorgulama Sistemi, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm>
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar Sorgulama Sistemi, <http://cmiskp.echr.coe.int>

SPOR TAHKİM MAHKEMESİ'NİN (CAS) DEL BOSQUE vs. BEŞİKTAŞ AŞ UYUŞMAZLIĞINA İLİŞKİN VERMİŞ OLDUĞU KARARIN İNCELENMESİ

AN ANALYSIS OF THE ARBITRAL AWARD PRONOUNCED
BY CAS IN THE ARBITRATION
BETWEEN BESIKTAŞ AŞ AND DEL BOSQUE AT ALL

Murat ORUÇ*

Özet: Çalışmamızda, Spor Tahkim Mahkemesi'nin (CAS), Del Bosque vs. Beşiktaş AŞ arasındaki uyuşmazlığa ilişkin vermiş olduğu karar, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı da dikkate alınarak incelenmiştir. Bu bağlamda ilk olarak, taraflar arasındaki uyuşmazlığın kaynağı tespit edilmeye çalışılmış; daha sonra da, karara ilişkin değerlendirmelerimiz belirtilerek çalışma sonlandırılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Beşiktaş AŞ, Del Bosque, CAS, sözleşme, haksız fesih, fesih süresi, tazminat, cezai şart.

Abstract: In this case study, the arbitral award pronounced by the Court of Arbitration for Sport (CAS) in arbitration between Besiktas AS and Del Bosque is analyzed in the light of Swiss Code of Obligations and Turkish Draft Code of Obligations. In this context, source of the dispute has determined primarily. Later, our evaluations regarding mentioned arbitral award have explained.

Keywords: Besiktas AS, Del Bosque, contract, termination of contract without just cause, term of termination, compensation, penalty clause.

Uluslararası Spor Tahkim Mahkemesi'nin (CAS) 09.02.2007 tarih ve 2006/O/2055 sayılı kararının, incelememizle ilgili kısmının Türkçe çevirisi şöyledir:

* Av., İstanbul Barosu, Spor Hukukçuları Derneği Genel Sekreteri ve İstanbul Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı doktora öğrencisi.

“...**80.** *Taraflar 06.06.2004 tarihinden 30.06.2006 tarihine kadar kontrat ile bağlı olmayı kabul etmişlerdir. İş sözleşmesinin davalı tarafından erken feshedilmesinin sonuçları ayrıntılı olarak özel anlaşmanın 3.F1 ve 3.F2 maddelerinde belirtilmiştir.*

- *Önceden sözü edilen madde 3.F1 genel bir kural koyar: Eğer davalı 30.06.2006 tarihinden önce kontratı sonlandırmaya karar verirse, davalı, davacılara, eğer kontrat vadesinden önce kesilmeseydi davacıların kazanmış olacağı ücretlere tekabül eden bir tazminat ödeyecektir.*

- *Madde 3.F2 davalının kontratı birinci sezondan sonra etki etmek üzere sona erdirmesinde özel bir duruma işaret eder. Böyle bir durumda eğer kulüp ikinci sezon için 15.05.2005 tarihinden geç olmamak üzere kontratı feshetme opsiyonunu kullanırsa ikinci sezon için olan antrenörlük ücretini ödeyecektir.*

81. *27.01.2005 tarihinde, davalı, her bir davacıya aşağıdaki metni göndermiştir (davacılar tarafından İngilizceye çevirtilmiştir):*

“(...) 27.01.2005 tarihinden itibaren, sizle imzaladığımız kontratı iptal ettiğimizi bildiririz.”

Saygılarımızla

82. *Karşı tarafın (davalı) iddiası, bu şekilde davranarak madde 3.F2’de belirtilen opsiyondan yararlandığı şeklindedir. (buna göre) Davacıdan kaynaklanan finansal durumu ve tazminatı, davacıyı ivedilikle işten çıkartmaktansa opsiyonu resmen uygulamış olması ile aynı olmalıdır.*

83. *Jüri, kontratın her ne kadar davalı tarafından ivedilikle feshedilmesi madde 3.F2’de sağlanan opsiyonun uygulanması olarak düşünülemez ise de, madde 3.F1’in uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır.*

84. *Madde 3.F1, süre sonundan önce kontratın davalı tarafından feshedilmesi durumunda uygulanabilecek genel ilkeleri açıkça ortaya koymaktadır. Bu da bütün ücretlerin ödenen tutarlar düşüldükten sonra tazminat ödenmesini açıkça belirtir. Madde 3.F1’in bütün sözleşmesel süreye tekabül eden tutara açıkça atıf yaptığı not edilmelidir.*

85. *Madde 3.F2, bir özel durum için, örneğin kulübün anlaşmayı ikinci sezona etki etmek üzere, 15.05.2005 tarihinden önce feshetmesi durumunda madde 3.F1’de zikredilenden farklı bir kuralı belirtmektedir.*

86. Madde 3.F2, madde 3.F1 uygulamasının bir istisnasıdır. Bu istisna yürürlükte olan sözleşme süresinin bir sezona indirilmesine tekabül eder.

87. Jüri, sezonun başlangıcı ve bitimi aynı yıl olan ülkeler hariç olmak üzere, madde 3.F2'nin açıkça, futbol alanında kontratlar için doğal bir sona erme tarihi olan 2004–2005 sezonu sonunda olağan bir fesih durumuna uygulanacağı sonucuna varmıştır.

88. İlgili kişilere etkisi olarak, böyle bir feshetme, işbirliğinin doğal sona ermesini ifade eder. Bu sözleşme şeklinin taraflara uygulanmasını ifade eder ve hiçbir olumsuz anlamı yoktur.

89. Sezon süresi içinde derhal işten çıkarma başka bir konudur. Böyle bir işten çıkarma ilgili kişilerin görevlerini tatmin edici bir şekilde gerçekleştirmelerinde başarısızlığa aksi halde sözleşme yükümlülüklerinin ihlaline delalet eder. Bunun ilgili kişiler üzerinde tamamen farklı etkileri vardır.

90. Bu bağlamda Jüri, Del Bosque'nin, 3.F2 maddesini göz önünde bulundurarak duruşmada verdiği "eğer davalı hizmet sözleşmesini birinci yılın sonunda sona erdirecekse, böyle bir fesih sezon sonundan önce meydana gelmeyecektir" şeklindeki ifadesini kayda değer bulmuştur. Jüri, iş sözleşmesinin sezon sonunda muntazam bir şekilde sona erdirilmesinin aksine, derhal feshedilmesinin, bu feshin aleni niteliği, medyanın yoğun ilgisi ve bunların doğurduğu doğrudan ya da dolaylı yansımalar da göz önüne alındığında, olumsuz etkinin daha fazla olacağına kanaat getirmiştir. Bu doğrultuda, özel sözleşmenin 3.F2 maddesinde hüküm altına alınan ve sözleşmenin süresini kısaltma imkânı veren şartın yalnızca olağan fesih dönemlerinde uygulanması gerekir.

91. Davalı tarafın bu sözleşmeyi feshederken 2005 sezonunun sonuna kadar, eğer var ise hak edilen bonuslar ile birlikte sair tazminatların ödeneceğine ilişkin bir atıf ya da tercih hakkını kullandığına ilişkin açıklamada da bulunmamıştır.

92. Dolayısıyla Jüri, davalı tarafından 25.01.2005 tarihinde gerçekleştirilen anında feshin, madde 3.F2'de zikredilen opsiyonun uygulanması olarak düşünülmemeyeceği sonucuna varmıştır. Feshetme, anlaşmanın davalı tarafından ihlal edildiğini ifade eder, böyle bir durumda madde 3.F1'de zikredilen genel kural uygulanabilir.

93. Yukarıda verilenlere göre, daha fazla inceleme yapmak veya anlaşmayı kısaltan opsiyonun yürürlükteki İsviçre Hukuku hükümlerine göre geçerli olup olmadığının tespit edilmesi gereksiz görünmektedir..."

CAS, taraflar arasında imzalanan 6 Haziran 2004 tarihli sözleşmenin "Tazminat" başlıklı kısmını kararına dayanak yaptığından, sözleşmenin bu kısmına da yer vermenin uygun olacağını düşünüyoruz. Söz konusu kısmın Türkçe çevirisi ise şöyledir:

"F) TAZMİNAT

3.F1. *Eğer kulüp sözleşmeyi süresinden önce sona erdirirse, antrenör'e fesih tarihinde muaccel olan bütün maaşları ve bonusları ödeyecektir. Hiçbir durumda bu sözleşmenin erken feshinden hasıl olan tutar, bu varsayılan fesih tarihine kadar kulüp tarafından ödenmiş tutar olan, net 4.000.000 Euro'dan düşüldükten sonra oluşan rakamdan az olmayacaktır. Böyle bir fesih halinde ödenecek miktar antrenörün fesih tarihindeki vergi ikametgâhu göz önüne alınarak ödenir.*

F2. *Eğer kulüp 15 Mayıs 2005 tarihinden sonraki bir tarihte olmamak şartıyla, ikinci sezon için sözleşmeyi sona erdirme opsiyonunu kullanırsa, ikinci sezon için belirlenen maaşları ödemez. Bu durumda 2004-2005 sezonu için anlaşılan miktarlar hakkında kulüp, Ocak 2005 tarihinden itibaren ödenen miktarları, her zaman antrenörün İspanya'nın vergi mukimi olduğu varsayımını, yani %45 vergi oranını göz önüne alarak yeniden hesaplar.*

F3. *Eğer antrenör kendi gerekçeleriyle istifa ederse, istifa tarihinden sözleşmenin sona ereceği tarihe kadar hesaplanacak maaşları kulübe tazminat olarak öder."*

GİRİŞ

Davacı antrenör Vicente Del Bosque Gonzalez ve üç adet yardımcısı, Beşiktaş A. Ş. tarafından aralarındaki hizmet sözleşmesinin ifa süresinden önce feshedilmesi üzerine, sözleşmedeki tahkim şartına dayanarak Uluslararası Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) nezdinde bir dava ikame etmişlerdir.¹

Kulüp, CAS'nin bu davaya bakmaya yetkili olmadığına ve TFF Tahkim Kurulu tarafından verilmiş hükmün kesin hüküm niteliğine

¹ Çalışmamızda, Vicente Del Bosque Gonzalez antrenör olarak, Beşiktaş Futbol Yatırımları San. ve Tic. Anonim Şirketi ise, kulüp olarak anılacaktır.

sahip olması nedeniyle, tahkim yargılamasının görülmesinin mümkün olmadığına ilişkin bir savunmada bulunmuştur. Kulüp bundan başka, kulüp ile antrenör ve çalıştırıcılar arasında ancak ve ancak Federasyon'un belirlediği matbu haldeki "tip sözleşme" imzalanmak suretiyle bir hizmet akdi kurulabileceğini belirtmiştir. Bu iddiaya göre, "tip sözleşme" hükümleri, daha önceden taraflar arasında imzalanmış özel sözleşmelere galip gelmektedir.

Çalışmamızı borçlar hukuku prensipleri ile sınırlamış olduğumuzdan, usul hukukuna ilişkin bir inceleme içerisine girmeyeceğimiz gibi bu hususlardaki taraf iddialarını da değerlendirmeyeceğiz. Bu bağlamda, aşağıda ilk olarak CAS öncesindeki süreçten bahsedeceğiz. Daha sonra da, sözleşmenin hükümlerini inceleyerek, uyuşmazlığın kaynağı ve CAS'nin verdiği karar hakkındaki şahsi kanaatimiz belirtip, çalışmamızı sonlandıracağız.

Çalışmamızda yalnızca antrenörden bahsedilmiş olup, antrenör hakkında söylenenler aynı esaslar çerçevesinde yardımcı çalıştırıcılar için de geçerlidir. CAS da, esas hakkındaki hükmünü antrenör üzerinden vererek, yardımcı çalıştırıcılar için de aynı çözümün uygulanacağını zımnen kabul etmiştir.

I. TARAFLAR ARASINDAKİ UYUŞMAZLIĞIN TESPİTİ

A. Tahkim Yargılaması Öncesindeki Gelişmeler

Davalı futbol kulübü Beşiktaş Futbol Yatırımları San. ve Tic. AŞ ile davacı antrenör Vicente Del Bosque Gonzalez arasında, 06.06.2004 tarihinde bir sözleşme imzalanmıştır. Bu sözleşme 2004-2005 ve 2005-2006 sezonları için akdedilmiş olup 30.06.2006 tarihinde sona erecektir.

Anılan sözleşme uyarınca davacı, sözleşme süresi boyunca tam zamanlı bir antrenör olarak elinden gelen tüm çabayı göstermek suretiyle kulübe sadakat ve gayretle hizmet edecek, bunun karşılığında kulüpten 2004-2005 sezonu için 1.750.000 Euro, ikinci sezon olan 2005-2006 sezonu için ise, 2.250.000 Euro olmak üzere toplam iki sezon için 4.000.000 Euro ücrete hak kazanacaktır.

Sözleşmenin tazminat başlığı altındaki 3.F1, 3.F2 ve 3.F3 maddeleri, sözleşmenin feshinin sonuçları düzenlenmiştir. Burada yer alan

3.F1 hükmüyle, sözleşmenin feshi halinde kulübün ödeyeceği tazminat miktarını; 3.F2 kulübün sözleşmeyi ikinci sezon için fesih hakkını; 3.F3 ise, antrenörün istifası halinde kulübe ödemekle yükümlü olacağı miktarı hüküm altına almaktadır.

Davacı, sözleşme ile kararlaştırılan edimin ifası maksadıyla 17.06.2004 tarihinde Türkiye'ye taşınmıştır. Davacı, aradan yaklaşık yedi ay geçtikten sonra 27.01.2005 tarihinde, "...sizinle imzalamış olduğumuz sözleşmeyi 27.01.2005 tarihinden itibaren feshettiğimizi bildiririz" şeklinde bir mektup ve yine aynı gün sözleşmelerinin 27.01.2005 tarihinden itibaren feshedildiğini bildiren ve noter kanalıyla ellerine ulaşan bir ihbarname almıştır.

Davacı bunun üzerine kulüpten sözleşmenin 3.F1 maddesinde öngörülen sözleşmenin feshi halinde kulübün ödemesi öngörülen miktarı talep etmiş, kulüp ve TFF nezdindeki girişimlerinden istedikleri sonucu alamayan davacı, sözleşmede yer alan tahkim şartına binaen CAS'da kulüp aleyhine dava açmıştır.

B. Sözleşmenin İncelenmesi

1. Unsurları ve Hukuki Niteliği

Sözleşmenin 1. maddesinde, "*antrenör burada belirlenen dönem boyunca tam zamanlı bir antrenör olarak elinden gelen tüm çabayı göstermek suretiyle kulübe sadakat ve gayretle hizmet etmeyi kabul etmektedir*" denmektedir. Yine sözleşme m.A1 uyarınca, antrenör bu edimi karşılığında 2004-2005 sezonu için 1.750.000 Euro, m.A2 uyarınca ise 2005-2006 sezonu için 2.250.000 Euro ücrete hak kazanacaktır. Sözleşme m.A2/b uyarınca ise, antrenöre ödenecek bu tutarlar net tutarlardır ve vergiden ari olarak ödenecektir. Kulüp ile antrenör arasında imzalanan bu sözleşme, 2005-2006 sezonu sonunda, 30.06.2006 tarihinde kendiliğinden sona erecektir.

Kararlaştırılan bu edimler tarafların asli edimi olup, sözleşmenin unsurları hakkında bize fikir vermektedirler. Antrenör belirlenen süre boyunca kulübe ait futbol takımını çalıştırmayı, müsabakalar ve antrenmanlar esnasında takımı idare etmeyi, kısacası antrenörlük görevini üstlenerek kulüp için bir faaliyette bulunmayı taahhüt etmiştir. Buna göre, sözleşmenin ilk unsurunun bir işin görülmesi ve taraflar

arasındaki sözleşmenin de bir iş görme sözleşmesi olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim bütün iş görme sözleşmelerinde taraflardan birisi (iş gören) bir iş görmeyi, bir insan faaliyetinde bulunmayı taahhüt eder.²

Antrenör, yukarıda belirttiğimiz işi görürken aynı zamanda kulübün işin görülmesindeki menfaati gerçekleştirmektedir. Antrenörün sözleşme ile yükümlendiği borç, bir sonuç borcu değildir. Antrenörün iş görme fiili, sözleşme ile belirlenen süre boyunca devam edecek ve bu süre boyunca kulübün edimden olan menfaatini tatmin edecektir. Kulüp ile arasındaki ilişkide antrenörün iş görme taahhüdü, kendisi ile kulübü bir süre için bağlayan zincirin bir halkasıdır.³ Antrenör iki sezona yayılmış edim borcunu yerine getirdikçe, kulübün bu sözleşmeden gözettiği yarar, ifa edilen edim nispetinde ve zaman içerisinde gerçekleşecektir. Bu tür borç ilişkilerine sürekli borç ilişkisi denir.⁴ Bu sebeple, antrenör ile kulüp arasındaki bu sözleşmenin bir sürekli borç ilişkisi doğurduğunu ve sürekliliğin de sözleşmenin bir unsuru olduğunu söyleyebiliriz.

Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 1. maddesinde, antrenörün görevlerini yerine getirirken, kulübün yönetim kuruluna ve başkana karşı sorumlu olacağı belirtilmektedir. Sözleşmede yer alan bu hüküm, antrenör ile kulüp arasındaki hukuki ilişkiyi nitelendirmek için yeterli olmasa da, antrenörün kulübe bağımlı olarak ve kulübün emir ve talimatlarına uymak suretiyle iş görme edimini yerine getireceğini söyleyebiliriz. Kulüp ile antrenör arasındaki bu bağımlılık ilişkisi, sözleşmenin karakteristik, yani tip tayin edici bir unsuru olmakla beraber, sözleşmenin vekalet, istisna gibi diğer iş görme sözleşmelerinden ayrılıp hizmet sözleşmesi olarak vasıflandırılmasındaki en önemli unsurunu teşkil etmektedir.⁵ Her ne kadar BK m. 313'ün hizmet akdini ta-

² Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul, 2008, s. 4; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. bs., İstanbul, 2007, s. 16; Tunçomağ, bu tür sözleşmeleri "başkasının hizmetinde veya çıkarı için çalışma sözleşmeleri" olarak adlandırmaktadır. Bu hususta Bkz. Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, C. II, 2. bs., İstanbul, 1974, s. 400.

³ Tunçomağ (Borçlar Özel), s. 406.

⁴ Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul, 1976, s. 4 vd.

⁵ Anayasa Mahkemesi de, T. 26-27.9.1967, E. 1963/366, K. 1967/29 sayılı kararında, iş (hizmet) sözleşmesinde işçinin çalışmasını işverenin gözetimi ve yönetimi altın-

nımlayan lafzında bağımlılık unsuruna yer verilmese de, 4857 sayılı İK m. 8 “iş sözleşmesi, bir tarafın işçi olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinde oluşan sözleşmedir.” diyerek bağımlılık unsurunu açıkça ifade etmiştir.⁶

Antrenör bu iş görme edimi karşılığında kulüpten m.A1 ve A2’de belirtilen ücreti, karşı edim olarak alacaktır. Nitekim ücret, hizmet sözleşmesi için olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir unsurdur.⁷

Antrenörün, kulübün emir ve talimatları doğrultusunda, iki sezon için belirli bir ücret karşılığında bir işi görme taahhüdü, hizmet sözleşmesine ait bütün unsurları bünyesinde barındırır ve incelediğimiz sözleşmenin hukuki niteliğinin bir hizmet sözleşmesi olması sonucunu doğurur.

2. Sona Ermeye İlişkin Hükümleri

a. İfa Süresine İlişkin Hükümler

Antrenör ile kulüp arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin hizmet sözleşmesi olduğunu ve bu sözleşmenin taraflar arasında bir sürekli borç ilişkisi doğurduğunu, sözleşmenin unsurlarını ve hukuki niteliğini incelerken belirtmiştik. Bilindiği gibi sürekli borç ilişkileri, bünyelerinde bir sona erme sebebi taşımazlar ve sona ermeleri ancak dışarıdan bir müdahale ile söz konusu olur.⁸ Bu müdahalelerden ilk akla geleni, tarafların bir ifa süresi kararlaştırmalarıdır. Taraflar ifa süresini, daha doğru bir ifade ile süre unsurunu, ifanın biteceği bir tarihe açıkça atıfta bulunmak suretiyle sınırlayabilirler.⁹ Gerçekten de, antrenör ile kulüp arasındaki hizmet sözleşmesinde 30.06.2006 tarihi, ifa süresinin biteceği tarih olarak kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin kuruldu-

da yaptığını, iş sözleşmesinden başka sözleşmelerde bağımlılık unsurunun bulunmadığını belirtmiştir. Kararın anıldığı yer için Bkz. Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, 21. bs., İstanbul, 2008, s. 77, dn. 13.

⁶ BKT m. 392/I “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir” hükmü ile bağımlılık unsuruna açıkça yer vermiştir.

⁷ Tunçomağ (Borçlar Özel), s. 407.

⁸ Seliçi, s. 65.

⁹ Tunçomağ (Borçlar Özel), 462; Seliçi, s. 71.

ğu tarihten, 30.06.2006 tarihine kadar sürekli borç ilişkisinin ifa hali devam edecek ve kararlaştırılan bu sürenin geçmesi ile sürekli borç ilişkisi sona erecek, taraflar arasındaki borç ilişkisinden artık yeni edim borcu doğmayacaktır. Nitekim BK m. 338 *"hizmet akdi, muayyen bir müddet için yapılmış... ise, hilafı mukavele ile tayin olmadıkça feshi ihbara hacet olmaksızın bu müddetin müruriyle, akit nihayet bulur"* demekle, sona ermesi muayyen bir tarihle belirlenmiş hizmet sözleşmesinin aksi kararlaştırılmış olmadıkça belirlenen sürenin geçmesi ile son bulacağını hüküm altına almıştır. Tarafların bu durumda ayrıca bir hukuki işlemde bulunmalarına da gerek yoktur.¹⁰ Burada söz konusu olan, sürekli borç ilişkisinin kendiliğinden sona ermesidir.

Hizmet sözleşmesi ile bir ifa süresinin kararlaştırılmış olması, taraflar arasındaki sözleşmeyi belirli süreli hizmet sözleşmesi yapar. Bir sözleşmenin belirli süreli olarak akdedilmesi o sözleşmenin süreklilik niteliğini ortadan kaldırmaz. Sürekli borç ilişkisi ile ani edimli borç ilişkisi arasındaki en temel fark da, taahhüt edilen borca zaman unsurunun yaptığı etkide gözlenir.¹¹ Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, sürekli borcun sona ermesinin ifa süresinin geçmesinde değil, sözleşmenin sona erme anına kadar sözleşmeye uygun ifade aranması gereğidir. Gerçekten de, sözleşmeye uygun ifa ile borçlu borcundan kurtulacak ve uygun ifa durumu, asli edim borcunun bir ikinci derecede tazminat borcuna dönüşmesini engelleyecektir. İfa süresinde sürekli edim borcu sözleşme uyarınca yerine getirilmez ise, antrenörün iş görme borcu bir tazminat borcu olarak sürecek ve borçlu borcundan kurtulmuş olmayacaktır.¹²

b. Feshe İlişkin Hükümler

1. Belirli Süreli Sözleşmelerde Fesih İmkânı

Yukarıda yer alan açıklamalarımızda, süreklilik unsurunun bir ifa süresi tayin etmekle sınırlanabileceğini ve kararlaştırılan sürenin geçmesini bir kendiliğinden sona erme sebebi olarak belirtmiştik. Bununla birlikte, bu gibi durumlarda tarafların bir hukuki işlemde bulun-

¹⁰ Çelik, s. 181.

¹¹ Seliçi, s. 5.

¹² Seliçi, s. 74.

masına gerek kalmaksızın, sürekli borç ilişkisinin sözleşmeye uygun ifa ile sona ereceğini, fakat sürekli borcun sözleşmede kararlaştırılan şekilde ifa edilmemesi durumunda, asli edim borcunun bir tazminat borcu olarak devam edeceğine dikkat çekmiştik.

Taraflar ifa süresinin bitme anını kararlaştırmış olsun ya da olmasın, Kanun bazı hallerde taraflara ek birer yetki tanıyarak ifa süresini sınırlandırma ve bunun bir sonucu olarak sözleşmeden tek taraflı ve ileriye etkili (*ex nunc*) olarak kurtulma yetkisi tanımıştır. Bu yetki, fesih hakkı olarak adlandırılır ve hak sahibine tek taraflı olarak, ulaştırılması gerekli bir irade beyanıyla borç ilişkisini derhal ya da belirli bir sürenin geçmesiyle, ileriye etkili olarak ortadan kaldırabilme imkânı verir. Şunu da belirtelim ki, söz konusu fesih hakkı, nitelik itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir haktır.¹³

Kanun'un bu yetkiyi vermesinin sebeplerini iki şekilde açıklamak mümkündür. Bunlardan ilki, sözleşmesel edimin ihlali halinde, bu ihlalden zarara uğrayan tarafın, akdi ihlal eden tarafla hiçbir ilişkisinin kalmaması menfaattir.¹⁴ Sürekli borç ilişkilerinde çoğu zaman akdin ihlali neticesinde zarara uğrayan kimsenin zararını tazmin etmek yeterli olmamakta, akitten olabildiğince çabuk kurtulmak asıl faydayı teşkil etmektedir.¹⁵ Tarafların bu menfaati, sözleşme ister belirli ister belirsiz süreli akdedilmiş olsun, Kanun tarafından tanınan bir olağanüstü fesih hakkı ile tatmin edilir.¹⁶ Olağanüstü fesih, icrasına başlanmış sürekli borç ilişkilerinde, akdin müspet ihlali de dâhil olmak üzere, ifa engellerinin ileri sürülmesi imkânı verir. Bu şekilde bir ifa engeli neticesinde çöken kişisel ilişkiden etkilenen ve artık sözleşmesel ilişkiye devam etmesini beklemenin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği taraf, ister belirli, ister belirsiz süreli olarak akdedilmiş olsun, borç ilişkisine olağanüstü fesih müessesesini kullanarak son verebilecektir. Belirli ya da belirsiz süreli sözleşmelerde meydana gelen

¹³ Sarper Süzek, *Hizmet Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*, yayınlanmamış doktora tezi, Ankara, 1974, s. 8; Seliçi, s. 115; Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 2. bs., İstanbul, 2007, s. 115; M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 15. bs., İstanbul, 2008, s. 144; Çelik, s. 184.

¹⁴ Andreas B., Schwarz, *Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle Fesih*, Ebul'ula Mardin'e Armağan'dan Ayrı Bası, İstanbul, 1943, s. 759.

¹⁵ Schwarz, s. 760.

¹⁶ Tunçomağ (Borçlar Özel), s. 478; Seliçi, s.156.

bir ifa engelinin her durumda taraflara olağanüstü fesih yetkisi verdiği söylenemez. Söz konusu ifa engeli, taraflardan birisi için sözleşmenin devamını çekilmez hale getiriyor ise, bir olağanüstü fesih hakkının varlığından söz edilebilir ki, çekilmezlik yaratan söz konusu ifa engeli, o taraf bakımından bir haklı sebep teşkil eder. Örnek vermek gerekirse, kusurlu imkânsızlık, kötü ifa, temerrüt, sürekli borç ilişkisi bakımından o ilişkiyi çekilmez hale getirdiği nispette bir haklı sebep teşkil edecektir.¹⁷ Haklı sebebin varlığı tarafa bir fesih hakkı verir. BK'da haklı sebebin bir tanımı verilmemiş olmakla birlikte, m. 344/I/c.2 "ezcümle ahlaka müteallik sebeplerden dolayı yahut hüsnüniyet kaideleri noktasında iki taraftan birini artık akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal, muhik bir sebep teşkil eder" diyerek, tanımdan ziyade nelerin haklı sebep sayılabileceğine ilişkin örnek vermiştir.¹⁸ Netice olarak diyebiliriz ki, haklı sebeple fesih hakkı, dürüstlük kuralları gereği artık akde devam etmeye zorlanamayacak tarafa hizmet akdinden sıyrılma imkânı verir.¹⁹

Kanun bazı durumlarda ise, sınırları belirli olgulara fesih sonucunu bağlamış ve bunun gerçekleşmesi halinde o olgunun ilişkiyi bir taraf için çekilmez hale getirip getirmediğine bakmaksızın, başka bir ifade ile haklı sebebin varlığı araştırmasına gitmeksizin fesih hakkının doğduğunu kabul etmiştir. "İş sahibi borcu ödemekten aciz olduğu takdirde, işçi, talebi üzerine münasip bir müddet zarfında ücreti için teminat verilmezse akitten rücuva selahiyettar olur" diyen BK m. 346, bu duruma örnek olarak verilebilir. Hükmün lafzında, her ne kadar "akitten rücuva" (dönme) ifadesi kullanılmışsa da, buradaki husus, borç ilişkisinin ileriyeye etkili olarak sona erdirilmesi olup, hükümde ifade edilmek istenen şey akdin olağanüstü feshidir.²⁰ Bu halde, artık çekilmezlik araştırılmasına girilmeyecek ve hükümde gösterilen, sınırları çizilmiş "işçinin

¹⁷ Seliçi, s. 194.

¹⁸ Tunçomağ (Borçlar Özel), s. 478; Kanun koyucu mevzuatımızda haklı sebep tanımını bir tek TK. m.187 ile kollektif ortağın feshi ve ortağın çıkarılması bakımından yapmıştır. Bu hükme göre haklı sebep, "şirketin kuruluşunu mucip olan fiili ve şahsi mülahazaların şirket maksadının husulünü imkânsız kılacak veya güçleştirecek surette ortadan kalkmış olmasıdır." Söz konusu hüküm genel bir hüküm niteliği taşıdığından, kanunun açıkça yollamada bulunmadığı hallerde dahi, örneksene yoluyla uygulama alanı bulabileceği hususunda Bkz., Ersin Çamoğlu, *Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması*, İstanbul, 2008, s. 24.

¹⁹ Süzek, s. 11.

²⁰ Salamon Kaniti, *Akdin İfa Edilmediği Def'i*, İstanbul, 1962, s. 74.

borç ödemededen aciz hale gelmesi” ve “teminatın gösterilmemesi” olgusunun varlığının tespiti ile olağanüstü fesih hakkı doğmuş kabul edilecektir. İşte bu hallerde, bir *“özel olağanüstü fesih sebebi”* var addedilir ve haklı sebepten ayrı bir olağanüstü fesih sebebi olarak karşımıza çıkar. Bununla birlikte, irade muhtariyeti prensibi göz önüne alındığında tarafların aralarında anlaşması ile de bazı olay veya durumların meydana gelmesinin özel olağanüstü fesih sebebi olarak kararlaştırılabileceğini söylemek mümkündür.

Kanun’un tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşmeden kurtulma imkânı vermesinin ardındaki ikinci neden ise, bir ifa süresi kararlaştırılmamış yani belirsiz süreli olarak akdedilmiş borç ilişkilerinde edim borçlarının sonsuz olarak devam etmesinin kişi özgürlüğünü kısıtlayacağı öngörüsünde aranmalıdır. İşte bu hal, Kanun’un da sistematüğünde öngörüldüğü üzere, olağan fesih müessesesiyle telafi edilmiştir. Hizmet akdinde yer alan bağımlılık unsuru, bu tür bir akdin feshine hâkim olan ilkeleri de ister istemez etkilemektedir. Belirsiz süreli olarak akdedilmiş hizmet akdinin olağan fesih müessesesi sayesinde hiçbir fesih sebebi bildirmeksizin feshetme hakkının tanınması, deyim yerindeyse, akdi bir köleliği de ortadan kaldıracaktır.²¹ Olağan feshin işletilebilmesi için bir ifa engelinin, daha da özele inerse, bir müspet ihlal olgusunun veya zararın meydana gelmiş olması şart değildir. Sürenin belirlenmemiş olması tek başına olağan fesih kurumunun işletilebilmesi için yeterlidir. Olağan feshin, olağanüstü fesihten farkı, bir sebebe dayanmak ihtiyacı olmaksızın geçerli olmasıdır.²²

Kanun bazı hallerde, belirli süreli olmasına rağmen o borç ilişkisinin olağan fesih ile sona erdirilebileceğini de kabul etmiştir. Örneğin, yirmi yıllık bir süre için hizmet ilişkisi ile bağlı kalınması taahhüdü, vazgeçilmez bir hak olan kişisel özgürlüğü açıkça kısıtlayacaktır. Bu hallerde belirsiz süreli bir sözleşme değil, belirli, ancak fahiş süreli bir sözleşme söz konusudur. Kanun, örneğin ifa süresinin yirmi yıl gibi bir süre için kararlaştırıldığı durumlarda da, bir ifa engeli mevcut olmasa dahi, sözleşmenin tek taraflı bir hukuki işlem ile kısacası bir olağan fesih ile sona erdirilebileceğini öngörmüştür. Bu düşünce tarzı, BK m. 343’de *“bir hizmet akdi, bir tarafın yaşadığı müddetçe yahut on se-*

²¹ Süzek, s. 6.

²² Seliçi, s. 146.

neden fazla için yapılmış ise işçi, bunu on sene geçtikten sonra her zaman ve bir aylık ihbar müddetine riayet şartıyla tazminat dahi vermeksizin feshedebilir” şeklindeki hüküm ile karşımıza çıkmaktadır. Görüldüğü üzere, ifa süresinin on yıldan fazla bir süre için kararlaştırıldığı durumlarda bu süre fahiş kabul edilecek ve taraflar olağan fesih yolu ile belirli süreli akdedilmiş bu sözleşmeden tek taraflı olarak kurtulabilecektir. Bu durumlarda işçinin kişi özgürlüğünün korunmasındaki fayda, irade serbestisi prensibine ağır basmaktadır.²³

Yukarıda yer alan bilgileri nihai olarak özetlemek gerekirse, ister belirli ister belirsiz süreli olarak akdedilmiş olsun hizmet sözleşmeleri, haklı bir sebebin ya da Kanun veya taraflarca önceden öngörülmüş bir özel olağanüstü fesih sebebinin varlığı halinde tek taraflı bir hukuki işlem ile sona erdirilebilir. Buna olağanüstü fesih denir. Bununla birlikte, belirsiz süreli hizmet sözleşmeleri ise, bir haklı ya da özel olağanüstü fesih sebebi bulunmadan her zaman tek taraflı bir hukuki işlem ile sona erdirilebilir. Buna da olağan fesih işlemi denir. Bir fesih sebebi olmaksızın fesih ancak ve ancak olağan fesih ile mümkündür. Olağan feshin buradaki işlevi, Kanun veya taraf iradesi ile ifa süresinin sınırlandırılmasıdır.

Hiç tereddütsüz kabul edilmelidir ki, bazı hallerde olağan fesih, yani hiçbir fesih sebebine ihtiyaç duyulmadan tek taraflı bir irade beyanı ile fesih hakkının kullanılması, muhatap açısından birtakım zorluklar meydana getirebilir. Dahası, hiç beklenmedik bir anda ulaşan fesih beyanı ile işinden yoksun kalan işçi veya hizmetten yoksun kalan işveren, telafisi mümkün olmayan zararlara da uğrayabilir. Kanun, işte bu gibi durumların önüne geçmek amacıyla, olağan fesih hakkını süre ile sınırlandırmış ve feshin etkisini ancak Kanun'da belirlenen fesih sürelerinin geçmesi ile doğuracağı fikrini benimsemiştir.

Yukarıda irade serbestisi prensibinden bahsederken, tarafların yalnızca sözleşme yapıp yapmama hususundaki serbestisinden değil, sözleşmenin konusu ve içeriğini serbestçe tayin edebilecekleri prensibinden de bahsetmiştik. İrade serbestisi prensibinin bir sonucu olarak, Kanun'da belirlenen istisnalar dışında kural olarak olağan fesih

²³ BK m. 343 hükmü olmasaydı, yani olağan bir fesih hakkı kanun ile tanınmamış olsaydı, on yıldan fazla bir süre için kararlaştırılmış iş sözleşmelerinin BK m. 20 uyarınca batıl sayılacağı hususunda Bkz. Tunçomağ (Borçlar Özel), s. 474.

ile sona ermeye müsait olmayan sözleşmeler (belirli süreli) bakımından bile taraflar bir fesih süresi öngörebilir ve bu fesih sürelerine riayet edilmek koşuluyla fesih nedeni bulunmadan da sözleşmenin tek taraflı bir hukuki işlemle sona erdirilebileceğini kararlaştırabilirler. Tarafların sözleşme ile veya sözleşmeden ayrı olarak bir ifa süresi kararlaştırdıkları düşünülüğünde, benzer bir görev ifa eden olağan feshi de, sözleşme ile hatta ve hatta belirli süreli akdedilecek olan bir sözleşme ile de kararlaştırmalarına bir engel yoktur.²⁴ Bu durumlarda olağan feshin hükmü, fesih beyanının karşı tarafa varması ile meydana gelmemekte ve fakat feshin sonuçlarını doğurması yani sürekli borç ilişkisinden yeni sürekli edimlerin doğmasının engellenmesi, belirli sürelerin sonuna ertelenmektedir.²⁵ Ancak unutulmamalıdır ki, tarafların olağan feshe müsait olmayan bir borç ilişkisi için, diğer bir ifade ile belirli süreli borç ilişkileri için bir olağan fesih hakkını kararlaştırmaları, o ilişkiyi belirsiz süreli borç ilişkisi haline getirmez. Bu haldeki fesih hakkı irade serbestisi prensibinin bir görünümüdür ve akit belirli süreli akitlere ilişkin hükümlere tabi olmaya devam eder.

Bundan başka, taraflar aralarında anlaşarak olağan fesih işleminin geçerli olabilmesi için ancak belirli bir zaman dilimi içerisinde icra edilebilmesini öngörebilirler. Bu halde taraflar bir fesih dönemi kararlaştırmış olurlar ve ancak bu fesih dönemi içerisinde yapılan fesih beyanı geçerli olarak addedilir. Bazen de taraflar, belirli süreli hizmet sözleşmeleri için hem fesih dönemi hem de fesih süresi kararlaştırabilirler. Bu halde sözleşme ile kendisine olağan fesih hakkı tanınan taraf ancak ve ancak kararlaştırılan fesih dönemi içerisinde fesih beyanında bulunabilecek, feshin etkisi de kararlaştırılan fesih süresi geçtikten sonra ortaya çıkacaktır.

2. Kararlaştırılan Fesih Hakkı

Sözleşmenin tazminat başlıklı 3.F1, 3.F2 ve 3.F3 hükümleri, ifa süresinin bitme tarihi olan 30.06.2006 tarihinden önce tarafların tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşmeyi sona erdirmek istemeleri halinde, aralarındaki hukuki ilişkinin nasıl şekilleneceğini düzenlemiştir.

²⁴ Seliçi, s. 133.

²⁵ Çelik, 190.

Sözleşme m.F2 ile kulübe, *“sözleşmeyi ikinci sezon için 15 Mayıs 2005 tarihinden daha geç olmamak üzere feshetme”* imkanı tanınmıştır. Kanaatimizce bu şartta yer alan *“ikinci sezon için”* ibaresi, ifa süresinin 2004-2005 sezonunun bittiği tarih ile sınırlandırma yetkisinin kulübe verilmesidir. Diğer bir ifadeyle, kulüp tek taraflı bir irade beyanı ile ilk sezonun sonunda artık taraflar arasında yeni bir edim borcu doğmasını engelleyebilecektir. Gerçekten de, *“ikinci sezon için”* ibaresi ile amaçlanan, kulüp ile antrenör arasındaki hizmet ilişkisinin en az ilk sezon bitimine kadar sürdürülmesidir. Sezonun bitişi ve başlangıcı çeşitli koşullara göre değişen bir kavram olduğu için *“ikinci sezon”* ibaresi kolumuştur.

Taraflar yapacakları bir anlaşma ile olağan fesih hakkının ancak belirli zamanlarda kullanılabileceğini kararlaştırabilirler. Bu tür anlaşmalar da geçerlidir.²⁶ Taraflar *“15 Mayıs 2005 tarihinden geç olmamak üzere”* ibaresi ile kulübün fesih hakkının en geç 15 Mayıs 2005 tarihinde kullanılabileceğini düzenlemişlerdir. Eğer kulüp sözleşmeyi olağan fesih ile hiçbir fesih sebebine ihtiyacı olmaksızın feshetmek istiyorsa, bu beyanını en geç 15 Mayıs 2005 tarihinde antrenöre ulaştırmakla yükümlüdür. Aksi takdirde fesih, haksız fesih olur.

Taraflarca kararlaştırılan bu hususlar, belirli süreli olsa dahi, sözleşme ile kararlaştırılmış bir olağan fesih hakkıdır. Kulüp kararlaştırılan fesih usulüne riayet ederek yani fesih beyanını antrenöre en geç 15 Mayıs 2005 tarihinde ulaştırmak suretiyle hiçbir sebebe dayanmak zorunda olmaksızın, sözleşmeyi ikinci sezon olan 2004-2005 sezonu için ileriye etkili olarak sona erdirebilecektir. İlk sezonun sona ermesine kadar bir fesih süresi tanınmış olması, feshin etkisini derhal göstermesini engeller. Feshin etkisi, yani taraflar arasında artık yeni bir sürekli edim borcu doğmaması hali, ilk sezonun sonuna kadar tehir edilir. Bu durumda fesih, örneğin 15 Nisan 2005 tarihinde kulübün bu hakkını kullanması halinde, antrenörün kulüp için iş görme borcu 15 Nisan 2005 tarihinde değil ve ilk sezonun bitimiyle sona erecektir.

²⁶ Tunçomağ (Borçlar Özel), s. 472.

c. Cezai Şart

Olağanüstü fesih hakkı veren haklı veya özel bir fesih sebebi bulunmadan yapılan fesih işlemi, haksız fesih teşkil eder. Bununla birlikte, Kanun tarafından veya taraf iradesiyle belirlenen fesih dönem ve sürelerine riayet edilmeksizin yapılan fesih de bir haksız fesihtir. Kanun, haksız feshe birtakım yaptırımlar bağlamış olsa da, taraflar da sözleşme ile haksız feshe bazı yaptırımlar bağlayabilirler.

Gerçekten de, sözleşme 3.F1 uyarınca “eğer kulüp, işbu sözleşmeyi ifa süresinin bitmesinden önce feshederse, fesih tarihinde müeccel olan tüm ücret ve primleri antrenöre ödeyecektir. Hiçbir şart altında, işbu sözleşmenin önceden feshinden kaynaklanan meblağ, kulüp tarafından ödenen meblağların net 4.000.000 Euro’dan düşülmesinden sonra kalan rakamın altında olmayacaktır.” Buna göre, kulüp bir haklı veya özel olağanüstü fesih sebebi bulunmadan ya da 3.F2 ile kararlaştırılmış fesih hakkını yine aynı maddede kararlaştırılan usule riayet etmeksizin kullandığı takdirde, haksız fesih tarihinde müeccel olan tüm prim ve ücretleri antrenöre ödemeyi taahhüt etmiştir. Kanaatimizce kararlaştırılan bu yaptırım bir cezai şart hükmündedir.

Cezai şart, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklıya karşı ifası öngörülen edimdir.²⁷ BK m. 158/I ve m. 158/II ile cezai şart, m. 158/III ile de dönme cezası düzenlenmiştir. Her iki kurum da aynı madde metninde düzenlenmekle beraber, ikisinin arasında çok büyük farklılıklar bulunmaktadır. Cezai şart, sözleşmenin borçlu tarafından ihlali halinde alacaklı tarafından istenmesi mümkün olan miktardır. Dönme cezasında ise, bir ihlal olgusunun varlığı aranmaz ve borçlu ifa zamanında veya daha önce dönme cezası ödeyerek asıl edimi ifa mükellefiyetinden kurtulabilir.

Cezai şart müessesinin öngörülme amacı, borçlunun ifaya zorlanması suretiyle asıl borcun teminat altına alınması ve borcun ifa edilmemesinden kaynaklanacak zararın önceden tespit edilmesidir.²⁸ Bu nedenle, kararlaştırılan sözleşme cezasının kural olarak, dönme cezası

²⁷ Kenan Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul, 1955, s. 7; M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul, 2009, s. 896.

²⁸ Hüseyin Ekinci, “İş Hukukunda Cezai Şart Uygulaması ve Özellikleri”, *Adalet Dergisi*, Ocak-2006, S. 24, s. 33.

değil cezai şart olduğu kabul edilir. Zaten BK m. 158/III hükmü uyarınca sözleşmede kararlaştırılan miktarın dönme cezası niteliğini taşıdığıının ispatı borçludadır ve kararlaştırılan miktar karine olarak cezai şart addedilir.

Cezai şart ödemenin taahhüt edildiği hallerde, herhangi bir zarara uğranıldığıının ispatı gerekmez, alacaklının cezai şart ile zararını telafi etmesi mümkündür.²⁹ Hizmet sözleşmeleri bakımından cezai şart tatbikindeki fayda, işçinin iş görme edimini en azından belirli bir süre ile garanti altına alması ya da tam tersi olarak, işverenin işçiden akdi süre boyunca yararlanması düşüncesinde yatar. Hemen belirtelim ki, feshin haksız addedilemediği durumlarda kararlaştırılan bu cezai şart talep edilemez.

Sözleşme 3.F3 uyarınca *"eğer antrenör, kendi gerekçeleri ile istifa ederse, istifa tarihi ile sözleşmenin bitiş tarihi arasındaki dönem için bakiye ücretini tazminat olarak kulübe ödeyecektir."* Burada da, antrenörün haksız feshine bir cezai şart bağlandığı görülmektedir.

C. Taraf İddiaları

Antrenör, tahkim talebini içeren dilekçesi ile sözleşmeden doğan taahhütlerini düzgün bir şekilde yerine getirdiğini, 27.01.2005 tarihinde *"...sizinle imzalamış olduğumuz sözleşmeyi 27.01.2005 tarihinden itibaren feshettiğimizi bildiririz."* şeklinde bir mektup ve yine aynı gün sözleşmelerinin 27.01.2005 tarihinden itibaren feshedildiğini bildiren ve noter kanalıyla ellerine ulaşan bir ihbarname aldığını, kulübün bu işleminin haksız bir fesih işlemi olduğunu ve bu nedenlerden dolayı sözleşme 3.F1 ile kararlaştırılmış olan miktarın kendisine ödenmesi gerektiğini ve nihayet fesih beyanını öğrendiği tarih olan 27.01.2005 tarihinde kadar 750.000 Euro ödendiğini bu nedenle iki yıllık toplam kararlaştırılmış ücreti olan 4.000.000 Euro'dan 750.000 Euro'nun düşülmesi suretiyle bulunacak olan 3.250.000 Euro'nun kendisine ödenmesi gerektiğini iddia etmiştir.

²⁹ Gülsevil Alpagut, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul, 1997, s. 219.

Kulüp ise, iş akdini tek taraflı olarak ve herhangi bir haklı nedene dayanmaksızın feshettiğini kabul etmekle birlikte, bu feshin, 3.F2'de öngörülen olağan fesih hakkının yani sözleşmeyi ilk sezonun bitiminde geçerli olmak üzere feshetme hususundaki hakkının kullanılması olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenlerden ötürü, antrenörün yalnızca fesih beyanının antrenöre ulaşma tarihi olan 27.01.2005 ile 2004-2005 sezonunun bitim tarihi arasındaki dönem için ücrete hak kazanabileceklerini belirtmiştir.

D. Uyuşmazlığın Kaynağı

Karara konu uyuşmazlık kanaatimizce iki noktada toplanmaktadır. Bunlardan ilki, hizmet ilişkisinde işveren konumunda olan kulüp için, sözleşme ile bir olağan fesih hakkının tanınıp, işçi konumundaki antrenör için bu tür bir hakkın tanınmamış olmasının, işçiyi koruma ilkesi ve BK m. 340/III uyarınca geçerli olup olmayacağıdır. Çözülmesi gereken ikinci problem ise, kulübün fesih işleminin, davacılarca cezai şartı talep hakkı verip vermeyeceği sorunudur.

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ VE KANAATİMİZ

A. Kulübün Fesih İşlemi Haksız Fesihdir

1. Kulübe Tanınan Fesih Hakkı Geçersizdir

CAS'nin "...sözleşmeyi kısaltmaya ilişkin tercih hakkının İsviçre uygulanabilir hükümleri uyarınca geçerli olarak kabul edilmesi gerekip gerekmediğini belirlemeye gerek görülmemektedir." biçimindeki gerekçelerine, aşağıda belirtilen nedenlerden dolayı katılma olanağı bulamıyoruz.

Sözleşme 3.F2 ile kulüp lehine bir olağan fesih hakkı tanındığını, kulübün bu hakka istinaden kararlaştırılan ifa süresinin bitmesini beklemeden ve hiçbir fesih sebebine dayanmaksızın sözleşmeyi ikinci sezon için feshedebileceğini yukarıda belirtmiştik. Bu şarta göre kulüp, kendisine tanınan olağan fesih hakkını kullandığına dair fesih beyanını, belirtilen fesih dönemi içerisinde antrenöre ulaştırmak suretiyle, ikinci sezon için sözleşmeyi feshederse, ikinci sezon için antrenöre ücretini ödemeyecektir. Bu halde fesih işlemi, etkisini ilk sezonun bitimi ile göstermeye başlayacaktır. Ancak, sözleşmede dikkat çeken husus-

lardan birisi de, tarafların anlaşarak yalnızca kulüp lehine bu tür bir fesih hakkı tesis etmiş olmalarıdır. Kulübün sözleşmeyi ilk sezonla sınırlama yetkisinin bir benzeri antrenöre tanınmamıştır.

BK m. 340/III hizmet ilişkisi bakımından işveren ve işçi için değişik fesih süreleri konulamayacağını öngörmektedir. Burada yer alan kurala aykırı sözleşmelerin, hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere, geçersiz sayılıp sayılamayacağı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu hükümle düzenlenen eşitlik kuralı, mutlak olarak anlaşılmalıdır. Bu ilkeye göre, işveren için kararlaştırılan fesih süreleri işçi için kararlaştırılan sürelerden daha kısa olamaz.³⁰

Bu kurala aykırı nitelikte fesih süreleri tayin edildiği takdirde, örneğin işveren için yirmi gün, işçi için otuz gün olarak kararlaştırılması durumunda, bu sürelerin akıbetinin ne olacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, söz konusu sürelerin batıl addedilerek yerine kanuni sürelerin geçeceğini kabul etmektedir.³¹ Diğer görüş ise, sürelerin batıl sayılmayacağını, ancak kararlaştırılan en uzun ihbar süresi için düzeltileceğini savunmaktadır.³²

Kararda da değinildiği üzere, İsv. BK m. 335a bu hususu açıkça hükme bağlamıştır. Anılan hükme göre, ihbar süreleri işveren ile işçi için farklılık taşımayacaktır. Aksine bir sözleşme yapılması durumunda ise, daha uzun olan süreler her iki taraf için de geçerli olacaktır. Buna paralel olarak, BKT m. 431 "... sözleşmede farklı süreler öngörül-müşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır." biçiminde kaleme alınmıştır.

Ancak bu tartışmanın üzerinde daha fazla durmaya gerek yoktur. Çünkü taraflar sözleşmeyi hazırlarlarken sözleşmenin tabi olduğu hukuk kurallarını, İsviçre mevzuatı ile UEFA ve FIFA kuralları olarak tayin etmeleri nedeniyle, İsv. BK m. 335a'nın uygulanması gereklidir. Buna göre, CAS kararında da belirtildiği üzere, antrenör için ifa süresi sınırlandırılmamış ve kendisi iki yıl için sözleşme ile bağlı kılınmışken, kulüp için ilk sezonun sonunda bir olağan fesih hakkı tanınmasının da düzeltilmesi gerekir diyebiliriz.

³⁰ Atabek, s. 62; Tunçomağ (Borçlar Özel), s. 470; Seliçi, s. 151.

³¹ Atabek, s. 63; Tunçomağ (Borçlar Özel), s. 470; Yavuz, s. 484.

³² Seliçi, s. 151; Çelik, s. 191.

O halde, kulübe ifa süresini bir yıl için sınırlandırma yetkisi veren 3.F1'in antrenörün sözleşme ile bağlı olduğu iki yıllık süre paydasında toplanması gerekmektedir. Bu durumda kulübe tanınan olağan fesih hakkına ilişkin fesih süresi iki yıla uzamakta ve ifa süresi ile aynı zamana denk gelmektedir.

Kural olarak belirli süreli borç ilişkileri ifa ile kendiliğinden sona ereceğinden, bu şekilde bir uzatmanın tatbik edilmesi, olağan fesih hakkının emredici bir hüküm olan İsv. BK m. 335a uyarınca bertaraf edilmesi anlamına gelir. Fesih müessesesi, ifa süresinin bitmesinden önceki bir döneme ilişkin sona erme sebebi teşkil edeceğinden, artık ortada uygulanabilir ve geçerli bir olağan fesih hakkının kalmadığını ve kulüp tarafından gerçekleştirilen fesih işleminin haksız fesih olması sonucunu beraberinde getirdiğini söyleyebiliriz. Bu nedenle, sözleşme ile tek taraflı olarak kulübe tanınan olağan fesih hakkının geçersizliğini tespit etmek CAS'nin düşündüğünün aksine büyük önem arz eder. Fesih hakkının geçersiz olması haksız fesih olgusunu ve cezai şart ödeme mükellefiyetini beraberinde getirir ki, bu husus uyuşmazlığın esaslı noktalarının en başında gelir.

2. Kulüp Kararlaştırılan Fesih Süresine Uymamıştır

Yukarıda yalnızca kulüp yararına konulan bir fesih süresinin geçersiz olduğunu belirtmiştik. Eğer o hüküm geçersiz olmasaydı, yani taraflara eşit olarak olağan fesih hakkı tanınsaydı acaba kulübün yaptığı fesih işlemi geçerli sayılabilecek miydi? Çalışmamızın bu kısmında bu sorunun cevabını arayacağız.

Bilindiği üzere, kulüp lehine sözleşme 3.F2 ile kararlaştırılan olağan fesih hakkı, bazı süreler ile sınırlandırılmıştır. Bunlardan ilki, kulübün antrenöre fesih beyanını 15 Mayıs 2005 tarihinden önce yöneltmesi gerektiğini hüküm altına alan fesih dönemi ve kulübün fesih işleminin ikinci sezon için yani, 2004-2005 sezonu sonu için etkili olacağını hüküm altına alan fesih süresidir.

Taraflar arasında, fesih beyanının 27.01.2005 tarihinde yöneltildiğine ilişkin bir ihtilaf yoktur. Bu husus, kulübün sözleşmede öngörüldüğü fesih dönemi içerisinde, yani 15 Mayıs 2005 tarihinden önce fesih beyanında bulunarak fesih dönemine riayet ettiğini göstermektedir.

Taraflar arasında ihtilafın mevcut olmadığı bir başka husus ise, kulüp tarafından gönderilen fesih beyanının içeriğidir. Gerçekten de bu beyan yalnızca adi bir mektup ile gönderilmekle kalmamış noter vasıtası ile de muhataba ulaştırılmıştır.³³ Bu fesih beyanında, "...sizinle imzalamış olduğumuz sözleşmeyi 27.01.2005 tarihinden itibaren feshettiğimizi bildiririz." ibarelerinin yer aldığı görülmektedir. Bilindiği üzere, kulübe bu hak ikinci sezon için, yani 2004-2005 sezonu sonu için verilmiş olup, kulübün 27.01.2005 itibari ile etkisini doğuracak bir olağan fesih hakkı mevcut değildir. Kulübün yalnızca "sizinle imzaladığımız sözleşmeyi ikinci sezon için feshettiğimizi bildiririz" şeklinde bir beyanda bulunup antrenörün ilk sezonun sonuna kadar iş görmesine izin verseydi fesih hakkı geçerli olarak kullanılmış olacaktı. Ancak beyanın içerisindeki "27.01.2005 tarihinden itibaren" ibaresi, feshin etkisinin, fesih süresine uygun olarak 2004-2005 sezonu sonunda değil de, derhal 27.01.2005 tarihinde göstermesini istenildiğine işaret eder. O halde, fesih süresine riayet edilmeden yapılmış bir fesih haksız fesih teşkil eder. Bu nedenle, 3.F2 ile tanınan fesih hakkının geçerli olması ihtimalinde dahi, kulübün fesih işlemi, haksız fesih olacaktır.

B. Haksız Feshin Sonuçları

1. Tazminat Talebi

Kulüp 27.01.2005 tarihli fesih beyanı ile sözleşmeyi derhal feshettiğini bildirerek, kararlaştırılan fesih süresine uymamıştır. Tarafların anlaşmalarına göre, kulübün fesih işlemi ilk sezona etki etmeyecek, ikinci sezon için hükümlerini doğuracaktır. Kulüp haksız fesih beyanında bulunmakla kendi ediminde imkânsızlık yaratmıştır.³⁴

Gerçekten de, hizmet sözleşmesindeki iş görme ya da iş verme borçlarının cebri icra ile yerine getirilmesine imkân yoktur. Alacaklının ifayı cebri icra yolu ile elde etmesinin mümkün olmadığı durumlarda ifa imkânsızlığını kabul etmek gerekir. İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan baskı vasıtalarının kullanılması da, bu durumu değiştirmez.

³³ Fesih beyanının şekil şartına tabi olmadığı hususunda Bkz. Çelik, s. 189.

³⁴ M. Kemal Oğuzman, *Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi*, İstanbul, 1955, s. 144. Bu görüşün eleştirisi için Bkz., Salamon Kaniti, "Mahkeme Kararları Kroniği", *İÜHFİM*, C. XXIX, S. 1-2, s. 1216 vd.

Bunun doğal bir sonucu olarak, işçinin veya işverenin akdi haksız feshederek, iş görme veya iş verme borçlarını yerine getirmekten kesin olarak kaçınmaları, kendi edimlerinde kusurlu bir imkânsızlık yaratmış olur.³⁵ Böyle bir durumun meydana gelmesi de, akdi kendiliğinden sona erdirir.³⁶ Yapılan haksız fesih üzerine, işveren edimi ifayı kabul etmeyeceğini önceden bildirmiştir ve işçinin ayrıca bir teklifte bulunmasına da gerek yoktur. Dürüstlük kuralı gereği de, edimin ifasını kabule davet gerekmez.³⁷

Kusurlu imkânsızlığa sebebiyet veren borçlu, alacaklının uğradığı zararı BK m. 96 uyarınca tazminle mükelleftir.³⁸ Bununla birlikte, bu durumun özel bir görünüş biçimine, hizmet sözleşmeleri için BK m. 325 hükmünde yer verilmiştir. Buna göre, *“iş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmağa mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir”*. Hemen belirtelim ki, hükümde her ne kadar ücretten söz ediliyor ise de, burada söz konusu olan tazminattır.³⁹ Gerçekten de, mehaz İsv. BK m. 337c uyarınca, *“işveren, işçiyi önelsiz olarak haklı neden bulunmaksızın işten çıkarırsa, işçinin, iş ilişkisi fesih önellerine uyularak veya sözleşmenin süresinin bitimi yoluyla sona erseydi ne kazanacak idiyse, onun giderimini talep hakkı mevcuttur”*. Dikkat edileceği üzere, mehazda ücretten değil, giderimden söz edilmektedir. Zaten borcun imkânsızlık ile sukut ettiğini kabul ettikten sonra, sözü edilen alacağın bir ücret değil, giderim yani tazminat niteliğinde olması gerekir. Mehaza paralel bir düzenleme, BKT m. 437 ile getirilmektedir. Buna göre, *“işveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelere uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir”*. Söz konusu hüküm bu haliyle yasalaşacak olursa, artık haksız fesih halinde borç ilişkisinin fiilen sona ermesinin yanında hukuken de sona erdiği kabul edilmiş olacaktır.

³⁵ İşverenin iş verme borcundan söz edilemeyeceği hakkında Bkz. Kaniti (Tenkit), s. 1208.

³⁶ Bu gibi durumlarda iş sözleşmesinin kanuni feshi ihbar süresi ile ortadan kalktığı görüşü için Bkz. Kaniti, s. 1212; Tunçomağ (Borçlar Özel), s. 476.

³⁷ Alpogut, s. 208.

³⁸ Oğuzman/Öz, s. 311.

³⁹ Oğuzman (Tez), s. 152.

Yargıtay'ın 24.06.1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı konumuz açısından oldukça önemlidir.⁴⁰ Anılan kararda, belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin haksız feshi halinde mahrum kalınan ücrete ilişkin tazminattan söz edilmekte ve bu yolla kusurlu imkânsızlık görüşü benimsenmektedir. Ancak, sözleşmenin derhal sona ermeyip en yakın fesih süresi sonunda sona ereceği belirtilerek de çelişkiye düşülmektedir.⁴¹

Tüm bu tartışmalar bir tarafa bırakılıp, tarafların uygulanacak hukuk olarak İsviçre Hukukunu seçtikleri düşünüldüğünde, yapılan haksız feshin sonuçlarının İsv. BK m. 337c uyarınca tazmin edilmesi gerekliliği açıktır. Ancak, gerek İsv. BK m. 337c, gerekse BKT m. 437, haksız fesih halinde ödenecek tazminatın hesabında belirli süreli akitler ile belirsiz süreli akitleri ayırmıştır. Söz konusu hükümler, yapılan bir haksız fesih işlemi, belirsiz süreli akitler için fesih sürelerine uyulsaydı akit ne zaman son bulacak idiyse, o kadar süre için tazminatın hesaplanacağını; ancak belirli süreli akitler için, ifa süresi boyunca bir tazminat borcu doğuracağını kabul etmektedirler.

Kanaatimizce, burada çözülmesi gereken asıl sorun, belirli süreli sözleşmelerde tarafların fesih süresi kararlaştırılmış olmaları ve olayımızda olduğu gibi buna riayet etmeden akdi feshetmeleri halinde, belirsiz süreli akitlerden kıyasen mi hesaplama yapılması gerekeceği ya da ifa süresini tazmin borcunun devam mı edeceğidir. CAS, "sözleşmeyi kısaltmak amacıyla m.3.F2'de öngörülen imkânın, yalnızca sözleşmeyi 'olağan' bir fesih noktasında bitirmek anlamına gelen bir imkan olduğu temelinde dayanılarak kabul edildiği sonucuna varmak bu nedenle makuldür" biçimindeki gerekçesinden, İsv. BK m. 337c hükmünde öngörülen ifa süresine atıf yapıyor izlenimi çıkmaktadır. CAS'nin bu düşüncesi kanaatimizce hatalıdır.

Öncelikle belirtelim ki, sözleşme taraflar arasında yasa hükmündedir (*contractus est lege inter pares*). Eğer ifa süresinin sınırlandırılarak taraflara belirli bir fesih süresi sonunda akitten tek taraflı irade beyanı ile kurtulma imkânı tanınmış ise, bu süreler ile orantılı olarak tazmin mükellefiyeti var sayılmak gerekir. Yoksa ifa süresinin tümü bakımından bu tür bir sonucu kabul etmek, tarafların sözleşme ile kendilerini

⁴⁰ E. 31, K. 26. Kararın anıldığı yer için Bkz. Kaniti (Tenkit), s. 1201.

⁴¹ Alpagut, s. 204; Kaniti (Tenkit), s. 1202-1203.

bağıtlamalarına da aykırı düşer. Burada yaptığımız, belirsiz süreli sözleşmeler için öngörülen tazminat miktarının hesap tarzının, kıyasen fesih süresi kararlaştırılmış belirli süreli akitlere de uygulanmasıdır.

CAS kararında bu hususlara hiç değinilmemiştir. Eğer cezai şart kararlaştırılmamış olsaydı, kanaatimizce antrenör yalnızca ilk sezon için, yani fesih süresine uyulsaydı, ne kazanacak idiye o miktarı tazminat olarak alabilecekti. Ancak sözleşme 3.F1 ile kararlaştırılan ve haksız fesih olgusuna bağlı tutulmuş bir cezai şart tam olarak ödenmelidir. Bu tamamen farklı bir konudur. CAS'nin bu hususlardan hiç bahsetmiyor olması, belirli süreli hizmet sözleşmeleri bakımından da sözleşmesi haksız feshedilen tarafın, kararlaştırılan ifa süresi için kazanması gerekli miktarı tazminat olarak isteyebileceğini kabul ettiği anlamına gelir. Konuyu somutlaştırmak gerekirse, kanaatimizce eğer bir cezai şart kararlaştırılmış olmasaydı, antrenör ilk sezon için kendisine ödenecek olan 1.750.000 Euro'dan hâlihazırda aldığı 750.000 Euro'nun düşülmesi sureti ile bulunacak olan 1.000.000 Euro tazminata hak kazanırdı. Ancak CAS'a göre cezai şart olmasaydı da, yine iki sezon alaçağı olan 4.000.000 Euro'dan hâlihazırda ödenen 750.000 Euro düşüldüğü vakit bulunacak olan 3.250.000 Euro tazminata hak kazanacaktı.

CAS yine kararında, İsv. BK m. 337c/II'de yer alan ve tazminatta indirim yapılacağına hukuk kuralını emredici saymamakta ve tarafların aksini kararlaştırabileceklerini belirtmektedir. Nitekim CAS'a göre, karara konu olayda taraflar aksini kararlaştırmışlar ve bu kuralı bertaraf etmişlerdir. İsv. BK m.337c/II gibi haksız feshe ilişkin bir genel kural, hukuk sistemimizde henüz mevcut değildir. Ancak BKT m. 437/II, *"işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilir"* diyerek, İsv. BK'daki bu düzenlemeye paralel bir düzenleme öngörmektedir. Burada işçinin bilerek elde etmekten kaçındığı gelirin tazminattan indirileceği belirtilerek bir emredici hukuk kuralı sevk edilmiştir. Mevcut düzenlememizde, BK m. 325/II'de aynı yönde bir hüküm sevk etmektedir. Buna göre, işçi *"kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeye mecburdur"*. Bu hüküm emredici bir hukuk kuralıdır ve sözleşme ile bertaraf edilemez. Bu gibi mahsup edilecek değerlerin varlığını ispat yükü de iddia eden üzerindedir.⁴²

⁴² Alpagut, s. 212.

Şunu da ifade edelim ki, söz konusu olayda indirim yapılamaması, indirim kuralının emredici olmadığı ve tarafların aksini kararlaştırdıkları için değil, antrenörün tazminat değil cezai şart talep etmesindedir. Kısacası CAS'nin tazminat ya da indirim incelemesine girmesi de hatalıdır.

2. Cezai Şart Talebi

Tazminat isteme hakkı, kural olarak borçlunun kusurlu olması şartına bağlıdır. Cezai şartın talep edilmesi de, borçlunun borca aykırılıktan kusurlu olmasına bağlanmıştır. BK m. 161/II uyarınca aksine sözleşme bulunmadıkça kusursuz ifa imkânsızlığına düşen borçlunun cezayı ödemekten kurtulacağı belirtilmiştir.⁴³

Yukarıda haksız feshin gerçekleşmesi ile borçlunun kusuru ile bir ifa imkânsızlığı yarattığını ve hizmet akdinin imkânsızlık nedeniyle sona erdiği belirtmiştir. Buna göre, 3.F1'de yer alan cezai şart talep edilebilir nitelikte olacaktır. Çünkü kulüp borcun imkânsızlaşmasına, diğer bir ifadeyle, feshin haksızlığına kendi kusuru ile sebebiyet vermiştir. Kusuru ispat, cezai şart alacaklısının üzerinde değildir. Kulüp kendi kusursuzluğunu ispat ederek cezai şartı ödemekten kurtulabilir ki, kulüp tarafından bu tür bir savunma da yapılmamıştır. BK m. 159/II, "şart olunan ceza miktarından fazla zarara düşürülen alacaklı, borçlunun bir kusuru olduğunu ispat etmedikçe fazlasını isteyemez" hükmüyle, bu genel kuraldan ayrılmakta ve cezai şart miktarını aşan zarar için kusuru ispat mükellefiyetini alacaklının üzerine yüklemektedir.

Haksız fesih ile borcun kusurlu olarak imkânsız hale gelip sona erdiğinden bahsetmiştik. Buna göre borç devam etmeyeceği için fesih geçersiz sayılmayacak, ancak haksız sayılacaktır. Bu nedenle, sözleşmenin haksız fesih halinde ödenmesi gereken cezai şartı düzenleyen 3.F1 maddesi uyarınca, antrenör, iki yıllık anlaştığı ücret olan 4.000.000 Euro'dan, kendisine ödenmiş 750.000 Euro'nun düşülmesi halinde ortaya çıkan 3.250.000 Euro'yu cezai şart olarak talep edecektir.

⁴³ Oğuzman/Öz, s. 909.

SONUÇ

Sonuç olarak CAS kararı üç önemli noktada eleştirilebilir. Bunlardan ilki ve en önemlisi, CAS'nin " ...sözleşmeyi kısaltmaya ilişkin tercih hakkının İsviçre uygulanabilir hükümleri uyarınca geçerli olarak kabul edilmesi gerekip gerekmediğini belirlemeye gerek görülmemektedir." biçimindeki gerekçesidir. Kanaatimizce bu husus, karara konu olayın en önemli noktasıdır. Bu noktada İsv. BK m. 335a (BKT m. 431)'de yer alan "ihbar süreleri işveren ile işçi için farklılık taşımayacaktır. Aksine bir sözleşme yapılması durumunda, daha uzun olan süreler her iki taraf için de geçerli olacaktır." kuralı işletilmelidir.

CAS kararının eleştirilecek ikinci mühim noktası, haksız fesih halinde İsvBK m. 337c (BKT m. 437) ile düzenlenen "işveren işçiyi önel-siz olarak haklı neden bulunmaksızın işten çıkarırsa, işçinin, iş ilişkisi fesih önellerine uyularak veya sözleşmenin süresinin bitimi yoluyla sona erseydi ne kazanacak idiyse onun giderimini talep hakkı mevcuttur." hükmünü yorumlarken düştüğü hatadır. Bilindiği üzere, sözleşme taraflar arasında yasa hükmündedir. Belirli süreli dahi olsa, bir fesih süresi kararlaştırılmış ise, artık haksız fesihte tazminat borcu hesaplanırken bu süreye nazaran hesaplanacaktır.

CAS kararının eleştirilecek üçüncü ve son noktası ise, işçinin bile-rek elde etmekten kaçındığı gelirin indirileceği kuralını içeren İsv. BK m. 337c/II hükmünü emredici olarak görmemesidir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, indirim yapılamama nedeni kuralın yedek hukuk kuralı olmasından değil, antrenör tarafından talep edilen meblağın tazminat değil, cezai şart olmasındandır.

KAYNAKLAR⁴⁴

- Alpagut, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, yayımlanmamış doktora tezi, İstanbul, 1997.
 Çamoğlu, Ersin, *Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması*, İstanbul 2008.
 Çelik, Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, 21. bs., İstanbul 2008.

⁴⁴ Parantez içindekiler, atıflarda kullanılan kısaltılmış eser adlarını ifade etmektedir.

- Ekinci, Hüseyin, *İş Hukukunda Cezai Şart Uygulaması ve Özellikleri*, *Adalet Dergisi*, Ocak-2006, S. 24.
- Oğuzman, M. Kemal, *Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi*, İstanbul 1955. (Tez)
- Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami, *Medeni Hukuk*, 15. bs., İstanbul 2008.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 2009.
- Schwarz, Andreas. B., *Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle Fesih, Ebul'ula Mardin'e Armağan'dan Ayrı Bası*, İstanbul 1943.
- Kaniti, Salomon, *Akdin İfa Edilmediği Def'i*, İstanbul 1962.
- Kaniti, Salomon, *Mahkeme Kararları Kroniği, İÜHFİM*, C. XXIX, S. 1-2. (Tenkit)
- Seliçi, Özer, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul 1976.
- Serozan, Rona, *Sözleşmeden Dönme*, 2. bs., İstanbul 2007.
- Süzek, Sarper, *Hizmet Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*, yayınlanmamış doktora tezi, Ankara 1974.
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul, 2008.
- Tunçomağ, Kenan, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul 1955.
- Tunçomağ, Kenan, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, C. II, 2. bs., İstanbul 1974. (Borçlar Özel)
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. bs., İstanbul 2007.

HUKUK FAKÜLTESİ ÖĞRETİM ÜYELERİ (ELEMANLARI) MAHKEMELERCE BİLİRKİŞİLİK GÖREVİNİ KABULE ZORLANABİLİRLER Mİ?

CAN MEMBERS OF HE LAW SCHOOL BE OBLIGED TO
ACCEPT THE DUTY OF EXPERT BY COURTS?

Süha TANRIVER*

makaleler / articles

Özet: Çalışmamızda, muhtelif yargı kollarında görev yapan mahkemelerin, hukuk fakültesi öğretim üyelerini, bilirkişilik görevini kabule zorlayıp zorlayamayacaklarının tayini için, öncelikli olarak, hukuk fakültesi öğretim üyelerinin, kanunen bilirkişilik görevini kabulle yükümlü tutulan kimseler arasında yer alıp almadığının ortaya konulmasına çalışılmıştır. Bu çerçevede, bilirkişilik görevini kabulle yükümlü tutulacak olanların tayinine yönelik olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 278. ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 65. maddesinde öngörülmüş bulunan yasal düzenlemelerin, hâkimin hukuki sorunlarda bilirkişiye başvurma yasağının açık, kesin ve emredici bir biçimde öngören mevzuat hükümleriyle (HUMK m. 275; CMK m. 63; HUMK m. 76; AY m. 9, m. 138, m. 36, II) ilişki kurularak, bu temele bağlı kalınmak suretiyle anlaşıldırılmasının zorunlu olduğuna işaret edilmiştir. Hukuk fakültesi öğretim üyelerinin, matematik, fizik, kimya gibi pozitif bilimler alanında faaliyet gösteren öğretim üyeleri gibi HUMK m. 278 ve CMK m. 65 bağlamında bilirkişi olarak görevlendirilip bu görevi kabule zorlanmalarına ve bu zorlamayı gerçekleştirebilmek için haklarında, mahkemelerce disiplinler ve cezai yaptırımlara işlerlik kazandırılmasına hukuken olanak bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Hukuk fakültesi öğretim üyesi, bilirkişilik görevi, görevi kabule zorlanma, mahkeme, hukuki sorun, bilirkişiye başvurma yasağı.

Abstract: In this study, in order to determine whether the courts that has jurisdiction in miscellaneous legal branches can oblige members of the law schools to accept the duty of expert, it was

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra – İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

brought up the matter whether they are those who can be legally obliged to accept the duty of expert before all else. In that framework by establishing a relationship between legal provisions determining those who can be obliged to accept the duty of expert prescribed in Article 278 of the Civil Procedure Act (CivPA) and Article 65 of the Criminal Procedure Act (CrPA) and clear, definitive and binding enactments prohibiting judge to appoint an expert on legal issues (CivPA Art. 76 and 275; CrPA Art. 63; The Constitution Art. 9, 36 (2) and 138), it is indicated that it is essential to give meaning to the issue on that ground. It is concluded that unlike members of other faculties performing kind of positive sciences in areas of mathematics, physics, chemistry etc. members of the law schools cannot be legally appointed as experts, obliged to accept that duty and forced by courts by means of disciplinary or criminal sanctions in order to enforce that obligation.

Keywords: Member of the law school, duty of expert, enforcement to accept duty, court, legal issue, prohibition to appoint an expert.

Kanunlarda açıkça öngörülen haller dışında, mahkemeler, davanın çözüme kavuşturulması bakımından önem taşıyan, açıklığa kavuşturulması ya da tespiti özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlarda, bilirkişinin oy ve görüşüne başvurabilirler. Bu durum, hukuk yargısı bakımından, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 275. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir. *"Mahkeme, çözümünü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez."* Buna paralel bir düzenleme, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 63. maddesinin birinci fıkrasında da yer almaktadır. Anılan yasal düzenlemeye göre, *"Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemez."* Yine, ceza yargısı bağlamında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 67. maddesinin üçüncü fıkrasında bilirkişinin, raporunda hâkim tarafından yapılması gereken hukukî değerlendirmelerde bulunamayacağı hususuna, açık, kesin ve emredici bir dille vurgu yapılmıştır.

Belirtilen bu yasal düzenlemelerde sözü edilen özel bilgi, hukuk bilimi dışında belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya koymuş olduğu sonuçlara ilişkin bilgiyi; teknik bilgi ise, fizik, kimya, biyoloji, matematik gibi pozitif bilimlerin verilerini uygulamaya yeterli bilgiyi ifade eder.¹ Yine, belirli bir işletmenin boyutlarını aşan, genel nitelik kazanmış yetkili kişi ve kuruluşlarca tespit edilmiş olan teknik standartlar da, teknik bilgi kavramının içerisinde yer alır.²

Yukarıda zikretmiş olduğumuz yasal düzenlemeler çerçevesinde, hem hukuk yargısı hem de ceza yargısı bağlamında, hâkimin genel hayat tecrübeleri uyarınca sahip olunması gereken bilgiler ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda, bilirkişinin oy ve görüşüne başvurmasına izin verilmemiştir. Bir başka ifadeyle, hayatın olağan akışı gereği her insanın sahip olması gereken bilgilerle çözüme kavuşturulabilecek olan hususlarla hukukî sorunlarda bilirkişiye başvurma yasağı mevcuttur; bu yasağın, son derece açık, kesin ve emredici bir biçimde hüküm altına alınmıştır. Ülkemizdeki, özellikle hâkim sayısının azlığı, buna karşılık iş yükünün çokluğu ve zaman darlığı gibi sebepler ya da bahanelerle, hâkimlerin son derece açık ve emredici bir dille hüküm altına alınmış olan bu yasağa aykırı davranarak, hukukî sorunlarda, sık sık bilirkişiye müracaat etmeleri mazûr karşılanamaz. Kanun koyucu, önemine binaen, hem hukuk hem de ceza yargısı bağlamında, bu konudaki iradesini ve kararlılığını açıkça ortaya koymak için, ancak, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlarda bilirkişiye başvurulabileceğini; hukukî sorunlarda ise bilirkişiye gidilemeyeceğini aynı kanun maddesinde (HUMK m. 275; CMK m. 63, I), bir kez olumlu bir kez de olumsuz bir biçimde ifade etmiştir.

Genel hayat tecrübeleri uyarınca sahip olunması gereken bilgiler ile çözüme kavuşturulabilecek olan hususlarla hukukî sorunlarda bilirkişiye başvurma yasağı ile ilgili olarak hukuk yargılaması bağlamında yapmış olduğumuz bu tespitler, İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun

¹ Arslan, R., Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi (YD, 1989/4, s. 156-183), s. 162-163; Arslan, R., Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri (Yargı Reformu 2000, Sempozyum, İzmir 2000, s. 190-211), s. 195; Şahin, C., Ceza Muhakemesinde Bilirkişi Atanması ve Zorunlu Bilirkişilik, Bilirkişilik Sempozyumu, 9-10 Kasım 2001, Ankara 2002, s. 190-236), s. 207-208; Tanrıver, S., Bilirkişinin Hukukî Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 33, dn. 1.

² Arslan, Yargıtay Dergisi, s.162-163; Arslan, Sempozyum, s. 195; Tanrıver, s. 33, dn. 1.

31. maddesi uyarınca genel idarî yargı alanında, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 56. maddesi uyarınca da, askerî idarî yargı alanında da geçerlilik taşır.

Hukuk yargısı alanında, mahkemelerin hukukî sorunların açıklığa kavuşturulmasında bilirkişiye müracaat edemeyeceğine ilişkin yasağa, pozitif hukuk çerçevesinde başka dayanaklar da göstermek mümkündür. Bu çerçevede;

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesi uyarınca, somut olaya uygulanacak olan hukuk kurallarını re'sen araştırıp bulmak ve somut olaya uygulamak zaten hâkimin aslî işidir, yani bu kural uyarınca, yasal çerçevede hukukî sorunların en yetkin bilirkişisi, hâkimin zaten kendisidir. Dolayısıyla, hâkim en yetkin uzman olduğu kabul edilen bir alanda; yani hukukî sorunlarda, bir başka kişiyi, bilirkişi sıfatıyla görevlendirmek suretiyle bu yetkisini devredermez (AY m. 2; m. 9); hâkimin böyle bir davranış içerisine girmesi, hak dağıtmaktan kaçınmak şeklinde dahi algılanıp yorumlanabilir (AY m. 36,II). Yine, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesinin ilk cümlesine paralel olarak, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasında, hâkimin, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili olan yabancı hukuku da re'sen araştırıp bulup; yabancı unsurlu olay ya da ilişkiye uygulamakla ödevli olduğu hususu açıkça hükme bağlanmıştır.³ En genel çerçevede ise, hukuka göre hüküm verme yani ilgili soyut hukuk kuralını re'sen araştırıp bulup; somut olaya altlayarak (uygulayarak) bir karara ulaşma işinin, münhasıran hâkimlere ait bir iş, bir görev olduğu hususuna, Anayasa'nın 9. maddesinde, 36.maddesinin ikinci fıkrasında ve 138.maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde işaret edilmiştir.

Sonuç olarak, mevzuatımızda yer alan bu hükümlerin bütünü gözetildiğinde, pozitif çerçevede, hukukî sorunların çözüme kavuşturulması bağlamında bilirkişiye başvuru yasağının bulunduğunu; ancak davanın halli bakımından önem taşıyan, aydınlatılması ya da tespiti özel veya teknik bilgiyi gerektiren maddi vakıalar bakımından bilir-

³ Bu düzenleme, hatta bu düzenlemeden önce meri olan 2675 sayılı Kanun'un konuyu düzenleyen hükmü, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesinin ikinci cümlesini zımnen ilga etmiştir.

kişinin oy ve görüşünün alınması yoluna gidilebileceğini bir kez daha ifade etmek gerekir.

Muhtelif yargı kollarında görev yapan mahkemelerin, hukuk fakültesi öğretim üyelerini (elemanlarını) bilirkişilik görevini kabule zorlayıp zorlayamayacaklarının tâyini için, öncelikli olarak, hukuk fakültesi öğretim üyelerinin (elemanlarının) kanunen bilirkişilik görevini kabulle yükümlü tutulan kimseler arasında yer alıp almadığının ortaya konulması gerekir.

Bilirkişilik görevini kabul yükümlülüğünden maksat, mahkemece yapılan davete icabet edip; davetiyede belirtilen gün ve saatte mahkemede hazır bulunma, yemin etme ve süresi içerisinde bilgisine başvuru husus hakkında oy ve görüşünü mahkemeye bildirmektir.

Bilirkişilik görevini kabulle yükümlü tutulmuş bulunanların kimler olduğu hususu, hukuk yargılaması bağlamında, esas itibariyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 278. maddesinde; ceza yargılaması bağlamında ise, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 65. maddesinde gösterilmiştir.

Hukuk yargılaması bağlamında bilirkişilik görevini kabulle yükümlü tutulmuş olanlar şunlardır:

1. Bilgisine başvurulacak olan hususu bilmeksizin bir meslek veya sanat (zanaat) icra etmesine olanak bulunmayanlar,
2. Bilgisine başvurulacak olan husus hakkında meslek veya sanat icrasına alenen (yani, resmen) yetkili kılınmış olanlar,
3. Belirli hususlarda oy ve görüş açıklamakla kanunen resmen görevlendirilmiş olanlar yani resmî bilirkişiler.

Ceza yargısı bağlamındaysa, bilirkişilik görevini kabulle yükümlü tutulmuş olanlar şunlardır:

1. Resmî bilirkişiler ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 64. maddesi çerçevesinde tutulmuş bulunan bilirkişi listesinde yer alanlar,
2. İncelemenin yapılması için bilinmesi gereken fen ve sanatları meslek edinenler,
3. İncelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili kılınmış olanlar.

Bilirkişilik görevini kabulle yükümlü tutulmuş olanlar, ancak tanıklıktan çekinme sebeplerine veya mahkemece kabul edilebilir (makûl) diğer bir nedene dayanarak, bilirkişilikten çekinebilirler (HUMK m. 278, II; CMK m. 70).

Yine, usulüne uygun olarak davet edildiği halde, davete icabet etmeyen; davete icabet edip de yemin etmekten yahut oy ve görüş bildirmekten kaçınan bilirkişiler hakkında ise, tanıklığa ilişkin hükümler (HUMK m. 253; CMK m. 60,I) kıyasen uygulanır (HUMK m. 278,III; CMK m. 71). Sözü edilen tanıklığa ilişkin hükümlerin (yaptırımların) işlerlik kazanabilmesinin ön koşulu, bilirkişilik sıfatıyla görevlendirilecek olanların, kanunen bilirkişilik görevini kabulle yükümlü tutulmuş bulunan kişiler arasında yer almasıdır.

Hukuk fakültesi öğretim üyeleri (elemanları), hem hukuk hem de ceza yargılaması bağlamında kanunen bilirkişilik görevini kabulle yükümlü tutulmuş bulunan kişiler arasında yer almamaktadır. Her şeyden önce, hukuk fakültesi öğretim üyeleri (elemanları) resmî bilirkişi sayılamazlar. Resmî bilirkişiden maksat, kanunen belirli konularda oy ve görüş bildirmekle resmen görevlendirilmiş olan kişi, kurum ve kuruluşlardır (Örneğin, Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık Şûrası gibi). Bu bağlamda, kişi bazında tek yasal zorunluluk, tıp fakültelerinin adlî tıp anabilim dalında görev yapan öğretim üyeleri (elemanları) bakımından öngörülmüştür.

Öte yandan, bilirkişilik görevini kabulle yükümlü tutulacak olanların tâyinine yönelik olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 278. ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 65. maddesinde öngörülmüş bulunan yasal düzenlemelerin, hâkimin hukukî sorunlarda bilirkişiye başvurma yasağını açık, kesin ve emredici bir biçimde öngören ve yukarıda izaha çalıştığımız mevzuat hükümleri ile ilişki kurularak, bu bağlamda (bu temelde) anlamlandırılması ve yorumlanması zorunludur. Daha önceden de vurgulandığı üzere, bilirkişilik kurumu, pozitif hukuk çerçevesinde, hem hukuk hem ceza yargısı alanında hâkimin, hukukî bilgi ihtiyacının karşılanmasında işlev görecektir. Araçlardan birisi konumunda değildir; her türlü hukukî sorunun çözüme kavuşturulması açısından bilirkişiye başvurulması son derece açık, kesin ve emredici bir dille yasaklanmıştır. Hem Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hem de Ceza Muhakemesi Kanunu bağlamında, bilirkişilik kurumu, hukukî sorunların en yet-

kin bilirkişinin, hâkimin kendisi olduğu esası üzerine bina edilmiştir. Dolayısıyla, hukuk fakültesi öğretim üyelerinin (elemanlarının), matematik, fizik, tıp, kimya, biyoloji gibi pozitif bilimler alanında faaliyet gösteren öğretim üyeleri (elemanları) gibi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 278. ve Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 65. maddesi bağlamında, özellikle bilgisine başvurulacak olan husus hakkında, meslek ve sanat icrasına resmen (alenen) yetkili kılınmış olanlar kapsamında mütalaa edilip; bilirkişi olarak görevlendirilmelerine ve bu görevi kabule zorlanmalarına; hatta bu zorlamayı gerçekleştirmek için haklarında, disiplinler ve cezaî yaptırımlara işlerlik kazandırılmasına hukuken olanak yoktur.

Yapılmış olan bu tespitler, İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesi maddesi uyarınca, genel idarî yargı alanında; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 56. maddesi uyarınca da, askerî idarî yargı alanı açısından da geçerlilik taşır.

KAYNAKLAR

- Arslan, Ramazan, *Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi*, (YD, 1989/4, s. 156-183), s. 162-163.
- Arslan, Ramazan, *Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, (Yargı Reformu 2000, Sempozyum, İzmir 2000, s. 190-211), s. 195.
- Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesinde Bilirkişi Atanması ve Zorunlu Bilirkişilik*, (Bilirkişilik Sempozyumu, 9-10 Kasım 2001, Ankara 2002, s. 190-236), s. 207-208.
- Tanrıver, Süha, *Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu*, Ankara 2002, s. 33, dn. 1.

1982 ANAYASASI'NDA CUMHURBAŞKANININ SORUMSUZLUĞU

IRRESPONSIBILITY OF THE PRESIDENT IN 1982 CONSTITUTION

Ş. Cankat TAŞKIN*

Özet: Bu çalışmanın amacı, cumhurbaşkanının 1982 Anayasası'na göre sorumsuzluğunu irdelemektir. Çalışmada, cumhurbaşkanının sorumsuzluğu irdelenirken öncelikle cumhurbaşkanının parlamenter sistemdeki konumu ve sorumsuzluktan ne anlaşılması gerektiği; (sorumsuzluğun tanımı) üzerinde durulmuş; ardından Türk Anayasa tarihi açısından devlet başkanının sorumsuzluğuna değinilmiştir. Bu bağlamda, 1878 Kanuni Esasi, 1909 Kanuni Esasi; 1921, 1924 ve 1961 Anayasalarında devlet başkanının sorumsuzluğu üzerinde durulmuştur. Devlet başkanının sorumsuzluğunun karşılaştırmalı hukuktaki görünümlerine de bu başlık altında değinilmiştir.

Çalışmanın kapsamını genişletmemek adına milletvekili, bakan ve başbakan sorumsuzluğu ile dokunulmazlığı konuları ayrıntılı olarak incelenmemiştir. Yalnızca yeri geldikçe bu konu Cumhurbaşkanı sorumsuzluğu açısından değerlendirilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Cumhurbaşkanı, cumhurbaşkanının sorumsuzluğu, sorumsuzluk, vatana ihanet kavramı.

Abstract: The purpose of this study, to examine the irresponsibility of the President according to the 1982 Constitution. While examining the responsibility of the President in that study, at first the position of the President in parliamentary system and the issue of what should be understood from irresponsibility (the definition of the irresponsibility) are touched upon. Then the irresponsibility of the President in respect of Turkish Constitutional history is dealt with. In this context the irresponsibility of the President is examined according to 1897 Basic Law, 1909 Basic Law and the Constitutions adopted in 1921, 1924 and 1961. Approaches of the irresponsibility

* Av., Bursa Barosu, Kocaeli Üniversitesi Kamu Hukuku doktora öğrencisi.

lity of the President in comparative law is also touched upon.

In order not to expand scope of that study, the immunities of members of parliament, ministers and prime minister are not scrutinized in detail. Those are taken into consideration in aspect of the irresponsibility of the President.

Keywords: President, irresponsibility of the president, irresponsibility, the concept of treason.

GİRİŞ

Bu çalışmanın amacı, cumhurbaşkanının 1982 Anayasası'na göre sorumsuzluğunu irdelemektir. Çalışmada, cumhurbaşkanının sorumsuzluğu irdelenirken öncelikle cumhurbaşkanının parlamenter sistemdeki konumu ve sorumsuzluktan ne anlaşılması gerektiği; (sorumsuzluğun tanımı) üzerinde durulmuş; ardından Türk Anayasa Tarihi açısından devlet başkanının sorumsuzluğuna değinilmiştir. Bu bağlamda, 1878 Kanuni Esasi, 1909 Kanuni Esasi; 1921, 1924 ve 1961 Anayasalarında devlet başkanının sorumsuzluğu üzerinde durulmuştur. Devlet başkanının sorumsuzluğunun karşılaştırmalı hukuktaki görünümüne de bu başlık altında değinilmiştir.

Çalışmanın kapsamını genişletmemek adına milletvekili, bakan ve başbakan sorumsuzluğu ile dokunulmazlığı konuları ayrıntılı olarak incelenmemiştir. Yalnızca yeri geldikçe bu konu Cumhurbaşkanlığı sorumsuzluğu açısından değerlendirilmiştir.

I. BÖLÜM

A. Cumhurbaşkanının Parlamenter Sistemdeki Rolü

1. Genel Olarak

Cumhurbaşkanının sorumsuzluğunun anlaşılabilmesi için cumhurbaşkanının parlamenter sistemdeki rolü üzerinde durmak gerekmektedir.

Devlet başkanı, parlamenter sistemde yürütme erki içerisinde yer alır. Parlamenter sistem, yürütmeyi devlet başkanı ile kurul arasında paylaşmıştır. Buna göre, yürütmenin bir kanadında siyasi açıdan sorumsuz devlet başkanı yer alırken; diğer kanadında ise kurul (bakanlar kurulu, hükümet) yer alır.¹ Sistemin monarşi veya cumhuriyet olmasına göre devlet başkanı ya hükümdar ya da cumhurbaşkanı adını alır.

Türkiye'de 1982 Anayasası'na göre sorumsuz kanatta cumhurbaşkanı; sorumlu kanatta ise başbakan ve bakanlar kurulu yer almaktadır.

Cumhurbaşkanı, Anayasa'nın 104. maddesi gereğince, devlet organları arasındaki eşgüdümü, devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetmek; düzenli işleyişini düzenlemek ve sağlamakla yükümlüdür.² Cumhurbaşkanının bu görevi "temsil" ve "gözetme" görevi olarak iki başlıkta incelenebilir.³ Temsil görevinden, "devletin başı" sıfatıyla ülkeyi içeride ve dışarıda temsil etmek; gözetme görevinden ise anayasanın uygulanmasını, devlet organlarının uyumlu ve düzenli çalışmasını gözetme görevi anlaşılır.⁴

Cumhurbaşkanı, bu görevini yapabilmesi için, tarafsız kişiler arasından seçilmektedir. Cumhurbaşkanı, simgesel yetkiler kullanan, partizanlıktan uzak, güvenilir ve tarafsız bir konumda olmalıdır.⁵ Ancak 1982 Anayasası'nda cumhurbaşkanının yetkileri, klasik parlamenter sistemdeki devlet başkanının yetkilerine göre çok genişletilmiş ve cumhurbaşkanı adeta "yürütmenin ajanı" durumuna getirilmiştir.⁶ Öyle ki cumhurbaşkanına çoğu parlamenter sistemde devlet başkanının sahip olmadığı sorumsuzluk verilmiş ve böylece Türkiye'deki

¹ Önder, Salih, *Türk Parlamenter Sisteminde Cumhurbaşkanının Rolü*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 11.

² Kanadoğlu, Sabih, "Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu", *Cumhuriyet Gazetesi*, 25 Nisan 2007, s. 2.

³ Atar, Yavuz, "Türk Anayasal Sisteminde Cumhurbaşkanının Seçimi, Görev Süresi, Yetkileri ve Parlamenter Sistem Gereklere Doğrultusunda Değişiklik Önerileri", *TBMM Anayasa Hukuku I. Uluslararası Sempozyumu*, 22-24 Nisan 2003, TBMM Başkanlığı Yayınları, Yayın No: 1, s. 317.

⁴ Atar, *Cumhurbaşkanı*, s. 317.

⁵ Kalaycıoğlu, Ersin, *Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı*, TBB Yayınları, *Sempozyum*, 12-13 Ocak 2007, Ankara, s. 177.

⁶ Kalaycıoğlu, *Sempozyum*, s. 179.

parlamerter sistem, kendine özgü bir “yari-parlamerter sistem” haline gelmiştir.⁷

2. Sorumsuzluk Kavramı ve Tanımı

Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu, cumhurbaşkanının göreviyle ilgili sözlerinden, eylemlerinden ve işlemlerinden ötürü hukuki veya cezai anlamda herhangi bir soruşturmaya veya kovuşturmaya tabi tutulmaması anlamında kullanılmaktadır. Sorumsuzluk, “siyasi sorumsuzluk” olarak değerlendirilmelidir.⁸ Ancak sorumsuzluğun cezai yönü de bulunmaktadır.⁹ Sorumsuzluk, parlamerter sistemin gereğidir.¹⁰

Sorumsuzluk süreklidir; görev süresi bitince de görevi dönemindeki, göreviyle ilgili söz ve eylemlerinden dolayı kovuşturulmamayı içerir.

Diğer yandan, cumhurbaşkanı sorumsuzluğunun tek ayrıksısı vatana ihanet kavramıdır. Cumhurbaşkanı, 1982 Anayasası'na göre ancak vatana ihanet ile suçlandırılabilir. Bunu da TBMM üye tamsayısının 1/3'ünün önerisi ve 3/4'ünün kararı ile yapabilir.¹¹ Bu da 184 milletvekili tarafından suçlandırılacağı, 414 milletvekili tarafından da Yüce Divan'a sevk edileceği anlamına gelmektedir.

Benzeri bir düzenleme, 27 Aralık 1947 tarihli İtalyan Anayasası'nın 90¹² maddesinde de bulunmaktadır. Yunan Anayasası'nın 49. maddesinde¹³ “vatana ihanet ve anayasanın kasten zedelenmesi”; 1958 tarih-

⁷ Kalaycıoğlu, *Sempozyum*, s. 180.

⁸ Atar, *Cumhurbaşkanı*, s. 328.

⁹ Soysal, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1997, s.226.

¹⁰ Kerse, Ahmet, *Türkiye'de 1961 Anayasası'na göre Cumhurbaşkanı*, Doktora Tezi, İstanbul 1973, s.129.

¹¹ Konu, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir.

¹² Maddeye göre, İtalyan Cumhurbaşkanı göreviyle ilgili suçlarından dolayı sorumlu tutulamaz. Bunun tek istisnası devlete yüksek ihanetidir. Bu durumda Cumhurbaşkanı meclislerin birleşik toplantısında nitelikteki çoğunluğu ile alacakları kararla suçlandırılabilir. (http://www.servat.unibe.ch/law/icl/it00000_.html Erişim tarihi: 05.12.2009).

¹³ <http://confinder.richmond.edu/confinder.html> (Erişim tarihi: 07.12.2009); aynı yönde Kanadoğlu, *Cumhurbaşkanı*, s. 2.

li Fransız Anayasası'nın¹⁴ 68. maddesinde "*vatana ihanet*" suçlarından ötürü cumhurbaşkanının suçlandırılabilmesi belirtilmektedir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki ne İtalyan Anayasası'nda ne Yunan Anayasası'nda ne de Fransız Anayasası'nda ve ilgili ceza yasalarında vatana ihanet kavramı tanımlanmıştır.¹⁵

Belirtmek gerekir ki cumhurbaşkanının görevi dışındaki söz, eylem ve davranışları nedeniyle hem cezai hem de hukuki anlamda sorumluluğu vardır.¹⁶ 1982 Anayasası'nın uygulaması da bu yöndedir.

Parlamente sistemde devlet başkanının sorumsuzluğunun temelinde, devlet başkanının sembolik bir statüde olması yatmaktadır. Kamu hukukundaki "*yetkide ve sorumlulukta paralellik ilkesi*" gereğince, sembolik yetkileri olan bir kişinin sorumsuz olması da doğaldır.¹⁷ Zira sorumsuzluktan amaçlanan devlet başkanını mutlak olarak korumak değildir; yürütme organının başı olan devlet başkanının istikrarını ve devamlılığını sağlamaktır.

Parlamente sistemlerde devlet başkanının göreve geliş şekli önem taşımamaktadır. Seçimle de gelse meclis tarafından da seçilse devlet başkanının siyasi bakımdan sorumsuzluğu kabul edilir. Ayrıca, parlamente sistemde devlet başkanının sorumsuzluğunun kabul edilmesinin nedeni, devlet başkanına dilediği gibi hareket olanağı tanıyarak ona ayrıcalıklı bir statü kazandırmak değil, görevini daha iyi yerine getirebilmesi için ona her türlü tartışmanın ve siyasi partilerin üstünde, tarafsız bir statü kazandırmaktır.¹⁸

Parlamente monarşilerde devlet başkanının sorumsuzluğu mutlakken,¹⁹ parlamente cumhuriyetlerde sorumsuzluk mutlak değildir.²⁰ Kural sorumsuzluk olmakla birlikte, bunun ayrıksısı vatana ihanettir.

¹⁴ <http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp#IX>
Erişim tarihi: 07.12.2009).

¹⁵ Kanadoğlu, *Cumhurbaşkanı*, s. 2.

¹⁶ Konuyla ilgili öğretilerde farklı görüşler öne sürülmüştür. Görüşler, ayrıntısıyla çalışmanın ilerleyen kısımlarında değerlendirilecektir.

¹⁷ Önder, *Cumhurbaşkanının Rolü*, s. 14.

¹⁸ Önder, *Cumhurbaşkanının Rolü*, s. 113.

¹⁹ Şahin, Kemal, "Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu", *Prof. Dr. Vecdi Aral'a Armağan*, KOUHF, Kocaeli 2001, s. 247.

²⁰ Kerse, *Cumhurbaşkanı*, s. 133.

Hatta parlamenter sistemin beşiği sayılan İngiltere’de devlet başkanının sorumsuzluğu “*The King can do no wrong*” (Kral Kötülük yapmaz) adlı özdeyişle ifade edilmekte²¹ ve “*Kral kendi eliyle bir adam öldürürse bundan belki başbakan sorumlu olur; fakat başbakanı öldürürse bundan kimse sorumlu olmaz*” diyerek de devlet başkanının mutlak sorumsuzluğu ilkesi dile getirilmektedir.²²

Sorumsuzluğun sonuçlarını kısaca özetlemek yararlı olur. Bunlardan ilki cumhurbaşkanının seçildiği süre içinde vatan hainliği dışında azlolunamaması; ikincisi ise cumhurbaşkanının eylem ve işlemlerinden siyasi sorumluluğun başbakana ve bakanlara ait olmasıdır.²³ Konu, çalışmanın kapsamında ayrıntılı olarak değerlendirildiğinden ayrıntısına burada girmiyoruz.

B. Anayasal Gelişimde Devlet Başkanının Sorumsuzluğu

Türk Anayasa tarihi açısından devlet başkanının sorumsuzluğu konusu incelenirken, süreci 1876 Tarihli Kanuni Esasi’den (KE) başlatıp 1982 Anayasası’ndaki duruma kadar incelemek gerekmektedir.

1876 tarihli KE’de tüm yetkiler padişah bünyesinde toplanmıştır. Bunun bir sonucu olarak da 1876 KE’de 5. madde ile “Zatı hazreti padişahının nefsi hümayunu mukaddes ve gayri mesuldür” denerek padişahın dokunulmazlığı ve sorumsuzluğu güçlendirilmektedir.²⁴ Ancak bu madde ile klasik parlamenter sistemin temel unsurlarından olan “*devlet başkanının sorumsuzluğu*” KE’de yer almıştır.²⁵ Hatta bu öyle bir sorumsuzluktur ki padişah anayasaya bağlılık yemini dahi etmemektedir. KE’deki sorumsuzluk, klasik parlamenter sistemdeki sorumsuzluktan farklıdır. Çünkü klasik parlamenter sistemde, devlet başkanının yetkileri sembolikken, KE’de bu yetkiler sınırsızdır ve padişah bütün yetkilerle kuvvetlerin sahibidir.

²¹ Özbudun, Ergun; “*Cumhurbaşkanının Sorumluluğu ve Sorumsuzluğu*”, *Türkiye’nin Anayasa Krizi*, (2007-2009), Liberte Yayınları, 1. Baskı, Ekim 2009, s. 239.

²² Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayıncılık, 5. Baskı, İstanbul 1998, s. 401.

²³ Kerse, *Cumhurbaşkanı*, s. 136.

²⁴ Parla, Taha, *Cumhurbaşkanı ve Parlamenter Sistem*, Atila Kitabevi, Ankara 1999, s. 38.

²⁵ Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, YKY, 2. Baskı, İstanbul, Ekim 2008, s. 143.

1909 Kanuni Esasisi'nde ise 1876'ya göre padişahın sorumsuzluğu ise günümüz parlamenter rejimlerine benzer şekilde düzenlenmiştir. Ancak yine de padişahın devletin en yetkili organı olarak sorumsuzluğu ilkesi korunmuştur.²⁶ (1909 KE m. 5)

1921 Anayasası'nda ise devlet başkanının sorumsuzluğuna ilişkin açık bir düzenleme yoktur.²⁷ Bunun en temel nedeni olarak, 1921 Anayasası'nın ruhunu egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olmasının oluşturması ve egemenliğin sahibi olarak saltanat makamından söz edilmiyor olması nedeniyle padişahlığın kendiliğinden ortadan kalkmaması olarak gösterilebilir.²⁸

1924 Anayasası'nda ise²⁹ cumhurbaşkanının vatana ihanet dışında sorumluluğu olmadığı esası kabul edilmiştir. Anayasa'nın 39. maddesi gereğince cumhurbaşkanının bütün işlemlerinin ilgili bakan ve başbakan tarafından imzalanması şarttır ve doğacak her türlü hukuki, siyasi, cezai sorumluluk ilgili bakana veya başbakana ait olacaktır. Ancak Anayasa'nın 41. maddesine göre, cumhurbaşkanının vatana ihanet durumunda TBMM'ye karşı sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Ancak 1924 Anayasası'nda cumhurbaşkanı açısından en dikkat çeken konu, cumhurbaşkanının özlük işlerinden dolayı sorumlu tutulması gerekirse Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen milletvekili dokunulmazlığı ile ilgili hükümlere göre hareket edileceğini belirterek cumhurbaşkanının milletvekili dokunulmazlığından yararlanacağını kabul edilmesidir.

1961 Anayasası da parlamenter sisteme uymuş ve cumhurbaşkanının vatana ihanet dışında sorumluluğunun olmadığını kabul etmiştir. 98. maddeye göre,³⁰ cumhurbaşkanı göreviyle ilgili suçlardan ötürü sorumlu değildir. Cumhurbaşkanının tüm kararları başbakan ve il-

²⁶ Koçak, Mustafa, *Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi, Devlet ve Egemenlik*, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 180.

²⁷ Kerse, *Cumhurbaşkanı*, s. 134.

²⁸ Okandan, Recai Galip; *Umumi Amme Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968, s. 346.

²⁹ Batum, Süheyl/ Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Anayasa Hukuku'nun Temel Metinleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul 1997, s. 12.

³⁰ Batum/Yüzbaşıoğlu, *Temel Metinler*, s. 56.

gili bakanlar tarafından imzalanır ve bunlardan başbakan veya ilgili bakan bizzat sorumludur.

Kişisel suçlarından ötürü ise cumhurbaşkanı her vatandaş gibi hukuki ve cezai sorumluluğa sahiptir.³¹ 1961 Anayasası'nın 99. maddesine göre, "Cumhurbaşkanı TBMM üye tamsayısının 1/3'ünün teklifi ve üye tamsayısının 2/3'ünün kararı ile, Meclislerin birleşik toplantısı üzerine Yüce Divan'a sevk edilir".³²

II. BÖLÜM

A. 1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu

1982 Anayasası'nda cumhurbaşkanının siyasi sorumsuzluğu 105. maddede düzenlenmiştir. Buna göre; "Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur. Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz. Cumhurbaşkanı, vatanı ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararlarla suçlandırılır."

Bu durumda, cumhurbaşkanının sorumsuzluk hallerini üç temel başlıkta incelemek gerekmektedir. Bunlardan ilki siyasi sorumluluk; ikincisi cezai sorumluluk; üçüncüsü de hukuki sorumluluktur. Cezai ve hukuki sorumluluk hallerini de iki alt başlıkta değerlendirmek ve cumhurbaşkanının görev suçlarıyla ilgili cezai ve hukuki sorumluluğu ile görev suçları dışındaki suçlarındaki cezai ve hukuki sorumluluğunu değerlendirmek gerekmektedir. İnceleme, aşağıda bu tablo esas alınarak yapılmıştır.

³¹ Önder, *Cumhurbaşkanının Rolü*, s. 48.

³² Batum/Yüzbaşıoğlu, *Temel Metinler*, s. 57.

1. Cumhurbaşkanının Siyasi Sorumluluğu

Cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğu, 1982 Anayasası'nın 105. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir.

Siyasi sorumluluk, cezai ve hukuki sorumluluktan farklı olarak konu itibarıyla sınırlandırılmamış bir sorumluluktur.³³ Parlamenter sistemde cumhurbaşkanı siyasi açıdan sorumluluk taşımadığı için, cumhurbaşkanının görevine parlamento tarafından son verilemez. Ancak parlamento, bazı yollara başvurarak cumhurbaşkanını istifaya zorlayabilir. Örneğin cumhurbaşkanının atadığı hükümetlere parlamento sürekli olarak güvensizlik oyu vererek ya da başbakan veya ilgili bakanların cumhurbaşkanının işlemlerine sürekli olarak imza atmamaları gibi araçlar kullanılarak cumhurbaşkanı istifaya zorlanabilir.³⁴ Ancak bu durumda cumhurbaşkanı istifa etmezse, parlamentonun veya hükümetin yapabileceği bir şey yoktur. Zira bu tür bir zorlama hukuki değil, psikolojik bir zorlamadır.³⁵

Anayasa'nın 105. maddesinden çıkan anlama göre, cumhurbaşkanının görevi sırasında vatana ihanet dışında herhangi bir siyasi sorumluluğu yoktur. Bu sorumluluk da çok sıkı koşullara bağlanmıştır. Bu koşullar yalnızca şeklen değil, özü itibarıyla da sıkı koşullardır. Bir cumhurbaşkanının vatana ihanetten sorumlu tutulması için TBMM üye tamsayısının 1/3'ünün teklifi ile suçlandırılması, yine TBMM üye tamsayısının 3/4'ünün kararı ile de Yüce Divan'a sevk edilmesi söz konusu olabilir.

Parlamenter sistemde sorumlulukta ve yetkide paralellik ilkesi egemendir. Bu bağlamda, sorumluluğu olmayan birine yetki verilmesi de söz konusu olamaz. Bu nedenle de cumhurbaşkanının kararlarının uygulanabilmesi için, bu kararlardan doğan sorumluluğu üstlenecek birine gereksinim duyulur. Bu sorumluluk da parlamenter sistemde başbakana ve bakanlar kuruluna aittir. Başbakan veya bakanlar kurulu, cumhurbaşkanının kararlarını gerektiğinde imzalar ve doğacak siyasi sorumluluğu üstlenirler. Bakanların bu eylemlerinden ötürü ce-

³³ Önder, *Cumhurbaşkanının Rolü*, s. 112.

³⁴ Gözler, Kemal, *Cumhurbaşkanı Hükümet Çatışması (Cumhurbaşkanı Kararnameleri İmzalamayı Reddedebilir mi?)*, Ekin Kitabevi, Bursa 2000, s. 39-47.

³⁵ Gözler, *Cumhurbaşkanı Hükümet Çatışması*, s. 39-47.

zai sorumluluğu olması için bu eylem nedeniyle ceza kanununun herhangi bir maddesinin ihlal olması gerekir.³⁶ Keza hukuki sorumluluğu doğması için de eylemler nedeniyle bireylerin maddi veya manevi zarar görmesi gerekmektedir.

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı birtakım işlemleri de bulunmaktadır. Bu işlemlere başbakanın veya ilgili bakanların katılması söz konusu olmadığından, başbakanın ve ilgili bakanların bu kararlarla ilgili sorumluluğu da olmayacaktır. Ayrıca bu kararlardan ötürü Anayasa'nın 105. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi dahil, herhangi bir yargı merciine de başvurulamaz. Bu durumda, cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerden ötürü siyasi sorumluluğunun olmadığı söylenebilecektir.³⁷ Göreviyle ilgili olması nedeniyle, cumhurbaşkanının bu nitelikteki eylemleri suç dahi olsa vatana ihanet sayılmadıkça cumhurbaşkanı hakkında cezai sorumluluğa da gidilemez. Keza, bu işlemlerden ötürü bireyler zarar görmüşlerse cumhurbaşkanlığı veya cumhurbaşkanının şahsı hakkında tazminat istemiyle dava açılması da mümkün olamaz.³⁸ Ancak ilgili bakanlığa karşı dava açılabilir. Çünkü cumhurbaşkanının göreviyle ilgili eylemlerinden doğan zararlardan da sorumluluğu olmadığı kabul edilmektedir.

2. Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu

Cezai sorumluluğun görevle ilgili suçlarda ve görev dışı suçlarda cezai sorumluluk olarak iki ayrı başlıkta değerlendirilmesi gerekir.

a. Kişisel Suçlardan Dolayı Cezai Sorumluluk

Konunun, cumhurbaşkanının seçilmeden önce işlediği kişisel suçlar ve seçildikten sonra işlediği kişisel suçlar olarak iki ayrı başlık altın-

³⁶ Önder, *Cumhurbaşkanının Rolü*, s. 112.

³⁷ Gözler, bu kuralın adalet fikrine aykırı olduğunu şu sözlerle savunmaktadır. "Bırakınız parlamenter hükümet sisteminin ilkelerini, demokrasinin gereklerini, Cumhurbaşkanının yaptığı işlemlerin sorumsuzluğunun başbakan ve bakanların sırtına yüklenmesi, düpedüz adalet fikrine aykırıdır." (Gözler, *Cumhurbaşkanı Hükümet Çatışması*, s. 33).

³⁸ Gözler, *Cumhurbaşkanı Hükümet Çatışması*, s. 32.

da incelenmesi gerekmektedir.³⁹ Buna göre, cumhurbaşkanı seçilmeden önceki görevle ilgili ve o görevi sırasında işlenen suçlar bakımından önceki görevin gerektirdiği soruşturma ve kovuşturma yöntemleri uygulanır. Ancak, bakanken veya başbakanken cumhurbaşkanı seçilip de görevinden ayrılan biri hakkında, bakanlığı veya başbakanlığı döneminde işlediği göreviyle ilişkili bir suç varsa, bu suçların soruşturulması TBMM İçtüzüğü'nün 107/1 maddesine göre TBMM üye tamsayısı olan 55 milletvekilinin soruşturma önergesi vermesi üzerine Anayasa'nın 100. maddesindeki yöntem uygulanarak yapılır.⁴⁰

Buna karşın, cumhurbaşkanının seçilmeden önceki kişisel suçlardan ötürü cezai sorumluluğu konusu Anayasa'da açıkça düzenlenmiş değildir. Bu durumda, cumhurbaşkanının kişisel suçlardan dolayı herkes gibi sorumluluğu olduğunu ve herkes gibi yargılanabileceğini belirtmek gerekir. Çünkü ceza hukukun en temel ilkelerinden birisi "*ceza kanunlarının mecburiliği ilkesi*"dir. Bunun bir nedeni de cumhurbaşkanının milletvekilleri gibi dokunulmazlığının bulunmamasıdır.

Nitekim 105. madde cumhurbaşkanının görev suçlarından doğan sorumluluğunu düzenlemekte ve vatana ihanet hali dışında cumhurbaşkanının bu tür suçlardan sorumlu olmadığını belirtmektedir. Öyleyse, bunun karşıt anlamından cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olduğu anlaşılır.⁴¹

Yargılama mercii de özel bir merci değildir. Suçun niteliğine göre genel mahkemelerde (sulh-asliye-ağır ceza) yargılanabilir.⁴² Hatta kanaatimizce tutuklanabilir; tutulabilir ve sorguya da çekilebilir. Çünkü cumhurbaşkanının sanık olarak nasıl yargılanacağına ilişkin CMK'da ya da ilgili diğer mevzuatta özel bir düzenleme yoktur. Bu durumda, cumhurbaşkanı için de genel kuralların uygulanması gerekir. CMK'daki özel düzenleme, cumhurbaşkanının tanık olarak dinlenmesine ilişkindir ve CMK m. 43/4 ile CMK m. 47/4'te yer almaktadır. CMK m. 43/4'e göre, cumhurbaşkanı kendi takdiri ile tanıklıktan çe-

³⁹ Kanadoğlu, *Cumhurbaşkanı*, s. 2.

⁴⁰ Kanadoğlu, *Cumhurbaşkanı*, s. 2.

⁴¹ Gören, Zafer, *Anayasa ve Sorumluluk*, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 58, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 1995, s. 58.

⁴² Parla, *Cumhurbaşkanı*, s. 62.

kilebilir; tanıklık yapmak istemesi halinde ise beyanı konutunda alınabilir veya beyanını yazıyla bildirebilir. Bu durumda, Cumhurbaşkanı hakkında, tanıklık etmek istememesi durumunda CMK m. 44/1'deki tanığın zorla getirilmesine ilişkin düzenlemenin de uygulama alanı olmadığı söylenebilecektir. Bir başka deyişle, tanıklıktan çekinen Cumhurbaşkanı hakkında zorla getirme kararı verilemez. Keza CMK m. 47/4 gereğince, devlet sırrı niteliğindeki bilgilere ilişkin tanıklıkta da Cumhurbaşkanı sırrın niteliğini ve mahkemeye bildirilmesi hususunu kendisi takdir edecektir.

1961 Anayasası döneminde, Yargıtay, Cumhurbaşkanı Celal Bayar'ın ABD'den beraberinde getirdiği silah ve mermileri gümrüksüz yurda sokma eyleminde suçun sabit olduğuna karar vermiştir.⁴³ Bu karar da cumhurbaşkanının herkes gibi yargılanabileceğini ve mahkum edilebileceğini ortaya koyması bakımından çarpıcıdır.

Ancak öğretilerde bir görüş,⁴⁴ cumhurbaşkanının kişisel bir suç işlemesi durumunda, cumhurbaşkanı hakkında genel hükümlerin uygulanmasının cumhurbaşkanı saygınlığı ve konumu nedeniyle sakıncalı olduğunu; örneğin cumhurbaşkanının tutuklanması durumunda bunun sonucunun devletin başsız kalması anlamına geleceğini öne sürmektedir. Oysa kamu hukukunun temel ilkelerinden biri devletin sürekliliği ilkesidir. Bu durumda, cumhurbaşkanı tutuklansa dahi Anayasa'nın 106. maddesi işletilir ve cumhurbaşkanına tutukluluk halinin sonuçlanmasına kadar TBMM Başkanı vekalet eder.

Benzer yöndeki bir başka görüş ise⁴⁵ cumhurbaşkanının herkes gibi yargılanmasının doğru olmadığını, diğer yandan cumhurbaşkanını Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'nin yargılamasının da doğru olmayacağını; çünkü Anayasa Mahkemesi'nin bütün üyelerinin cumhurbaşkanı tarafından atandığını, bu durumda da mahkemenin cumhurbaşkanına karşı tarafsız bir yargılama yapabilmesinin pek mümkün olmadığını, çözümün Yargıtay ve Danıştay büyük kurulla-

⁴³ 5. CD'nin 04.10.1962 tarih ve 3607/3348 sayılı kararı (aktaran Önder, *Cumhurbaşkanının Rolü*, s. 117).

⁴⁴ Önder, *Cumhurbaşkanının Rolü*, s. 117.

⁴⁵ Alacakaptan, Uğur, *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Bildiriler*; 9-13 Ocak 2001, s. 505.

rından oluşan özel bir mahkeme kurmaktan geçtiğini, bu yönde de Anayasa'da gereken değişikliğin yapılması gerektiğini belirtmektedir.

Diğer bir görüş ise,⁴⁶ cumhurbaşkanının vekili olan TBMM Başkanı'nun kişisel suçları nedeniyle dokunulmazlıktan yararlanabileceken, asil olan cumhurbaşkanına böyle bir hak tanınmamasının hukuki bir çelişki olduğunu; vekilde olan bir yetkinin asilde evleviyetle bulunacağını savunmaktadır.⁴⁷

Bu görüşlere, yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle katılmıyoruz. Çünkü mevcut hukuki düzenleme bu görüşleri benimsemeye engeldir. Ancak, olması gereken hukuk açısından ikinci görüşü daha doğru buluyoruz. Bu yönde Anayasa'da gerekli değişikliğin yapılması gerektiği kanısındayız.

Diğer yandan, cumhurbaşkanı hakkında nasıl bir usul izleneceği ne Anayasa'nın 105. maddesinde ne de CMK'da düzenlenmiştir. Bu durumda, cumhurbaşkanının tutuklanmasının da CMK m. 100 ve 101'deki kurallara göre yapılması gerekmektedir. Anayasa veya yasa koyucu aksi bir istenç içerisinde olsaydı bu istencini Anayasa'da veya CMK'da belirtirdi. Nitekim 1924 Anayasası'nda, 41. maddede, Anayasa koyucu "*Cumhurbaşkanı'nın özlük işlerinden dolayı sorumlu tutulması gerekirse Anayasa'nın milletvekilliği dokunulmazlığı ile ilgili 17. maddesi hükümlerine uyulur.*" diyerek, kişisel suçları bakımından da cumhurbaşkanına dokunulmazlık vermiştir. Oysa buna benzer bir düzenlemeye ne 1961 ne de 1982 Anayasalarında rastlanmaktadır.

Bir görüşe göre,⁴⁸ 1982 Anayasası'nın Geçici 2. maddesi ile Cumhurbaşkanlığı Konseyi'ne dönüşen eski Milli Güvenlik Konseyi üyelerinin dokunulmazlığı bulunmasına rağmen, bu Konsey'in başı olan Cumhurbaşkanı Kenan Evren'in dokunulmazlığı olmadığını savunmak ilkokul öğrencilerinin bile mantığını isyan ettirecek bir yakla-

⁴⁶ Aktaş, Kadir, "Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı", *TBBB*, Sayı 84; Eylül-Ekim 2009, s. 271.

⁴⁷ Tanilli, Server; *Devlet ve Demokrasi, Anayasa Hukukunda Giriş*, 2.Bası, Sayı Kitap Pazarlama, İstanbul, s. 349, dipnot 4

⁴⁸ Özbudun, *Anayasa Krizi*, s. 240.

şımdır. Durum böyle olunca, cumhurbaşkanı hakkında da milletvekili dokunulmazlığına ilişkin kuralların uygulanması gerekir.⁴⁹

Kanımızca, 1982 Anayasası'nın 105. maddesine 1924 Anayasası'nın 41. maddesindeki benzer bir fıkra eklenmesi⁵⁰ bu konudaki tartışmaları önlemek ve cumhurbaşkanlığı makamının art niyetli ceza kovuşturmaları ile yıpratılmasını önlemek bakımından yerinde olacaktır.⁵¹

b. Görevle İlgili Suçlardan Dolayı Cezai Sorumluluk

Kural olarak, cumhurbaşkanının göreviyle ilgili suçlarından ötürü cezai sorumluluğu yoktur. Bu kuralın tek ayrıkması cumhurbaşkanının vatana ihanetle suçlandırılmasıdır. Bu bağlamda, vatana ihanet kavramını incelerken yaptığımız açıklamaları burada yinelemiyoruz. Ancak şunu belirtmekte yarar görmekteyiz ki vatana ihanetten doğan sorumluluk bir yönüyle siyasi diğer yönüyle de cezai sorumluluk olarak nitelendirilebilir.

1. Vatana İhanet Kavramı

1.1. Tanım, Tarihi Gelişim ve Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

Vatana ihanet kavramı, kaynağını Germen hukukunda bulmaktadır. Germen hukukunda toplum üyelerinin topluma sadakatle bağlı olmaları gerektiği kabul edilmiş ve bu gereğe aykırılık "*hiyanet*" olarak kabul edilmiştir.⁵²

⁴⁹ Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Beşinci Baskı, Ankara 1998, s. 290.

⁵⁰ Türkiye Barolar Birliği 2007 yılı Anayasa Önerisi'nin 119. maddesinde, Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili suçlardan ötürü sorumlu olmadığı, bunun tek ayrıkmasının vatana ihanet olduğu belirtilmiş; maddenin son fıkrasında ise "Bunun dışında, Cumhurbaşkanının suç oluşturan bir fiilden sorumlu tutulması, görev süresi sonuna ertelenir. Bu süre içinde zamanaşımı işlemez." denerek Cumhurbaşkanının saygınlığına ve konumuna yakışan bir düzenleme önerilmiştir. Buna benzer bir düzenlemenin Anayasa'nın 105. maddesine konması gerekir. (*TBB Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*, Geliştirilmiş Gereçeli Yeni Metin, 2. Baskı, Kasım 2007, s. 223).

⁵¹ Önder, *Cumhurbaşkanının Rolü*, s. 117; aynı yönde Özbudun, *Anayasa Krizi*, s. 241.

⁵² Kerse, *Cumhurbaşkanı*, s. 156.

Vatana ihanet, vatan hainliği ya da hıyanet-i vataniye (İng.: *high treason*; Fr.: *haute trahison*, Alm.: *Hochverrat*), meşru egemenlik organını devirmeye veya otoritesini yıkmaya, bağlı olduğu devlete karşı savaşmaya veya düşmanla işbirliği etmeye yönelik eylemleri kapsayan suç türü olarak tanımlanabilir.⁵³ Bir başka kaynak ise vatana ihaneti "*Devletin varlığını ve bölünmez bütünlüğünü tehlikeye düşürme faaliyetleri*" olarak tanımlamaktadır.⁵⁴ Vatana ihanet, bir görüşe göre ceza hukuku kavramı olmaktan çok, siyasal bir kavramdır.⁵⁵ Oysa, kanaatimizce vatana ihanetin hem ceza hukuku bağlamında anlamı vardır; hem de bu kavram siyasal bir kavramdır. Ancak cezai yönü daha ağır basmaktadır.

Tarih boyunca birçok hukuk sisteminde vatana ihanet, tüm suçların en büyüğü olarak değerlendirilmiş ve en şiddetli biçimlerde cezalandırılmıştır. Örneğin İngiltere'de⁵⁶ vatana ihanet suçu 1351 tarihli *Treason Act* ile tanımlanmıştır. Bu yasaya göre hükümdarı veya eşini veya büyük oğlunu öldürmeye teşebbüs veya hükümdarın eşine veya büyük kızına tecavüz, hükümdara karşı savaş açmak veya hükümdarın düşmanlarına fiilen yardımcı olmak *high treason* suçunu oluşturur. Bu yasa kapsamında en son 1946'da II. Dünya Savaşı'nda Alman propaganda servisinde çalışan İngiliz vatandaşı William Joyce yargılanmış ve idam edilmiştir.

ABD Anayasası'nın 3. maddesinde devlet başkanının vatana ihanetten sorumluluğu belirtilmiş ve bu fiilin içeriği de "*Birleşik Devletler'e karşı ihanet, ancak onlara savaş açmak ya da onların (Birleşik Devletler'in) düşmanlarına yardım ve yataklık etmek suretiyle düşmanlarının tarafında yer almaktır. Aynı açık olay üzerine iki kişinin tanıklığı veya mahkeme huzurunda yapılan bir itiraf olmaksızın hiç kimse vatana ihanet suçundan mahkum edilemez.*" denerek bu fiil tanımlanmıştır.⁵⁷ Bu durumda ABD'de vatana ihanet ancak ABD'ye savaş açmak veya ABD'nin düşmanla-

⁵³ http://tr.wikipedia.org/wiki/Vatana_ihanet (Erişim tarihi: 04.12.2009).

⁵⁴ Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1992, s. 957.

⁵⁵ Gözübüyük, A. Şeref, *Anayasa Hukuku*, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, s. 229.

⁵⁶ http://tr.wikipedia.org/wiki/Vatana_ihanet (Erişim tarihi: 04.12.2009).

⁵⁷ Şahin, *Vecdi Aral'a Armağan*, s. 248.

rına yardım etmekle sınırlandırılmıştır. Suçun kendisi ve cezası US Code 18/2381 maddesinde tanımlanmıştır.⁵⁸ ABD tarihi boyunca vatana ihanetten toplam 40 dolayında federal dava açılmış ve hemen hiç mahkûmiyet kararı alınmamıştır. 1952'den bu yana kullanılmayan vatana ihanet yasası 54 yıl aradan sonra ilk kez 2006'da El Kaide üyesi olmakla suçlanan bir kişiye karşı kullanılmış, fakat yargılama gerçekleşmemiştir.

Fransız hukukunda⁵⁹ uzun süreden beri kullanımdan kalkmış olan *haute trahison* (vatana ihanet) suçu sadece 1875 tarihli Yüce Divan (*Haute Cour de Justice*) Yasası'nda, devlet başkanı veya bakanların vatana ihanetle suçlanması halinde izlenecek yöntem bağlamında korunmuştu. Bu yasa da 27 Şubat 2007'de yürürlükten kaldırıldı.

Alman Ceza Kanunu'nun 81-83. maddeleri *Hochverrat* (vatana ihanet) suçunu düzenler. Bu maddelere göre, "Zor kullanarak Federal Alman Cumhuriyetini yıkmaya veya anayasa ile kurulu düzeni bozmaya teşebbüs etmek" vatana ihanet suçunu oluşturur ve fail, 10 yıldan müebbet hapse kadar değişen hapis cezasıyla cezalandırılır.⁶⁰ Alman Anayasası'nda vatana ihanetten "anayasanın veya diğer bir yasanın kasten ihlali" anlaşılmaktadır.⁶¹

1.2. Hangi Suçlar Vatana İhanet Sayılır?

Hangi suçların vatana ihanet olarak belirlenmesi gerektiği yönünde dünya üzerinde belli başlı üç sistemin varlığı kabul edilmektedir.⁶² Bu sistemlerden ilki monarşik sistemlerde devlet başkanına karşı işlenen suçların vatana ihanet sayıldığı sistemdir. Bu sisteme göre kral iç hukuk bakımından vatana ihanet edemez. Sisteme Belçika ve İngiltere örnek gösterilebilir.⁶³

⁵⁸ http://tr.wikipedia.org/wiki/Vatana_ihanet (Erişim tarihi: 04.12.2009).

⁵⁹ http://tr.wikipedia.org/wiki/Vatana_ihanet (Erişim tarihi: 04.12.2009).

⁶⁰ http://tr.wikipedia.org/wiki/Vatana_ihanet (Erişim tarihi: 04.12.2009).

⁶¹ Şahin, *Vecdi Aral'a Armağan*, s. 249.

⁶² Sistemler hakkındaki özet bilgi *Kerse*'den alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Kerse, Cumhurbaşkanlığı*, s. 156-160.

⁶³ Parla, *Cumhurbaşkanlığı*, s. 63.

İkinci sistem ise, vatana ihanet suçlarını belirli suç tipi olarak kabul eden sistemdir.⁶⁴ Bu sistemlerde, vatana ihanet, kanunun bu isim altında kabul ettiği birtakım belirli suçlara verilen ortak ad olarak tanımlanabilir. Kanun, bu sistemde, hangi suçların vatana ihanet oluşturduğunu açıkça belirtmektedir. Sistem, kanunilik ilkesi açısından en doğru sistemdir. Bu sisteme örnek olarak Alman ve İsviçre Ceza Kanunu gösterilebilir.

Üçüncü sistemde ise vatana ihanet kavramı bir tipikliği ifade etmez, bir başka anlatımla, bazı ülkelerde vatana ihanet suçu adı altında ayrı düzenlemelere rastlanmaz.⁶⁵ Bu sisteme örnek olarak İtalyan ve Türk sistemleri verilebilir.

1.3. Türk Hukukunda Vatana İhanet Kavramı

Türk hukukunda vatana ihanet kavramı, ne Anayasa'da ne de TCK'da tanımlanmıştır. Ancak bu kavrama ilk kez 29.4.1336 (1920) tarih ve 2 sayılı "*İhaneti Vataniye Kanunu*"nda rastlanmaktadır. Bu Kanun'un 1. maddesi, belirli suçları işleyen kimselerin vatan haini sayılacaklarını göstermiş ve bu fiillerin yaptırımlarını düzenlemişti.⁶⁶

Vatana ihanetten bahseden diğer bir kanun ise 1632 sayılı 22.5.1930 tarihli (15.06.1930 tarih ve 1520 sayılı *Resmi Gazete*) Askeri Ceza Kanunu'dur.⁶⁷ Bu Kanun'un 3. babının 1. faslında 54-60 maddeleri arasında asker kişilerin işleyebilecekleri değişik suçlar ortak bir isim olan "*hıyanet*" başlığı altında toplanmıştır. Ancak, 54. maddede; 765 sayılı TCK'nın 125-145. maddelerinin (Bu maddeler, TCK'nın 4. Kısımında yer alan "*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*" başlıklı suçların 3, 4, 5, 6 ve 7. bölümlerinde yer alan suçlardır. Bu suçlar, suçun niteliğine göre 5237 sayılı TCK'nın 300-339 arasındaki maddelerine karşılık gelmektedir. Bu suçlar "*Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar*"; "*Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar*"; "*Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar*"; "*Milli Savun-*

⁶⁴ Parla, *Cumhurbaşkanı*, s. 63.

⁶⁵ Parla, *Cumhurbaşkanı*, s. 63.

⁶⁶ Kerse, *Cumhurbaşkanı*, s. 161.

⁶⁷ <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.3.1632&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=askeri%20ceza> (Erişim tarihi: 04.12.2009) .

maya Karşı Suçlar", "*Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk*" bölümleri altında toplanmıştır.) vatan aleyhinde cürüm işleyen asker şahıslar hakkında uygulanacağı belirtilmiştir. Bu Kanun'da da vatana ihanet kavramı tanımlanmış değildir.

Bir başka kanun ise 6.7.1960 tarih ve 15 sayılı Kanun'dur.⁶⁸ Bu Kanun, asıl olarak 765 sayılı TCK'nın 146. maddesini düzenleyen bir Kanun'dur. Bu Kanun'la 765 sayılı TCK'nın 56. maddesi de yürürlükten kaldırılmış ve 125-133; 141, 142,146, 149, 150, 163. maddeleri de bu Kanun kapsamında "*vatana ihanet suçu*" olarak kabul edilmiştir. Ancak bu Kanun'da da vatana ihanet kavramı açıkça tanımlanmamıştır.

Durum böyle olunca, cumhurbaşkanının vatana ihanetten suçlandırılması söz konusu olduğunda neyin vatana ihanet sayılacağı da öğretilmiş tartışılmıştır.⁶⁹ Bu konudaki ilk görüş, Türk vatanının bütünlüğüne karşı işlenen fiillerin vatana ihanet olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüştür. Görüşü, Dönmezer / Erman savunmuş⁷⁰ ve "*Hiyaneti Vataniye*" Kanunu'nun hukuken geçerli olduğunu, hangi fiilin vatana ihanet sayılacağına da bu Kanun'a göre belirlenmesi gerektiğini savunmuşlardır. Ancak, bu Kanun 12 Nisan 1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun kabul edilmesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla, kanımızca bu görüşün hukuki dayanağı da kalmamıştır.

İkinci görüş ise 15 sayılı Kanunu esas alan görüştür. Bu görüşü Erem savunmuştur.⁷¹ Erem'e göre, bu suçları ayıran nitelik, "*vatana ihanet saiki*"dir. Bu Kanun da yürürlükte değildir. Şu halde, bu görüşü de hukuken geçerli sayma olanağı yoktur.

Diğer bir görüşe göre ise⁷² cumhurbaşkanı Hiyaneti Vataniye Kanunu'ndaki birçok suçu işleyemez. Bu durumda, cumhurbaşkanı

⁶⁸ Kerse, *Cumhurbaşkanı*, s. 161. Kanun artık yürürlükte değildir.

⁶⁹ Tartışmalar ve görüşler hakkındaki özet bilgi Kerse'den alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kerse, *Cumhurbaşkanı*, s. 163-169.

⁷⁰ Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt 1, Dokuzuncu Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985, s. 242.*

⁷¹ Erem, Faruk, *Türk Ceza Hukuku, Cilt 2, Ankara 1962, s. 4-5'ten aktaran Kerse, Cumhurbaşkanı, s. 164.*

⁷² Parla, *Cumhurbaşkanı, s. 64.*

Anayasa'ya bağlılık yemini ettiği için, bu yemine aykırı davranması durumunda vatana ihanet gerçekleşmiş sayılacaktır.

Yassıada duruşmaları sırasında sanıklar ve müdafileri tarafından Askeri Ceza Kanunu'nun "*vatana hıyanet*" hallerini belirlediği, buna göre ancak bu Kanun'un "*hıyanet*" başlığını taşıyan bölümünde yer alan ve devletin dış güvenliğini ilgilendiren fiillerin vatana ihanet sayılacağı görüşü öne sürülmüştür.⁷³

Kerse,⁷⁴ vatan ihanet kavramının ne Askeri Ceza Kanunu, ne 15 sayılı Kanun ne de Hıyaneti Vataniye Kanunu'nda belirtilen eylemlerle sınırlı olduğunu; hangi fiillerin vatana ihanet sayılacağını her somut olayda TBMM tarafından takdir edilmesi gerektiğini; olaya özgü karar verildiğinden, vatana ihanet kavramının mevzuatta tanımlanmamış olmasının bir eksiklik sayılamayacağını savunmaktadır. Yazar, TBMM'nin vatana ihanet ithamında bulunurken tamamen bağımsız olmadığına değinmekte; tamamen bağımsız olması durumunda cumhurbaşkanının sorumsuzluğunun anlamsızlaşacağını; TBMM'nin ithamdaki sınırının cumhurbaşkanının sadakat borcu olması gerektiğini, bunun da devletin milletiyle bölünmez bütünlüğünden siyasal iktidarın demokratik temsilinden ibaret olduğunu; bunların dışındaki bir eylemin cumhurbaşkanının sorumluluğunu gerektirmeyeceğini savunmaktadır.

Bir başka görüş ise,⁷⁵ Anayasa'da açıkça bir düzenleme olmadığı için vatana ihanetin sınırının yasayla çizilmesinin de mümkün olmadığını, zira yasayla bu sınırın belirlenmesi durumunda Anayasa'ya göre daha kolay kabul edilebilen (adi çoğunluk) bir düzenleme ile cumhurbaşkanının suçlandırılmasının önünün açılacağını, Meclis'in 3/4'ünün ise bu belirlemeyle bağlı kalacağını belirterek konunun yasayla düzenlenmesinin doğru olmadığını savunmaktadır. Bu durumda, mevcut düzenlemenin korunması ve TBMM'ye neyin vatana ihanet sayılacağına ilişkin yetki verilmesi gerekecektir.

⁷³ Kerse, *Cumhurbaşkanı*, s. 165.

⁷⁴ Kerse, *Cumhurbaşkanı*, s. 168.

⁷⁵ Şahin, *Vecdi Aral'a Armağan*, s. 251.

Şu halde, vatana ihanet kavramı konusunda, ceza hukuku anlamında bir belirsizlik olduğu söylenebilir.⁷⁶ 1924 ve 1961 Anayasası'nda da vatana ihanet kavramı tanımlanmış değildir. Ancak cumhurbaşkanının vatana ihanetten suçlandırılabilmesi ve Yüce Divan'da yargılabileceği her üç Anayasa'da da düzenlenmiştir.

1982 Anayasası'nın 38. maddesinde düzenlenen ve ceza hukukunun temel ilkelerinden olan "*suçta ve cezada kanunilik*" (kanunsuz suç ve ceza olmaz) ilkesi karşısında, ceza yasalarında vatana ihanet kavramının tanımlanmamış olması bir eksiklik sayılabilir mi?

Bir görüşe göre,⁷⁷ ülkenin kanunlarında vatana ihanet suçu düzenlenmemiş olsa bile meclisin cumhurbaşkanını vatana ihanetle suçlandırması Anayasa tarafından meclise verilmiş bir yetki olduğuna göre, vatana ihanet kavramının ceza yasalarında düzenlenmemiş olması bir eksiklik sayılamaz. Zira Anayasa'nın 105. maddesi gereğince TBMM suç ve cezaların kanuniliği ilkesine rağmen, cumhurbaşkanının fiilini vatana ihanet olarak vasıflandırabilir. Bu vasıflandırma, olayla sınırlı bir vasıflandırmadır. TBMM, yalnızca fiili vatana ihanet olarak nitelendirir; bu konudaki son sözü Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi söyleyeceğinden, fiilin gerçekten vatana ihanet olup olmadığını da Yüce Divan belirleyecektir.

Bir başka görüş ise⁷⁸ ceza yasalarında vatana ihanet suçuna ilişkin bir düzenleme olmadıkça cumhurbaşkanlarının vatana ihanetten ötürü sorumlu tutulamayacaklarını, yargılama makamlarının vatana ihanetle suçlandırılan cumhurbaşkanı hakkında beraat kararı vermesi gerektiğini savunmaktadır. Diğer yandan, 10 Kasım 1983 tarih ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'un 35. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla çalışırken yürürlükteki kanunlara göre yargılama yapacaktır. Dolayısıyla, Yüce Divan'da cumhurbaşkanının mahkum edilebilmesi için yürürlükteki bir kanun tarafından tanımlanan "*vatana ihanet*" suçunu işlemesi gerekir. Oysa Türk hukukunda, mevzuatın hiç-

⁷⁶ Özbudun, *Anayasa Krizi*, s. 241.

⁷⁷ Önder, *Cumhurbaşkanının Rolü*, s. 119,120; aynı yönde Kerse, *Cumhurbaşkanı*, s. 168.

⁷⁸ Gözler, Kemal, *Devlet Başkanları, (Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi)*, Ekin Kitabevi, Bursa 2001, s. 106.

bir yerinde vatana ihanet suçu tanımlanmış değildir. Bu nedenle, Yüce Divan, cumhurbaşkanı hakkında beraat kararı vermek zorundadır.⁷⁹

Diğer bir görüş ise,⁸⁰ TBMM İctüzüğü'nde 16.5.1996 tarihinde yapılan değişiklikle getirilen 114/son maddesi uyarınca, Anayasa'nın 105. maddesine göre, görevde bulunan veya görevinden ayrılmış olan cumhurbaşkanının vatana ihanetten dolayı suçlandırılmasını isteyen önergede ve Yüce Divan'a sevk kararında, hangi ceza hükmüne dayandırıldığı ve suçlandırılması istenen veya suçlanan cumhurbaşkanınca işlendiği ileri sürülen suçun, hangi gerekçeyle vatana ihanet sayılması gerektiği belirtileceği için suçların kanuniliği ilkesi de bu şekilde sağlanmış olacağını savunmaktadır.

Kanaatimizce, ikinci görüş, ceza hukukunun temel ilkesi olan "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi ile daha bağdaşık olduğu için daha doğru ve ceza hukukunun mantığına daha yakın bir görüştür; bu nedenle de benimsenmelidir. Yani, kanunlarda neyin vatana ihanet sayılacağı belirtilmediğine göre cumhurbaşkanının beraat etmesi gerekir. Tartışmaları sonlandırmak adına, TCK'daki hangi maddelerin vatana ihanet sayılacağı Anayasa'nın 105. maddesine ek bir fıkra konarak belirlenmelidir.^{81, 82}

Cumhurbaşkanının vatana ihanetle suçlandırılması üzerine cumhurbaşkanı yargılanır. Bu, cumhurbaşkanı açısından bir kovuşturma şartıdır.⁸³ Bu durumda, baskın görüşe göre⁸⁴ cumhurbaşkanlığı maka-

⁷⁹ Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, Eylül 2009, s. 439.

⁸⁰ Kanadoğlu, *Cumhurbaşkanı*, s. 2; aynı yönde Şahin, *Vecdi Aral'a Armağan*, s. 255.

⁸¹ Sözelimi Anayasa'nın 105. maddesine şöyle bir fıkra eklenebilir: "Türk Ceza Kanunu'nun Dördüncü Kısımının Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerindeki suçlar, unsurları oluştuğunda Cumhurbaşkanını bakımından vatana ihanet olarak kabul edilebilir".

⁸² Aynı yönde Özbudun, *Anayasa Krizi*, s. 241

⁸³ Kerse, *Cumhurbaşkanı*, s. 172

⁸⁴ Önder, *Cumhurbaşkanının Rolü*, s. 120, Dönmezer / Erman, *Ceza Genel*, s. 224; Teziç, *Anayasa Hukuku*, s. 403-404; Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, YKY, İstanbul 2002, s. 316; Alacakaptan, Uğur, *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, s. 504; Yayla, Yıldızhan, *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, s. 497; Gören, *Anayasa ve Sorumluluk*, s. 63; Özbudun, *Anayasa Hukuku*, s. 291

mında bir boşalma olur ve Anayasa'nın 106. maddesi gereğince, yenisi seçilinceye kadar bu makama TBMM Başkanı vekillik eder.

Bir görüşe göre,⁸⁵ Anayasa'nın 113. maddesi uyarınca Yüce Divan'a gönderilen bir bakanın bakanlığının düşeceği, başbakanın Yüce Divan'a sevki durumunda ise hükümetin istifa etmiş sayılacağı kabul edilmişken, vatana ihanet gibi bir suçla ve TBMM üye tamsayısının 3/4'ü tarafından itham edilen ve Yüce Divan'da yargılanan bir kişinin o makamda kalması düşünülemez.

Kanaatimizce, böyle bir durumda cumhurbaşkanı henüz ithamla karşı karşıyadır. Yargılanmış değildir. Yüce Divan'a sanık sıfatıyla çıkacak ve kendisini savunacaktır. Yargılamanın sonucunda beraat etmesi de olasılık dahilindedir. Beraat etmesi durumunda, cumhurbaşkanının vatana ihanet suçunu işlemediği kesinleşmiş yargı kararı ile tescillenmiş olacaktır. Bu durumda, görev süresi de sona ermemişse, cumhurbaşkanının yeniden görevine dönmesinde herhangi bir hukuki engel yoktur.⁸⁶ Kaldı ki cumhurbaşkanının Yüce Divan'a sevk edilmesiyle görevinin sona ereceğine dair Anayasa'da da bir açıklık yoktur.⁸⁷ Bu durumda da bakanlara ve başbakana ilişkin 113. maddenin de kıyasen uygulanması mümkün değildir.

Diğer yandan, Anayasa'da cumhurbaşkanının görevinin hangi hallerde sona ereceği de 106. maddede belirtilmiştir. Bu nedenler geçici ve kalıcı nedenler olarak sınıflandırılmış ve hastalık, yurt dışına çıkma gibi (tutuklanma da bu grupta değerlendirilebilir) geçici nedenler; ölüm, çekilme veya başka bir sebeple cumhurbaşkanlığı makamının boşalması (istifa olabilir) da kalıcı nedenler olarak belirtilmiştir.

⁸⁵ Kanadoğlu, *Cumhurbaşkanı*, s. 2

⁸⁶ Aynı yönde Parla, *Cumhurbaşkanı*, s. 62

⁸⁷ Oysa TBB 2007 Anayasa Tasarısı'nın 119. maddesinde Yüce Divan'a sevk edilen Cumhurbaşkanının görevinin kendiliğinden sona ereceğine dair düzenleme vardır. Düzenleme şöyledir: "*Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin önerisi üzerine üçte ikisinin oyu ile Yüce Divan'da yargılanmasına karar verildiğinde, Cumhurbaşkanlığı sıfatı ve görevi sona erer.*" (TBB Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi 2007, s. 223). Aynı yöndeki bir ifade Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin 2000 Yılı Anayasa Önerisi'nin 105/A maddesinde şu şekilde belirtilmiştir: "*Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanının görevi sona erer.*" (TOBB Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Anayasa 2000, Nisan 2000, TOBB, Ankara, s. 83)

Cumhurbaşkanının Yüce Divan'a sevk edilmesinin görevin sonlanması anlamına geldiğine yönelik açık bir düzenleme burada yoktur.

Çözüm, 105. maddeye bu duruma ilişkin açık bir düzenleme koymaktan ve Anayasa Mahkemesi'ne, cumhurbaşkanı görevinden çekilmezse yargılama sonuçlanan kadar cumhurbaşkanının görevine geçici bir tedbir olarak son verme yetkisi koymaktan geçmektedir.⁸⁸

Cumhurbaşkanının Yüce Divan'a sevk edilmesini de aynı tutuklanması gibi düşünmek ve geçici olarak görevini yapamaz hale geldiğini kabul etmek gerekir. Bu durumda, Anayasa'nın 106. maddesi gereğince yargılama sonuna kadar TBMM Başkanı cumhurbaşkanına vekillik eder. Ancak, yargılama sonunda Yüce Divan beraat kararı verirse, görev süresinin sona ermemiş olması şartıyla cumhurbaşkanı yeniden görevine dönmelidir. Aksine bir yorum hem Anayasa'nın 106. maddesinde belirtilen görevin sona ermesi nedenleriyle bağdaşmaz hem de "suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz." şeklinde Anayasa'nın 38/4 maddesi ile AİHS'nin 6/2 ile güvencelenen temel ceza ilkesi olan "masumiyet karinesi" ile de bağdaşmaz.

Diğer yandan, cumhurbaşkanının Yüce Divan'a sevk edilmesi ile görev süresinin sona ereceğinin kabulü halinde, parlamentonun 3/4'lük çoğunluğunu elinde bulunduran bir siyasi oluşum, salt siyasi nedenlerle (sözgelimi icraatlarına engel olan ve yasaları sürekli veto eden veya Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açan; politikası ile uyumsuz) cumhurbaşkanını vatana ihanetle suçlandırıp Yüce Divan'a sevk ederek görevinin sona ermesini sağlayabilir. Türkiye'deki sağlıklı seçim sistemi ve % 10'luk seçim barajı nedeniyle kuramsal olarak TBMM'ye yalnızca bir siyasi partinin girebilmesi de mümkündür.⁸⁹ Böyle bir durumda, bahsettiğimiz sakıncanın önemi daha net ortaya çıkmaktadır.

Anayasa'nın 83/5 maddesinde düzenlenen milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin görüşmelerde grup kararı alınmayacağı ve oylamanın gizli olduğu yönündeki güvencelerin cumhurbaşkanının vatana ihanetle suçlandırılması hallerinde de uygulanması mümkün değildir. Zira cumhurbaşkanının vatana ihanetten sorum-

⁸⁸ Aynı yönde Kanadoğlu, *Cumhurbaşkanı*, s. 2.

⁸⁹ Kalaycıoğlu, *Sempozyum*, s. 184.

luluğunu düzenleyen 105. maddede, bu yöndeki kararın gizlilikle alınacağından veya bu konuda parti gruplarında karar alınamayacağına yönelik bir düzenleme mevcut değildir. Durum böyle olunca, cumhurbaşkanının milletvekillerine tanınan söz konusu güvencelerden yararlanabilmesi de mümkün görünmemektedir. Bunun ciddi bir eksiklik olduğunu düşünüyoruz. Çözüm, 105. maddeye de 83/5 benzeri bir fıkra eklemekten geçmektedir. Cumhurbaşkanının milletvekili kadar korumaya sahip olmaması ne cumhurbaşkanlığı sıfatıyla ne de cumhurbaşkanının saygınlığıyla bağdaşır.

Diğer yandan, milletvekiline Anayasa'nın 85. maddesi gereğince, milletvekilliğinin düşmesi veya dokunulmazlığının kaldırılması kararına karşı 7 gün içerisinde Anayasa Mahkemesi'ne itiraz olanağı tanınmış⁹⁰ olmasına rağmen,⁹¹ vatana ihanet gibi çok ciddi bir isnatla karşılaşılan cumhurbaşkanına Yüce Divan'a sevk kararına karşı itiraz hakkının tanınmaması da cumhurbaşkanının saygınlığı ile bağdaşmadığı gibi, AİHS'in 6. maddesi ile Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen "*hukuk devleti*" ve 36. maddelerinde güvencelenen "*adil yargılanma hakkı*" ile de bağdaşmaz. Unutulmamalıdır ki cumhurbaşkanı Yüce Divan'da vatana ihanet suçlaması ile yargılanırken "*sanık*" sıfatını taşıyacaktır ve bir sanığa tanınan haklardan yararlanacaktır. Sanığa CMK m. 176/1 gereğince iddianame çağrı kağıdı ile birlikte tebliğ edilir ve CMK m. 176/4 gereğince iddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında en az 7 gün süre olmalıdır. Bundan amaçlanan, sanığın hakkındaki isnada karşı ilk oturuma kadar savunmasını yapması ve kanıtlarını sunmasıdır. Hatta sanığın savcılık aşamasında da savcıdan delil toplanmasını isteme ve belgelere karşı yazılı veya sözlü savunmasını yapma hakkı da vardır.

Şu halde, "*iddianame*" gibi düşünülebilecek⁹² ve iddianame yerine geçecek olan belge olan TBMM'nin Yüce Divan'a sevk kararına kar-

⁹⁰ Geniş bilgi için Keskinsoy, Ömer, *Yasama Dokunulmazlığı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 88 vd.

⁹¹ Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında bu hakkı tanıyan tek ülke Türkiye'dir. (Özbudun, Ergun, "*Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyetleri ve Farkları*", *TBB*, Temmuz-Ağustos 2005, Sayı: 59, s. 113).

⁹² Şahin ise bu belgenin iddianameden farklı olduğu kanısındadır. Yazara göre bu karar sui generis (kendine özgü) bir belge niteliğindedir. (Şahin, *Vecdi Aral'a Armağan*, s. 258).

şı da sanık sıfatıyla yargılanacak olan cumhurbaşkanına da bu karara karşı itiraz olanağı tanımak gerekir.⁹³

Denilebilir ki cumhurbaşkanı zaten Yüce Divan'da yargılanacak ve savunmasını orada yapacaktır. Şu halde, TBMM'nin suçlandırma kararına karşı itiraz olanağı tanınmasının gereği yoktur. O halde şu sorunun da yanıtlanması gerekir. Bir milletvekili de hakkındaki iddialar nedeniyle dokunulmazlığı kaldırıldığında yargılanacaktır. Ona neden Anayasa'nın 85. maddesi gereğince TBMM'nin dokunulmazlığın kaldırılması kararına karşı itiraz olanağı tanınmaktadır?

Sorunun çözümü Anayasa'nın 105. maddesine 83. maddeye benzer bir ek fıkra koymaktan geçmektedir. Bu şekilde, cumhurbaşkanına da kendisi hakkındaki isnat olan TBMM'nin vatana ihanetle suçlandırma kararına karşı itiraz olanağı tanınacaktır.

Bir görüşe göre⁹⁴ TBMM vatana ihanet ithamında bulduktan sonra Yüce Divan cumhurbaşkanına isnat olunan fiilin gerçekten vatan ihanet niteliği taşıyıp taşımadığına karar vermekle yetkili değildir. Bu yetki, Anayasa'nın 105. maddesine göre TBMM'ye verilmiştir. Yüce Divan, bu durumda ancak suçun gerçekten işlenmiş olup olmadığına; işlenmişse cumhurbaşkanının suçun faili olup olmadığına ve suçun unsurlarının oluşup oluşmadığına karar verebilir.

Ancak kanaatimizce, hukukumuzda neyin vatana ihanet sayılacağı yönünde bir açık düzenleme olmadığı; öğretilerde konunun tartışmalı olduğu hususları da gözetilmeli ve yukarıda da değindiğimiz gibi, TBMM'nin Türk seçim sistemindeki çarpıklık nedeniyle bir parti tarafından oluşmasının (veya 3/4'lük çoğunluğun tek parti tarafından temsil edilmesinin) kuramsal olarak olanaklı olduğu gözetilmeli ve Yüce Divan'a neyin vatana ihanet sayılacağı konusunda da karar verme yetkisi tanınmalıdır. Bu sağlandığında, vatana ihanet kavramının siyasi amaçlarla kötüye kullanılması ve cumhurbaşkanının görevden alınmasının bir yolu olarak kullanılmasının da önüne geçilebilecektir. Öte yandan, vatana ihanet kavramındaki "suçta ve cezada kanunilik ilkesi bağlamındaki" tartışmalı alan, böylece en azından içtihatla

⁹³ Ki nitekim TBMM içtüzüğüne göre suçlandırılması istenen cumhurbaşkanına, isterse, sözlü veya savunmasını yapmak için süre verilir. (İçtüzük, madde 114/3).

⁹⁴ Kerse, *Cumhurbaşkanı*, s. 174.

doldurulmuş olacaktır. En doğrusu ise yukarıda da belirttiğimiz gibi, Anayasa'nın 105. maddesine neyin vatana ihanet sayılacağına dair açık bir düzenleme konmasıdır.

3. Cumhurbaşkanının Hukuki Sorumluluğu

Cumhurbaşkanının hukuki sorumluluğunu da göreviyle ilgili olan eylemlerdeki hukuki sorumluluğu ve görevinin dışındaki eylemlerinden doğan hukuki sorumluluğu olarak iki ayrı başlıkta değerlendirmek gerekmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, monarşilerde devlet başkanının sorumsuzluğu mutlakdır. Buna hukuki sorumsuzluk da dahildir. Cumhuriyetlerde ise cumhurbaşkanının sorumsuzluğu hukuki anlamda da mutlak olarak kabul edilmez. Kural olarak, cumhurbaşkanı göreviyle ilgili eylemlerden ötürü hukuki anlamda mutlak sorumsuzken, görevi dışındaki eylemlerde ise hukuki anlamda herkes gibi sorumludur.

1. Göreviyle İlgili Eylem ve İşlemleri Dolayısıyla Hukuki Sorumluluk

Bu konuyu çalışmamızın 1. başlığında "*Cumhurbaşkanının Siyasi Sorumluluğu*" kısmında değerlendirdiğimizden, burada yinelemiyoruz. Ancak burada şunu vurgulamak gerekmektedir ki kural olarak cumhurbaşkanı göreviyle ilgili eylemlerinden ötürü hukuken sorumlu tutulamıyor olsa da vatana ihanet suçu nedeniyle bireylerin bir hakkı da ihlal olmuşsa, göreviyle ilgili suçlardan sorumluluğunun ayrık-sısı olan vatana ihanet nedeniyle cumhurbaşkanının tazminat sorumluluğu gündeme gelebilecektir.⁹⁵

2. Cumhurbaşkanının Kişisel Eylem ve İşlemleri Dolayısıyla Hukuki Sorumluluğu

Cumhurbaşkanı, kişisel eylem ve işlemlerden her vatandaş gibi sorumludur ve kendisine karşı genel hükümlere göre tazminat davası

⁹⁵ Atar, *Cumhurbaşkanı*, s. 330.

açılmasına ve yargılamanın yürütmesine de herhangi bir engel yoktur.

Sözgelimi, cumhurbaşkanı özel otomobiliyle bir yayaya çarparsa ve yaya sakat kalsa veya ölse, yayanın veya yakınlarının cumhurbaşkanına karşı genel mahkemelerde tazminat davası açması ve bu davada mahkum olması mümkündür.⁹⁶

Sonuç

1. Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu değerlendirirken önceki görevinin statüsüne bakılarak değerlendirmeye gidilmesi gerekir.

Cumhurbaşkanı seçilmeden önceki görevle ilgili ve o görevi sırasında işlenen suçlar bakımından önceki görevin gerektirdiği soruşturma ve kovuşturma yöntemleri uygulanır. Ancak, bakanken veya başbakanlık cumhurbaşkanı seçilip de görevinden ayrılan biri hakkında, bakanlığı veya başbakanlığı döneminde işlediği göreviyle ilişkili bir suç varsa, bu suçların soruşturulması TBMM İçtüzüğü'nün 107/1 maddesine göre TBMM üye tamsayısı olan 55 milletvekilinin soruşturma önergesi vermesi üzerine Anayasa'nın 100. maddesindeki yöntem uygulanarak yapılır.

Buna karşın, cumhurbaşkanının seçilmeden önceki kişisel suçlardan ötürü cezai sorumluluğu konusu Anayasa'da açıkça düzenlenmiş değildir. Bu durumda, cumhurbaşkanının kişisel suçlardan dolayı herkes gibi sorumluluğu olduğunu ve herkes gibi yargılanabileceğini belirtmek gerekir. Çünkü ceza hukukun en temel ilkelerinden birisi "*ceza kanunlarının mecburiliği ilkesi*"dir. Bunun bir nedeni de cumhurbaşkanının milletvekilleri gibi dokunulmazlığının bulunmamasıdır.

Nitekim 105. madde cumhurbaşkanının görev suçlarından doğan sorumluluğunu düzenlemekte ve vatana ihanet hali dışında cumhurbaşkanının bu tür suçlardan sorumlu olmadığını belirtmektedir. Öyleyse, bunun karşıt anlamından cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olduğu anlaşılır.

Yargılama mercii de özel bir merci değildir. Suçun niteliğine göre genel mahkemelerde (sulh-asliye-ağır ceza) yargılanabilir. Hatta ka-

⁹⁶ Önder, *Cumhurbaşkanının Rolü*, s. 122.

naatimizce tutuklanabilir; tutulabilir ve sorguya da çekilebilir. Çünkü cumhurbaşkanının sanık olarak nasıl yargılanacağına ilişkin CMK'da ya da ilgili diğer mevzuatta özel bir düzenleme yoktur. Bu durumda, cumhurbaşkanı için de genel kuralların uygulanması gerekir. CMK'daki özel düzenleme, cumhurbaşkanı'nın tanık olarak dinlenmesine ilişkindir ve CMK m. 43/4 ile CMK m. 47/4'te yer almaktadır. CMK m. 43/4'e göre, cumhurbaşkanı kendi takdiri ile tanıklıktan çekilebilir; tanıklık yapmak istemesi halinde ise beyanı konutunda alınabilir veya beyanını yazıyla bildirebilir. Bu durumda, cumhurbaşkanı hakkında, tanıklık etmek istememesi durumunda CMK m. 44/1'deki tanığın zorla getirilmesine ilişkin düzenlemenin de uygulama alanı olmadığı söylenebilecektir. Bir başka deyişle, tanıklıktan çekinen cumhurbaşkanı hakkında zorla getirme kararı verilemez. Keza CMK m. 47/4 gereğince, devlet sırrı niteliğindeki bilgilere ilişkin tanıklıkta da cumhurbaşkanı sırrın niteliğini ve mahkemeye bildirilmesi hususunu kendisi takdir edecektir.

Ancak öğretilerde bir görüş, cumhurbaşkanının kişisel bir suç işlemesi durumunda, cumhurbaşkanı hakkında genel hükümlerin uygulanmasının cumhurbaşkanı saygınlığı ve konumu nedeniyle sakıncalı olduğunu; örneğin cumhurbaşkanının tutuklanması durumunda bunun sonucunun devletin başsız kalması anlamına geleceğini öne sürmektedir. Oysa kamu hukukunun temel ilkelerinden biri devletin sürekliliği ilkesidir. Bu durumda, cumhurbaşkanı tutuklansa dahi Anayasa'nın 106. maddesi işletilir ve cumhurbaşkanına tutukluluk halinin sonuçlanmasına kadar TBMM Başkanı vekalet eder.

Benzer yöndeki bir başka görüş ise cumhurbaşkanının herkes gibi yargılanmasının doğru olmadığını, diğer yandan cumhurbaşkanının Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'nin yargılamasının da doğru olmayacağını; çünkü Anayasa Mahkemesi'nin bütün üyelerinin cumhurbaşkanı tarafından atandığını, bu durumda da mahkemenin cumhurbaşkanına karşı tarafsız bir yargılama yapabilmesinin pek mümkün olmadığını, çözümün Yargıtay ve Danıştay büyük kurullarından oluşan özel bir mahkeme kurmaktan geçtiğini, bu yönde de Anayasa'da gereken değişikliğin yapılması gerektiğini belirtmektedir.

Diğer bir görüş ise, cumhurbaşkanının vekili olan TBMM Başkanı'nın kişisel suçları nedeniyle dokunulmazlıktan yararlanabile-

cekken, asil olan cumhurbaşkanına böyle bir hak tanınmamasının hukuki bir çelişki olduğunu; vekilde olan bir yetkinin asilde evleviyetle bulunacağını savunmaktadır.

Bu görüşlere, yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle katılmıyoruz. Çünkü mevcut hukuki düzenleme bu görüşleri benimsemeye engeldir. Ancak, olması gereken hukuk açısından ikinci görüşü daha doğru buluyoruz. Bu yönde Anayasa'da gerekli değişikliğin yapılması gerektiği kanısındayız.

Diğer yandan, cumhurbaşkanı hakkında nasıl bir usul izleneceği ne Anayasa'nın 105. maddesinde ne de CMK'da düzenlenmiştir. Bu durumda, cumhurbaşkanının tutuklanmasının da CMK m. 100 ve m. 101'deki kurallara göre yapılması gerekmektedir. Anayasa veya yasa koyucu aksi bir istenç içerisinde olsaydı bu istencini Anayasa'da veya CMK'da belirtirdi. Nitekim 1924 Anayasası'nda, 41. maddede, Anayasa koyucu "*Cumhurbaşkanı'nın özlük işlerinden dolayı sorumlu tutulması gerekirse Anayasa'nın milletvekilliği dokunulmazlığı ile ilgili 17. maddesi hükümlerine uyulur.*" diyerek, kişisel suçları bakımından da cumhurbaşkanına dokunulmazlık vermiştir. Oysa, buna benzer bir düzenlemeye ne 1961 ne de 1982 Anayasalarında rastlanmaktadır.

Kanımızca, 1982 Anayasası'nın 105. maddesine 1924 Anayasası'nın 41. maddesindeki benzer bir fıkra eklenmesi bu konudaki tartışmaları önlemek ve cumhurbaşkanlığı makamının art niyetli ceza kovuşturmaları ile yıpratılmasını önlemek bakımından yerinde olacaktır.

2. Cumhurbaşkanlığı göreviyle ilgili olan suçlardan ötürü kural olarak cezai sorumluluğa sahip değildir. Bu kuralın tek ayrığı vatana ihanetten doğan sorumluluktur. Vatana ihanet, bir görüşe göre ceza hukuku kavramı olmaktan çok, siyasal bir kavramdır. Oysa, kanaatimizce vatana ihanetin hem ceza hukuku bağlamında anlamı vardır; hem de bu kavram siyasal bir kavramdır. Ancak cezai yönü daha ağır basmaktadır.

Vatana ihanet kavramı konusunda, ceza hukuku anlamında bir belirsizlik olduğu söylenebilir. 1924 ve 1961 Anayasalarında da vatana ihanet kavramı tanımlanmış değildir. Ancak cumhurbaşkanının vatana ihanetten suçlandırılabilmesi ve Yüce Divan'da yargılanabileceği

her üç Anayasa'da da düzenlenmiştir. Kanaatimizce, neyin vatana ihanet sayılacağına TBMM'ye bırakılması kanunilik ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi, konunun siyasi amaçlarla kullanılmasının önünü açabilecek sakıncaları da içerecektir. Şu halde, en doğru çözüm TCK'nın hangi maddelerinin vatana ihanet sayılacağına Anayasa'nın 105. maddesine ek bir fıkra konarak belirlenmesidir. Aksi halde vatana ihanetle suçlandırılan cumhurbaşkanı hakkında beraat kararı verilmesi kaçınılmaz olacaktır.

3. Kanaatimizce, Yüce Divan'a sevk edilen cumhurbaşkanı henüz ithamla karşı karşıyadır. Yargılanmış değildir. Yüce Divan'a sanık sıfatıyla çıkacak ve kendisini savunacaktır. Yargılamanın sonucunda beraat etmesi de olasılık dahilindedir. Beraat etmesi durumunda, cumhurbaşkanının vatana ihanet suçunu işlemediği kesinleşmiş yargı kararı ile tescillenmiş olacaktır. Bu durumda, görev süresi de sona ermişse, cumhurbaşkanının yeniden görevine dönmesinde herhangi bir hukuki engel yoktur. Kaldı ki cumhurbaşkanının Yüce Divan'a sevk edilmesiyle görevinin sona ereceğine dair Anayasa'da da bir açıklık yoktur. Bu durumda da bakanlara ve başbakanı ile ilişkin 113. maddenin de kıyasen uygulanması mümkün değildir.

Diğer yandan, Anayasa'da cumhurbaşkanının görevinin hangi hallerde sona ereceği de 106. maddede belirtilmiştir. Bu nedenler geçici ve kalıcı nedenler olarak sınıflandırılmış ve hastalık, yurt dışına çıkma gibi (tutuklanma da bu grupta değerlendirilebilir) geçici nedenler; ölüm, çekilme veya başka bir sebeple cumhurbaşkanlığı makamının boşalması (istifa olabilir) da kalıcı nedenler olarak belirtilmiştir. Cumhurbaşkanının Yüce Divan'a sevk edilmesinin görevin sonlanması anlamına geldiğine yönelik açık bir düzenleme burada yoktur.

Çözüm, 105. maddeye bu duruma ilişkin açık bir düzenleme koymaktan ve Anayasa Mahkemesi'ne, cumhurbaşkanı görevinden çekilmezse yargılama sonuçlanan kadar cumhurbaşkanının görevine geçici bir tedbir olarak son verme yetkisi koymaktan geçmektedir.

Cumhurbaşkanının Yüce Divan'a sevk edilmesini de aynı tutuklanması gibi düşünmek ve geçici olarak görevini yapamaz hale geldiğini kabul etmek gerekir. Bu durumda, Anayasa'nın 106. maddesi ge-

reğince yargılama sonuna kadar TBMM Başkanı cumhurbaşkanına vekillik eder. Ancak, yargılama sonunda Yüce Divan beraat kararı verirse, görev süresinin sona ermemiş olması şartıyla cumhurbaşkanı yeniden görevine dönmelidir. Aksine bir yorum hem Anayasa'nın 106. maddesinde belirtilen görevin sona ermesi nedenleriyle bağdaşmaz hem de *"suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."* şeklinde Anayasa'nın 38/4 maddesi ile AİHS m. 6/2 ile güvencelenen temel ceza ilkesi olan *"masumiyet karinesi"* ile de bağdaşmaz.

Diğer yandan, cumhurbaşkanının Yüce Divan'a sevk edilmesi ile görev süresinin sona ereceğinin kabulü halinde, parlamentonun 3/4'lük çoğunluğunu elinde bulunduran bir siyasi oluşum, salt siyasi nedenlerle (sözgelimi icraatlarına engel olan ve yasaları sürekli veto eden veya Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açan; politikası ile uyuşmayan) cumhurbaşkanını vatana ihanetle suçlandırıp Yüce Divan'a sevk ederek görevinin sona ermesini sağlayabilir. Türkiye'deki sağlıklı seçim sistemi ve % 10'luk seçim barajı nedeniyle kuramsal olarak TBMM'ye yalnızca bir siyasi partinin girebilmesi de mümkündür. Böyle bir durumda, bahsettiğimiz sakıncanın önemi daha net ortaya çıkmaktadır.

4. Anayasa'nın 83/5 maddesinde düzenlenen milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin görüşmelerde grup kararı alınmayacağı ve oylamanın gizli olduğu yönündeki güvencelerin cumhurbaşkanının vatana ihanetle suçlandırılması hallerinde de uygulanması mümkün değildir. Zira cumhurbaşkanının vatana ihanetten sorumluluğunu düzenleyen 105. maddede, bu yöndeki kararın gizlilikle alınacağından veya bu konuda parti gruplarında karar alınmayacağına yönelik bir düzenleme mevcut değildir. Durum böyle olunca, cumhurbaşkanının milletvekillerine tanınan söz konusu güvencelerden yararlanabilmesi de mümkün görünmemektedir. Bunun ciddi bir eksiklik olduğunu düşünüyoruz. Çözüm, 105. maddeye de 83/5 benzeri bir fıkra eklemekten geçmektedir. Cumhurbaşkanının milletvekili kadar korumaya sahip olmaması ne cumhurbaşkanlığı sıfatıyla ne de cumhurbaşkanının saygınlığıyla bağdaşır.

5. Milletvekiline Anayasa'nın 85. maddesi gereğince, milletvekilliğinin düşmesi veya dokunulmazlığının kaldırılması kararına karşı 7 gün içerisinde Anayasa Mahkemesi'ne itiraz olanağı tanınmış olmasına rağmen; vatana ihanet gibi çok ciddi bir isnatla karşılaşan cumhurbaşkanına Yüce Divan'a sevk kararına karşı itiraz hakkının tanınmaması da cumhurbaşkanının saygınlığı ile bağdaşmadığı gibi, AİHS'in 6. maddesi ile Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen "*hukuk devleti*" ve 36. maddelerinde güvencelenen "*adil yargılanma hakkı*" ile de bağdaşmaz. Unutulmamalıdır ki cumhurbaşkanı Yüce Divan'da vatana ihanet suçlaması ile yargılanırken "*sanık*" sıfatını taşıyacaktır ve bir sanığa tanınan haklardan yararlanacaktır. Sanığa CMK m. 176/1 gereğince iddianame, çağrı kağıdı ile birlikte tebliğ edilir ve CMK m. 176/4 gereğince iddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında en az 7 gün süre olmalıdır. Bundan amaçlanan, sanığın hakkındaki isnada karşı ilk oturuma kadar savunmasını yapması ve kanıtlarını sunmasıdır. Hatta sanığın savcılık aşamasında da savcıdan delil toplanmasını isteme ve belgelere karşı yazılı veya sözlü savunmasını yapma hakkı da vardır.

Şu halde, "*iddianame*" gibi düşünülebilecek ve iddianame yerine geçecek olan belge olan TBMM'nin Yüce Divan'a sevk kararına karşı da sanık sıfatıyla yargılanacak olan cumhurbaşkanına da bu karara karşı itiraz olanağı tanımak gerekir.

Denilebilir ki cumhurbaşkanı zaten Yüce Divan'da yargılanacak ve savunmasını orada yapacaktır. Şu halde, TBMM'nin suçlandırma kararına karşı itiraz olanağı tanınmasının gereği yoktur. O halde şu sorunun da yanıtlanması gerekir. Bir milletvekili de hakkındaki iddialar nedeniyle dokunulmazlığı kaldırıldığında yargılanacaktır. Ona neden Anayasa'nın 85. maddesi gereğince TBMM'nin dokunulmazlığın kaldırılması kararına karşı itiraz olanağı tanınmaktadır?

Sorunun çözümü Anayasa'nın 105. maddesine 83. maddeye benzer bir ek fıkra koymaktan geçmektedir. Bu şekilde, cumhurbaşkanına da kendisi hakkındaki isnat olan TBMM'nin vatana ihanetle suçlandırma kararına karşı itiraz olanağı tanınacaktır.

6. Bir görüşe göre. TBMM vatana ihanet ithamında bulunduktan sonra Yüce Divan cumhurbaşkanına isnat olunan fiilin gerçekten va-

tan ihanet niteliği taşıyıp taşımadığına karar vermekle yetkili değildir. Bu yetki, Anayasa'nın 105. maddesine göre TBMM'ye verilmiştir. Yüce Divan, bu durumda ancak suçun gerçekten işlenmiş olup olmadığına; işlenmişse cumhurbaşkanının suçun faili olup olmadığına ve suçun unsurlarının oluşup oluşmadığına karar verebilir.

Ancak kanaatimizce, hukukumuzda neyin vatana ihanet sayılacağı yönünde bir açık düzenleme olmadığı; öğretide konunun tartışmalı olduğu hususları da gözetilmeli ve yukarıda da değindiğimiz gibi, TBMM'nin Türk seçim sistemindeki çarpıklık nedeniyle bir parti tarafından oluşmasının (veya 3/4'lük çoğunluğun tek parti tarafından temsil edilmesinin) kuramsal olarak olanaklı olduğu gözetilmeli ve Yüce Divan'a neyin vatana ihanet sayılacağı konusunda da karar verme yetkisi tanınmalıdır. Bu sağlandığında, vatana ihanet kavramının siyasi amaçlarla kötüye kullanılması ve cumhurbaşkanının görevden alınmasının bir yolu olarak kullanılmasının da önüne geçilebilecektir. Öte yandan, vatana ihanet kavramındaki "suçta ve cezada kanunilik ilkesi bağlamındaki" tartışmalı alan, böylece en azından içtihatla doldurulmuş olacaktır. En doğrusu ise yukarıda da belirttiğimiz gibi, Anayasa'nın 105. maddesine neyin vatana ihanet ayılacağına dair açık bir düzenleme konmasıdır.

KAYNAKLAR

- Aktaş, Kadir, "Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı", *TBBB*, Sayı 84; Eylül-Ekim 2009, s. 271 vd.
- Atar, Yavuz, "Türk Anayasal Sisteminde Cumhurbaşkanının Seçimi, Görev Süresi, Yetkileri ve Parlamenter Sistem Gereklere Doğrultusunda Değişiklik Önerileri", *TBMM Anayasa Hukuku I. Uluslararası Sempozyumu*, 22-24 Nisan 2003, *TBMM Başkanlığı Yayınları*, Yayın No: 1, s. 317 vd.
- Alacakaptan, Uğur, *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Bildiriler*; 9-13 Ocak 2001, s. 505 vd.
- Batum, Süheyl / Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Anayasa Hukuku'nun Temel Metinleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul 1997.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt:1*, Dokuzuncu Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985.
- Erem, Faruk, *Türk Ceza Hukuku, Cilt 2*, Ankara 1962 aktaran Kerse, *Cumhurbaşkanı*, s. 164.

- Gören, Zafer, *Anayasa ve Sorumluluk*, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 58, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 1995.
- Gözler, Kemal, *Cumhurbaşkanı Hükümet Çatışması (Cumhurbaşkanı Kararnameleri İmzalamayı Reddedebilir mi?)*, Ekin Kitabevi, Bursa 2000.
- Gözler, Kemal, *Devlet Başkanları, (Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi)*, Ekin Kitabevi, Bursa 2001.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, Eylül 2009.
- Gözübüyük, A. Şeref, *Anayasa Hukuku*, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1998.
- Kanadoğlu, Sabih, "Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu", *Cumhuriyet Gazetesi*, 25 Nisan 2007, s. 2.
- Kalaycıoğlu, Ersin, *Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı*, TBB Yayınları, Sempozyum, 12-13 Ocak 2007, Ankara, s. 177 vd.
- Kerse, Ahmet, *Türkiye'de 1961 Anayasası'na göre Cumhurbaşkanı*, Doktora Tezi, İstanbul 1973.
- Keskinsoy, Ömer, *Yasama Dokunulmazlığı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.
- Koçak, Mustafa, *Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi, Devlet ve Egemenlik*, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.
- Okandan, Recai Galip, *Umumi Amme Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968.
- Önder, Salih, *Türk Parlamenter Sisteminde Cumhurbaşkanının Rolü*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Özbudun, Ergun, "Cumhurbaşkanının Sorumluluğu ve Sorumsuzluğu", *Türkiye'nin Anayasa Krizi, (2007-2009)*, Liberte Yayınları, 1. Baskı, Ekim 2009.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Beşinci Baskı, Ankara 1998.
- Özbudun, Ergun, "Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyetleri ve Farkları", *TBB D*, Temmuz-Ağustos 2005, Sayı: 59, s. 113 vd.
- Parla, Taha, *Cumhurbaşkanı ve Parlamenter Sistem*, Atıla Kitabevi, Ankara 1999.
- Soysal, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1997.
- Şahin, Kemal, "Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu", *Prof.Dr. Vecdi Aral'a Armağan*, KOUHF, Kocaeli 2001.
- Tanilli, Server, *Devlet ve Demokrasi, Anayasa Hukukunda Giriş*, 2.Bası, Say Kitap Pazarlama, İstanbul.

Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, YKY, 2. Baskı, İstanbul, Ekim 2008.

TBB *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*, Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin, 2. Baskı, Kasım 2007, s. 223.

Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayıncılık, Beşinci Baskı, İstanbul 1998.

TOBB *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*, Anayasa 2000, Nisan 2000, TOBB, Ankara.

Yayla, Yıldızhan, *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Bildiriler; 9-13 Ocak 2001*, s. 497 vd.

Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1992.

İnternet Kaynakları:

http://tr.wikipedia.org/wiki/Vatana_ihanet (Erişim tarihi: 04.12.2009)

<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.AspxMevzuatKod=1.3.1632&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=askeri%20ceza> (Erişim tarihi: 04.12.2009)

http://www.servat.unibe.ch/law/icl/it00000_.html Erişim tarihi: 05.12.2009

<http://confinder.richmond.edu/confinder.html> (Erişim tarihi: 07.12.2009)

<http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp#IX> (Erişim tarihi: 07.12.2009)

GREV HAKKININ GELECEĞİ

THE FUTURE OF THE RIGHT STRIKE

Engin ÜNSAL*

Özet: 5982 sayılı Kanun ile bazı maddeleri değiştirilen 1982 Anayasası'nın çalışma yaşamına ilişkin olanlarının yasalaşması için gerekli çalışmalar başlatılmış ve sosyal tarafların mutabakatı ile 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu değişikliklere uygun biçimde değiştirilmek istenmektedir. Yapılacak değişikliklerden toplu sözleşme yetkisi ve grev hakkına ilişkin olanlar öne çıkmaktadır. Birden çok sendikaya üyelik ve grev yasaklarının kaldırılması AB'ye uyum sürecinde önemlidir. Yetkili sendikanın belirlenmesinde referandum ve grev yasaklarının kaldırılması mutlaka yasalaşmalıdır.

Anahtar Sözcükler: 5982 sayılı Kanun, yetkili sendika, referandum, grev hakkı, grev yasakları.

Abstract: Enactment for the provisions dealing with industrial relations of 1982 Constitution amended by Law No 5982 is necessarily initiated. It is intended to amend Trade Unions Law No 2821 and Collective Agreement, Strike and Lock Out Law No 2822 in accordance with the constitutional amendments by means of agreement between parties in society. The collective agent and the right to strike comes into prominence among the amendments that will be adopted. The issues of the multiple membership to trade unions and the abolishment of prohibitions on strike are essential in harmonization with the EU. In that context the election for designation of collective agent and the abolishment of prohibition on strike should be adopted.

* Yrd. Doç. Dr., TBB İnsan Hakları Merkezi Bilim Danışma Kurulu üyesi.
enginunsal35@gmail.com

Keywords: Law No 5982, collective agent, election, right to strike, prohibitions on strike.

5982 sayılı Kanun ile 1982 Anayasası'nın bazı maddeleri değiştirilmiş ve bu değişiklik TBMM'de Anayasa'nın öngördüğü yeterli oyu sağlayamadığı için Cumhurbaşkanı tarafından referanduma sunulmuş, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylamasında seçmen tarafından onaylanarak yürürlüğe girmiştir. Yapılan değişikliklerden çalışma yaşamı ile ilgili olanların ILO ve AB standartlarına uyum sağlamak amacı ile yapıldığı ilgililerce belirtilmiş ve bu nedenle 2821 ve 2822 sayılı kanunlar en kısa zamanda yeniden yapılandırılarak değişikliklerin yaşama geçirileceği belirtilmiştir.¹ Yapılan değişiklikler ülkemizin endüstriyel ilişkiler düzeni ve çalışma barışının sağlanması ile çok yakından ilgilidir. Değişikliklerle ilgi 2821 ve 2822 sayılı kanunlarla ilgili değişiklik tasarılarının TBMM de görüşülmesi aşamasında bu konular çok tartışılacaktır çünkü hazırlanacak hükümet tasarıları endüstriyel ilişkiler düzeninin sosyal tarafları için tuzaklar içereceği kuşkusunun uzmanları ve taraflar arasında çok yaygındır. Biz bu yazımızda sadece grev hakkı konusunda 1982 Anayasası'nın 54. maddesinin 7. fıkrasının metinden çıkarılan grev yasakları ile ilgili hükmünün üzerinde duracağız çünkü bu konuda yapılacak değişikliklerin çalışma barışının geleceğini çok yakından ilgilendirdiği kanısındayız. Bunun için ILO ve AB'nin grev hakkı konusunda ki ilkelerine ve bizim mevzuatımızda konunun düzenlenme biçimine değinip yapılması gereken değişikleri değerlendireceğiz.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) Grev Hakkına İlişkin İlkeleri

Grev hakkı ILO Sözleşme ve Tavsiye kararlarında açıkça tanımlanmamıştır. Bununla beraber iki ILO Genel Kurul kararı (International Labor Conference) ILO politikalarına ve grev hakkı anlayışına ışık tutacak mahiyettedir:

¹ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakan'ın demeci, 20 Eylül 2010. Sayın Bakan bu demecinde, "Anayasa'da yapılan değişikliklerin mutlaka yasalara yansıtılacağını ve işverenlerin bundan tedirgin olmasına gerek yoktur" demiştir.

1. 1957 tarihli ILO Üyesi Ülkelerde Sendika Karşıtı Yasaların Yürürlükten Kaldırılması Kararı (2). Bu kararla, *“işçilerin grev hakkını da içerecek biçimde etkili ve eksiksiz sendikal haklarını kabul eden yasaların çıkarılması”* ILO üyelerine tavsiye edilmiştir.²

2. 1970 tarihli kararda ise Yönetim Kuruluna ILO Genel Direktörü-nü, *“grev hakkına özel atıf yaparak en geniş biçimi ile saygı duyulması için gerekli çalışmaya yönlendirmesi”* çağrısında bulunulmuştur.³

1948 tarihli ve 87 no.'lu Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Sözleşmesi grev hakkından söz etmese de 10. maddesinde, *“işçilerin ve işverenlerin çıkarlarını korumak ve geliştirmek”* hükmünü kabul etmiştir. Bu hükme dayanarak ILO'nun Sendika Özgürlüğü Komitesi ve Uzmanlar Komitesi birçok kez grevin işçiler ve örgütleri için bir temel hak olduğunu vurgulamışlardır. Uzmanlar Komitesi grev hakkının 87 sayılı Sözleşme'yle korunan sendika özgürlüğünden soyutlanamayacağını temel bir ilke olarak kabul etmiştir. Buna karşılık ILO Genel Kurullarında işverenleri temsil eden işverenler grubu 87 ve 98 sayılı sözleşmelerin grev hakkı ile ilgili açık bir hüküm taşımadığını, bu nedenle uzmanlar komitesinin bu sözleşmelerin metinlerine dayanarak grev hakkı konusunda küresel, mutlak, ayrıntılı ve sınırsız kurallar koyamayacağını söylemiştir.⁴

Avrupa Birliği'nde Grev Hakkı

AB düzeyinde grev hakkı 9 Aralık 1989 da kabul edilen AB Temel Haklar Şartı'nın 28. maddesinde düzenlenmiştir:

“İşçiler ve işverenler veya üyesi oldukları örgütleri, Birliğin ve ulusal yasaların uygulamalarına tâbi olarak, uygun düzeylerde toplu iş sözleşmesi bağitlemek ve çıkar çatışması söz konusu olduğunda çıkarlarını korumak için, grev hakkı dahil olmak üzere, toplu eylem yapmak hakkına sahiptirler.”

Bu tanımla grev hakkının temel bir hak olduğu kabul edilmektedir. Bu tanımda, *“grev hakkı dahil olmak üzere toplu eylem yapmak”* nitelenmesine dikkat çekmek isteriz çünkü AB Temel Haklar Şartı'nda ki bu

² ILO International Labor Conferance, 1957, s. 783.

³ ILO, 1970, s. 735-736.

⁴ ILO, 1988, s. 18/23-25.

hüküm çıkar çatışmaları durumunda sadece grev hakkının değil başkaca toplu eylemleri örneğin işi yavaşlatma, hastalık nedeni ile toplu viziteye çıkma, oturma eylemi gibi eylemlerin işçiler için bir hak olduğu sonucuna varılmasını mümkün kılmaktadır. Ayrıca şunun belirtilmesi gerekir ki bu hak işverenin niteliğine bakılmaksızın kamu veya özel sektörde çalışan herkes için kabul edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 68959/01 başvuru no.'lu Enerji Yapı-Yol Sen sendikasının Türkiye aleyhine açtığı davada verdiği kararda belirttiği gibi, "grev hakkı mutlak değildir ve bu hakka kısıtlamalar getirilebilir fakat bu hak tamamen yasaklanamaz".⁵ Bu karar esas alındığında kamu çalışanları için grev hakkının tamamen yasaklanması yukarıda değindiğimiz 28. maddenin açık ihlali anlamına gelecektir.

1961 de kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı'nın 1996 da gözden geçirilmiş metninde de grev hakkı açık olarak kabul edilmiştir. Türk hükümetinin bazı maddelerine çekince koyduğu Avrupa Sosyal Şart grev hakkını kabul eden ilk uluslararası belgedir

Grev Hakkının Temel İlkesi

Sendika Özgürlüğü Komitesi 1952 yılında yaptığı ikinci toplantısında grev hakkının temel bir hak olduğunu açıklamış ve sonrasında işçilerin ve örgütlerinin ekonomik ve sosyal çıkarlarını yasal olarak korumak için bu temel hakkın en esaslı araç olduğunu belirtmiştir.⁶

Sendika Özgürlüğü Komitesi yıllar içinde grev hakkının açılımını yapmış ve bu hakka yeni anlamlar kazandırmıştır. Bu bağlamda:

1. Sendikaların, federasyonların ve konfederasyonların grev hakkı olduğunu kabul etmiştir.
2. Grev hakkını kullanamayacak işçilere ve bu hakkın uygulanamayacağı işlerin sayısına sınırlamalar getirmiş ve azaltmıştır.
3. Grev hakkını işçilerin ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak amacı ile ilişkilendirmiş ve siyasi amaçlı grevlerin bu hakkın kapsamı dışında kalacağını vurgulamıştır.

⁵ The Right to Strike, [www.eurofound.eu/area/industrial relations](http://www.eurofound.eu/area/industrial%20relations), s. 1.

⁶ ILO, 1996, para. 437-475.

4. Grev hakkına karşı yargı kararlarına dayanmayan ceza uygulamalarının sendika özgürlüğünü ihlal eden ve kabul edilemez uygulama olacağına karar vermiştir.

ILO'nun denetim organlarının grev hakkı ile ilgili olarak kabul ettiği ilkeler grev eyleminin ve nasıl uygulanacağına tanımı da yapmaktadır. Bununla birlikte Sendika Özgürlüğü Komitesi işyeri işgallerinin, işi yavaşlatmanın ve kurallara göre çalışmanın, şiddete başvurulmadan yapıldığı takdirde, kabul edilebilir eylem türleri olduğuna karar vermiştir.⁷

Grevlerin Amaçları

Grev eylemi ile gerçekleştirilmek istenen amaçları üç başlık altında toplayabiliriz:

1. İşçilerin çalışma ve yaşama koşullarını iyileştirmek ve güvence altına almak için sergilenen "*mesleki*" amaç,
2. Sendikanın ve yöneticilerinin varlığını korumak ve geliştirmek için sergilenen "*sendikal*" amaç,
3. Siyasi amaç.

Bu üç başlık altında toplanan grev türleri arasında hangilerinin greve katılan işçileri doğrudan ve hemen etkilediği konusunda bir ayırım yapılmalıdır. Bu konu siyasi grev ve dayanışma (sempati) grevinin bu yönden incelenmesini gündeme getirmektedir.

Sendika Özgürlüğü Komitesi ve Uzmanlar Komitesi grev hakkının sadece toplu sözleşmenin imzalanması ile sona erecek endüstriyel uyuşmazlıklarla sınırlandırılması görüşüne karşıdır.⁸ Bu değerlendirmenin ışığı altında siyasi grev ve dayanışma grevlerinin yakından incelenmesi gerekir çünkü bu iki grev türünde grev eyleminin greve katılan işçileri doğrudan ne kadar ilgilendirdiği önemlidir.

⁷ ILO, 1996d, para. 496.

⁸ Bernard Gernigon et. al. ILO Principals Concerning the Right To Strike, ILO, 1998, s. 13.

Siyasi Grev

Sendika Özgürlüğü Komitesi 87 sayılı Sözleşme'nin 10. maddesinde tanımlanan "işçilerin örgütü" deyiminden hareketle salt siyasi nitelikli grevlerin sendika özgürlüğü ilkesinin kapsamı içinde olmadığına karar vermiştir.⁹ Komite aynı kararında neyin tamamen siyasi ve neyin sendikal sorunlarla ilgili olduğu konusunda kesin bir ayırımı yapılmasının da son derece zor olduğuna dikkati çekmiştir.

İşçilerin grev uygulaması sadece mesleki ve ekonomik çıkarların, çalışma koşullarının iyileştirilmesi ile ilgili değildir. Grev uygulaması aynı zamanda sorunların giderilmesi için ekonomik ve sosyal politikalar oluşturulması ve çözüm üretilmesini de öngören bir uygulamadır

Sendika Özgürlüğü Komitesi işçiler ve örgütlerinin toplu sözleşme imzalanması ile çözümlenecek endüstriyel uyuşmazlıkların ötesinde işçi çıkarlarını ilgilendiren ekonomik ve sosyal konularda eleştirilerini barışçı yollardan topluca dile getirebilmeli görüşünü iki ayrı kararında belirtmiştir.¹⁰

Komite hükümetin sosyal politikalarını ve bunların işçiler için olumsuz sonuçlarının bir genel grev ile protesto edilmesinin yasaklanmasını sendika özgürlüğünün çok ciddi bir ihlali olacağı görüşündedir.¹¹

Bu görüşlerin ışığı altında Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin ulusal düzeyde yapılan grevlerin siyasi değil sadece ekonomik ve sosyal amaçlı olduğu ölçüde hukuka uygun ve yasal olduğunu, bu kurala ancak toplumda yaşamı, kişisel güvenliği ve sağlığı yakından ilgilendiren temel hizmetlerde bir istisna getirilerek ancak bu hizmetleri gören kamu çalışanlarına genel grevin yasaklanabileceği sonucuna varmamız gerekmektedir. Zaten aynı nedenle kamu çalışanlarının grev hakkının tüm olarak değil sadece bu temel hizmetleri görenler için kısıtlanabileceği doktrinde baskın görüş olarak ortaya çıktığına da işaret etmeliyiz.¹²

⁹ A. g. e., s. 14.

¹⁰ ILO, 1996, para. 481, ILO, 1979, para. 450.

¹¹ ILO, 1996d, para. 493.

¹² Metin Kutal, Toplu Pazarlık Sistemi Açısından 5982 Sayılı Yasa ile Yapılan Son Değişiklik, *Mercek*, S. 59, s. 20

Bu konuda önemli olan ekonomik ve sosyal amaçlı grev ile siyasi grev ayırımının doğru olarak yapılmasıdır. Siyasi grev yasama organını veya hükümeti yeni bir politika uygulamaya, kamu otoritelerini bir karar almaya veya bir kararı almaktan kaçınmaya zorlamak olarak tanımlanmaktadır ve bu tanım mesleki grevlerin aksine, devleti siyasi otorite olarak, iktidar partisi veya partileri bu siyaseti üreten kurum olarak muhatap almaktadır. Mesleki amaçlı grevlerde muhatap işverenken, siyasi grevlerde muhatap hükümet veya iktidardaki parti veya partilerdir.¹³

Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin mesleksel yanı ağır basan işçi çıkarlarını doğrudan ilgilendiren genel grevleri hukuka uygun ve yasal bulurken siyasal grevin sendika özgürlüğüm kapsamında düşünülemediği görüşüne yukarıda değinmiştik. Bunun nedeni siyasi, otoritenin mesleksel değil siyasi nedenlerle protesto edilmesidir. Siyasi greve katılan işçi, işçi kimliği ile değil yurttaş kimliği ile siyasi otoriteyi protesto etmektedir.¹⁴ Bu nedenle mesleki yanı ağır basan ve işçi çıkarlarını yakından ilgilendiren konularda hükümeti uyarmak amacı ile yapılan genel grev ile işçinin yurttaşlık görevinin gereği hükümeti protesto ettiği siyasi grev ayırımın iyi anlaşılması gerekir. Bu bağlamda Tek-Gıda İş Sendikası üyesi tekel işçilerinin 2010 yılı başın Tekel Yaprak Tütün İşletmelerinin Özelleştirilmesi ve işçilere 657 sayılı Kanun'un 4-c maddesinin uygulanarak onları güvencesiz geçici istihdamı kabule zorlayan Hükümet kararını protesto için başlattıkları direnişe destek vermek için yapılan genel grev Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin ölçülerine uyan bir uygulamadır. Bunun gibi asgari ücretin arttırılmasını istemek, hayat pahalılığını protesto etmek, işsizlik sorununa çözüm üretilmesini istemek için, sendika yöneticilerine yönelik fail-i meçhul cinayetleri protesto için yapılan 24 saatlik genel grev sendika özgürlüğü kapsamında kabul edilebilecek, hukuka uygun grevlerdir. Buna karşın hükümetin dış politikasının protesto edildiği bir grev siyasal amaçlıdır ve sendika özgürlüğü ilkesi kapsamında değildir.

¹³ Melda Sur, *Siyasi Grev, Çalışma ve Toplum*, 2009/4, s. 12.

¹⁴ A. g. e.

Dayanışma Grevi

Sempati grevi olarak da adlandırılan dayanışma grevi işçilerin başka bir grevi desteklemek için işi bırakmalarıdır. Buradaki sorun işçiler kendilerini doğrudan ilgilendirmeyen, sadece dayanışma adına, mesleki, sendikal ve sosyo-ekonomik motiflerle greve gitmeli midir sorusudur.

ILO Uzmanlar Komitesi 1983 tarihli kararında (ILO,1983, para. 217) dayanışma grevlerinin yasaklanmasının bu hakkın kötüye kullanılmasına yol açacağından işçilerin dayanışma grevine, destekleyecekleri grevin yasal bir grev olması koşulu ile, başvurabileceklerini ve dayanışma grevlerinin sendika özgürlüğü kapsamında kabul edileceğine karar vermiştir.

Bazı ülkelerde yasal olarak kabul edilmiş sempati grevleri ekonominin küreselleşmesi, aynı işverene ait aynı işkolunda ayrı bölgelerde kurulmuş ve ayrı tüzel kişiliğe sahip şirketlerin çoğalması, işletmelerin birleşme eğilimlerinin artması gibi nedenlerle dayanışma grevlerinin artması, desteklenecek grevin yasal olması koşulu ile ILO'yu bu grev türüne olumlu yaklaştırmaya zorlamıştır.

Grev Hakkının Gelişimi

Grev çalışanların üyesi oldukları sendikanın verdiği karar gereği topluca çalışmayarak işi durdurma eylemidir. İşçilerin isteklerini elde etmek üzere iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini geçici bir süre için yerine getirmeme niyetlerini açıklayan işi bırakılması ile sonuçlanan fiili bir durumdur.

Grevin tarihi oldukça eskilere dayanır. İşçilerin ilk defa topluca işi bırakmaları MÖ 1152 yılında III Ramses döneminde Firavun mezarının yapımında yaşanmıştır.

1917 tarihli Meksika Anayasası grev hakkını kabul eden ilk anayasadır.

1929'da başlayan ekonomik krizin artçı etkilerinin devam ettiği 1937 yılında Amerika'da 4740 grev eylemi yaşanmıştır. Ülkemizde ilk toplu iş bırakma eylemini 1872 yılında Kasımpaşa tersane işçileri yapmıştır. Grev eylemleri 1909 yılında Tatil-i Eşgal Kanunu çıkarılınca-

ya kadar devam etmiştir. 1936 tarihli İş Kanunu ve 1947 yılında çıkarılan 5018 sayılı İşçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Kanunu toplu iş sözleşmesi ve grev haklarını düzenlememiştir. Toplu iş sözleşmesi ve grev hakkı endüstriyel ilişkiler sistemimize 1961 Anayasası ve 1963 tarihli 274 ve 275 sayılı kanunlarla girmiştir.¹⁵

Birçok grev türü vardır. Bunları yasal grev (menfaat grevi), yasadışı grev, hak grevi, tüm grev, kısmi grev, oturma grevi, işi yavaşlatma grevi, kurallara uyararak iş yapma grevi (IETT yönetmeliğinde şöförlerin otobüsleri 30 km.den hızlı sürmesi yasaklanmıştır. Bu kural uygulansa İstanbul trafiği durabilir), dayanışma(sempati) grevi, topluca hastalanma(viziteye çıkma) grevi, genel grev ve siyasi grev olarak sıralayabiliriz. Türkiye gibi bazı ülkelerde bu grev türlerinin bazıları yasaklanmıştır.

Ülkemizde Grev Hakkının Geleceği

Grev hakkı çalışma koşullarının iyileştirilmesini, işçinin çalışma yaşamının güvenli olmasını öngören toplu iş sözleşmesi düzeninin yaptırım aracıdır. Bazı ülkelerde bu hakkın kullanımında esneklik, bazı ülkelerde de sıkı kuracılık vardır. Örneğin Federal Almanya'da işçi sendikasının greve gidebilmesi için sendika tarafından kollektif bir kararın alınması, bu kararın karşı tarafa bildirilmesi ve sendika üyelerinin yapılacak olan greve katılacaklarını bildiren kişisel beyanlarının bu karara eklenmesi yeterlidir.¹⁶ Bizde ise grev hakkının kullanımı ve uygulaması sürelerle sınırlandırılmıştır (2822/37).

Endüstriyel ilişkiler düzenimizde AB'ye uyum süreci içinde önemli değişikliklerin yapılması gündemdedir. Özellikle 5982 sayılı yasa ile gerçekleştirilen Anayasa değişikliklerinin 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan referandum ile yürürlüğe girmesinden sonra grev hakkının geleceği sistemin sosyal tarafları için önemli bir sosyal sorun oluşturacaktır.

¹⁵ Tankut Centel / Kenan Tuçomağ, *İş Hukukunun Esasları*, Beta, 2005, s. 453; Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, Beta, 22. Bası, s. 610-612.

¹⁶ Volker Rieble, *Federal Almanya'da Toplu Sözleşme Sistemi*, Alpay Hekimler (ed.) *Avrupa Birliği ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri*, Legal yayınları, 2010, s. 57.

Toplu iş hukuku düzenimizde sendika özgürlüğünün tam olarak var olduğu söylenemez. Toplu sözleşme yapma yetkisi için ikili barajın varlığı (2822/m. 12-13), grev kararı alınması ve uygulamasının hak düşürücü sürelerle kısıtlanması (2822/m.27,28 ve 37), grev ertelenmesi (2822/.33), yapılan iş (2822/m. 29) ve yer (2822/.30) itibarı ile grev yasaklarının varlığı ILO normlarının açık ihlali yansıtan unsurlardır. Türkiye uzun yıllar bu ihlaller nedeni ile ILO organlarının hedef tahtası olmuştur. Hükümet AKP normlarını uyum sağlamak için 2821-2822 sayılı yasalarda değişiklik yapacağını açıklamıştır. Bu amaçla 5982 sayılı Kanun ile değiştirilen Anayasa'nın 51, 53 ve 54. maddelerinden kaldırılan hükümlerin yerine yeniden düzenleme yapılması gündemdedir. Biz burada sadece Anayasa'nın 54. maddesinin 7. fıkrasının kaldırılan grev yasakları hükmünü tekrarlayan 2822/25. maddesinin 3. fıkra hükmüne, 29-30. maddelerde düzenlenmiş grev yasaklarına ve 33. maddede düzenlenmiş grev ertelemelerine kısaca değinmek ve bazı önerilerde bulunmak istiyoruz.

Yukarıda yaptığımız açıklamalarda ILO'nun en önemli organları olan Sendika Özgürlüğü Komitesi ve Uzmanlar Komitesinin Anayasanın 54. maddesinin 7. fıkrasından çıkarılan ve daha önce yasaklanmış olan grev türlerinin siyasi grev hariç, tümüne sıcak baktığı ve genel grev, işyeri işgali (oturma grevi), işi yavaşlatma, dayanışma grevlerinin sendika özgürlüğü kapsamında ve hukuka uygun grevler olarak algıladığına değinmiştik.. Hükümetin uyum yasaları başlığı altında Meclis'e sunacağı tasarıda bu konunun nasıl düzenleneceği çok önemlidir çünkü ILO organlarının yorumunu benimseyen bir çözüm işçi sendikalarının yaptırım gücünü güçlendirecek ve işverenleri de o derece tedirgin edecektir. Bu konuda dostane bir çözüm, tarafların söylemlerine bakılırsa, mümkün görünmemektedir. Bu eylem türlerinin yasak olmaktan çıkarılması ILO'nun beklentilerine uygun olacaktır. Bu konuya işçi sendikalarının da sıcak bakacağı açıktır. Sorun işverenlerin tutumuna düğümlenecek ve onların yaklaşımı çözüm veya çözümsüzlük getirecektir. Türkiye'nin ILO normlarını dışlayarak AB üyelik sürecini hızlandırması kolay olmayacaktır bu nedenle ILO normlarına yaklaşan örneğin kanuni grevin(toplu sözleşme görüşmelerinde uyuşmazlık sonucu karar verilen grev menfaat grevi) dışın-

da yasaklanan diğer grev türlerinin yapılacak değişiklik ile 2822 sayılı Kanun'un 25. maddesinin üçüncü fıkrasından çıkarılması gerekmektedir. Böylece işçi sendikaları üyelerinin hak ve çıkarlarını korumak için toplu sözleşme müzakerelerinin her aşamasında ve sonrasında işvereni toplu sözleşme hakkının kullanımına karşı saygılı olmaya davet için her türlü eylemi kullanabilme ortamı yaratılmalıdır. ILO organları toplu sözleşme özgürlüğünün tam anlamı ile sendikalar tarafından kullanılabilmesi için grev yasaklarının kaldırılmasından yanadır.

Grev yasakları için ILO'nun kabul ettiği kriter toplumun güvenliği kriteridir. Grev yasakları ancak toplum için yaşamsal olan can ve mal kurtarma, güvenlik güçleri, ordu, itfaiye gibi alanlar için düşünülmeli ve 29-30. maddelerde sayılan bazı anlamsız yasaklar kaldırılmalıdır. Aynı yaklaşım kamu çalışanlarına getirilen grev yasağı için de geçerli olarak kabul edilmeli ve kamuda ancak temel hizmet sayılacak hizmet kollarında grev yasağı düşünülmelidir. Kamu sektörünün tüm çalışanları için grev yasağı ILO tarafından asla kabul edilemeyecek bir durumdur.

Grev ertelemeleri ILO'nun mercek altına aldığı bir başka konudur. ILO hükümetin grev erteleme hakkını kabul ediyor fakat 60 günlük "*soğuma dönemi*" sonunda konunun Yüksek Hakem Kuruluna gitmesi dolayısı ile mecburi tahkime dönüşmesine karşı çıkıyor. Bu konuda ILO önerisi 60 günlük sürenin sonunda grevin kaldığı yerden devam etmesidir ve doğrusu da budur.

Grev hakkı demokratik düzenin ayrılmaz bir parçasıdır ve bu hakkın anlam kazanması için anlamsız yasaklardan arındırılması gerekir. Olgunluk dönemine erişmiş işçi sendikalarının genişletilmiş grev hakkını sorumluluk içinde ve toplumsal bilinçle kullanacağına güven duyulmalıdır. Hükümetin hazırlayacağı tasarısının sosyal tarafların İsveç endüstriyel ilişkiler folkloründe "*Saltjöbaden ruhu-birbirini anlama çabası*" olarak adlandırılan yaklaşım üzerine kurulması zorunludur. Sosyal tarafların bu konuda sergileyeceği tavır çağdaş bir endüstriyel ilişkiler düzeni için zorunludur.

KAYNAKLAR

- Alpay Hekimler (ed.) Avrupa Birliği ve Türkiye’de Toplu Sözleşme Sistemleri, *Legal* 2010.
- Bernard Gemigon et.al. ILO Principals Concerning The Right to Strike, ILO, 1998.
- ILO International Conference, 1957,1996.
- Metin Kutsal, Toplu Pazarlık Sistemi Açısından 5982 Sayılı Yasa ile Yapılan Son Değişiklik, *Mercek*, S. 59.
- Melda Sur, *Siyasi Grev, alışma ve Toplum*, 2009/4.
- Tankut Centel / Kenan Tunçomağ, *İş Hukukunun Esasları*, Beta, 2005.
- The Right to Strike, [www.eurofund.eu/area industrial relations](http://www.eurofund.eu/area%20industrial%20relations).

DOKTOR SİGORTASI MI, HASTA SİGORTASI MI?

DOCTORS LIABILITY INSURANCE OR PATIENS COMPENSATION INSURANCE?

Tennur KOYUNCUOĞLU*

Özet: Aile doktorluğunun kurumsallaşması ve tıpsal kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortası, doktor hasta ilişkisini doğrudan etkilemektedir. Dünyada hastanın sağlık zararları nedeniyle tazminat ödemelerini, sağlık hakkı sunucuları konumunda olan, hükümet, kamu ve sağlık işletme girişimleri ilk elden yapmaktadır. Tazminat ödemelerinde ilke kusursuz sorumluluktur. Ülkemizde sağlık alt yapısının eksikliği apaçıkken, bir sağlık çalışanı olan doktorun kusurlu davranışlarının öne çekildiği bir sigorta uygulaması yanlıştır. Sağlık sunucularının ilkten 'hasta sigortası' ile hasta zararlarını tazmin etmesi önemsenmelidir.

Anahtar Sözcükler: Sağlık hakkı, kişilik hakkı, hasta hakkı tıpsal kötü uygulama, güven ilişkisi, doktorun sorumluluğu, doktorun sorumluluk sigortası, hasta sigortası.

Abstract: Institutionilization of family medicine and doctors liability insurance regarding medical malpractice affects the patient-doctor relation directly. All arond the world, the indemnity payment of the patients is being served firsthand by the government, by the healty administrating enterprices. The principle in the indemnity payment is an no-fault liability. In our country, where the insufficiency of the healty infrastructure is obvious, to practise an insurance, which puts forward the malpractice of doctor, an only health worker, ist incorrect. The attention has to be payed in the first place to the health servers to compensatsate patients lose.

Keywords: Right to health, personal rights rights of patient, medical malpractice, trust relationship, civil liability of physicians, doctor liability insurance, patient compensation insurance.

* Av. Dr., İstanbul Barosu.

Doktor hasta ilişkisi ülkemizde yeniden tanımlanıyor. Bir yandan doktora sorumluluk sigortası zorunluluğu getirilirken, hastaya da aile doktoru hizmeti sunuluyor. Özel hastanelerin açılması Sağlık Bakanlığının iznine bağlanıyor. Doktora zorunlu sigorta uygulaması geliyor. Kuşkusuz evrensel bakıştan uzaklaşmak olası değil. Dünya sıralamasında sağlık hakkı bakımından '*çoklu yoksunluk*' ülkesiyiz.¹ Tıp hukukunun ana ilkeleri hiçbir ülkede değişmezken, finansman sorununda farklı yöntemlerin denendiği görülmektedir. Yeni başlayan sigorta ve aile doktorluğu uygulamasının başarılı olması, sağlık hakkı gibi bir konuda insan haklarına duyarlılığı öne çıkarılmalıdır.

Ülkemizde bir doktorun günde beş yüz kırk altı hastaya baktığı, ortalama muayene süresinin iki dakika² ile hesaplandığı düşünülürken, sağlık sistemimizin doktor hasta ilişkisine çok kötü bir şekilde yansıdığı ortada bir gerçektir. Doktorluğun hızlı ilaç yazma servisine dönüşmesi ve yazılarının daha da okunmaz olması bir yana, hastaların doktorlara karşı inancın azalması asıl sorundur.

Aile doktoruna düşen hasta sayısının 3500'lerle ifade edilmesi ise, bu sistemi sorgulamaya açmaktadır. Herkesin bir doktorla sürekli, yakın ve uzun süren(on dakika da değil) ilişkisinin kurulması bir ölçüde ülkenin sağlık haritasının çıkarılmasına ve yüz yüze, güven verici bir ortamın kurulmasına neden olacaktır. Öte yandan yakın ilişkide sağlık hizmetlerinin aşırı kullanımı kaçınılmazdır. Zorunlu ek ödemeler artacak, sağlık piyasası yükselecek ve sağlık hakkı alınamaz uç noktalara taşınabilecektir. Yasada ilk basamak hizmetinin '*bedelsiz*' olacağı açıklanmıştır. Sürmesi çok önemlidir.

Ayrıca birinci derece olarak sunulan bu hizmetin, koruyucu hizmetleri ne ölçüde karşılayacağı bilinmemektedir. Hizmetin yetersiz kalması durumunda sonraki aşamalara geçme düzeninin iyi işletilememesi tehlikesi vardır. Sağlık söz konusu olunca tüm kapitalist ülkeler az veya çok sosyal devlet önlemlerine başvurmak zorunda kalmaktadır. Vergiler ve kamu sigortaları vazgeçilmez finansman kaynağıdır. Devlet ve özel sektör hizmetleri dahil '*tüm sağlık hizmetinin*' denetimini elden bırakmamaktadırlar.

¹ Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı İnsani Gelişme Endeksi Raporu'na göre; Türkiye 169 ülke arasında eğitim ve sağlık hizmetlerinde 83. sırada yer almaktadır.

² Zeynel Abidin Kaplan, *Radikal İki*, 10 Ekim 2010.

'Tıbbi kötü uygulamaya karşı zorunlu sigorta' uygulamasında, sağlık sektöründe ortaya çıkan zararların karmaşık niteliği göz ardı edilmiştir. Bu sigortanın hasta haklarının güvencesi olarak sunulması yanlıcıdır. Doktor yardımcı sağlatıcı konumdan, sağlık hakkının tek yöneticisi imiş gibi, doktor hatası öne çekilmiştir. Oysa dünyada buyurgan, risk almak istemeyen doktor tipinden, hasta ile işbirliği yapan katılımcı doktor tipine geçmek önemsenmektedir. Doktorun üzerindeki baskıyı azaltıp, doğrudan hastayı sigortalayan bir sigortanın yapılması dünyanın gündemindedir.

Bu çerçevede öncelikle doktorun sorumluluğunun özel hukuk temelini inceleyerek ve aile doktorundan başlayan karşılaşmada 'güven ilkesinin' altını çizerek doktor-hasta ilişkisinin 'özel niteliğinin' korunmasına ve daha sonra hastaya verilen zararların giderilmesi konusunda farklı sigorta türü arayışlarına değineceğim.

A. Doktorun Hukuksal Sorumluluğunun Temeli

Tıpsal kötü uygulamaya karşı doktorun sorumluluğunun kökeninde sağlık hakkı vardır. Hasta hakları için başlangıç noktasıdır. Hasta hakları ilk kez 1981 yılında 'Lizbon Bildirisi' ile gündeme gelmiştir. Buna göre; sağlık arayıcısının doktorunu özgürce seçme, hiçbir baskı altında kalmadan karar verebilen doktor tarafından bakılabilme, kendisine önerilen tedaviyi kabul ve reddetme, onurlu bir şekilde ölme, ruhsal ve ahlaksal teselliye kabul ve reddetme hakkı vardır. İnsan hakları kavramı ayrılmaz bir bütünlük gösterir. Genelde insan olarak saygı görme, kendi yaşamını belirleme, güvenli bir yaşam sürdürme, özel yaşama saygı değerleriyle birleşir.

Anayasal ve yurttaşlık yasası (Türk Medeni Kanunu) kapsamında açıklarsak, 'kişilik hakkından' söz edebiliriz. Anayasada sağlık hakkı, temel haklar bağlamında 12. maddede, kişinin dokunulmazlığı anlamında 17. maddede, sağlık kuruluşlarının organizasyonu ve denetimi açısından 56. maddede düzenlenmiştir.

Sağlık hakkı, özgürlüğe temellenmiş sosyal bir hakır.³ Kişilik hakkı özü gereği hem özel hukuk hem kamu hukukunu içeren bir yaygın-

³ 'Doktorun Sorumluluğunun Hukuksal Temeli' doçentlik tezi olarak hazırlanmış

lık oluşturur. Bu nedenle sağlık hakkının gerçekleştirilmesini hasta-doktor ve devlet üçlüsüyle bir arada değerlendirmek gerekir. Kişilik hakları, temel haklar niteliğiyle Anayasa'nın 12. maddesinde ve yurttaşlar yasasının 22, 23 ve 24. maddelerinde kişilik hakkı özgürlük temelinde belirtilmiştir. Hukuk düzeni dirimbilimle ortak konusu insanı, yaşama hakkı, beden bütünlüğü ve sağlık hakkı çerçevesinde korumaktadır. Bu değerlere verilen zararlar, insanın kişi varlığını zedeler ve hukuka aykırıdır.

Yurttaşlar Yasası'nda kişilik hakları zarara uğrayanın hukuksal bir işlem yapıp yapmadığına göre farklı kurullarla korunmaktadır. Kişi hukuksal bir işlem içinde yer alıyorsa madde 23 dışında ise, madde 24 uyarınca kişilik hakkını ileri sürer. Dolayısıyla kişilik hakkı her durumda hukuk tarafından gözetilmektedir.

Madde sıralamasına uygun biçimde kişiliğin 'kendine karşı, başkalarına karşı korunması' diyebileceğimiz klasik hukuk dışında bir gerçekliği vardır. Özünün niteliği kendiliğinden hukuksal sonuçlarını belirlemiştir. *Kişilik, hak-hukuk kavramları ile sınırlanamaz, hukuk ötesi insanın özgürlüğünü de kapsar.* Bunun sonucu insanın hak sahibi olmaya dayanmayan, özgür varlık olma niteliğidir ki, hukukta henüz öngörülmemiş yeni hakların yaratılmasına kaynak sağlayan 'istek'lere temellenmesiyle ortaya çıkar. Bu 'kendi kaderini tayin etme gücüdür' ve ayrıca sosyal eşitsizliklere karşı yeni haklar üretim kaynağıdır.⁴ Özgürlük kavramı, hukukun tanıma yetisini aşan ve canlı varlığın önlenemez yanıdır. *Hukuk kuralı olarak 'özgürlüğün devredilememesi', insanın dirimsel özelliğinin hukuk kurallarıyla kaçınılmaz biçimde saptandığını gösterir.* 'İntihar', somut bir örnektir. Hukuksal anlamda kabul edilmezliğine karşın, hukuksal bir yaptırım ile önlenmesi olanaksızdır.

Oysa hukuka uygun olarak, özgürlüğün bazı alanlarda devri olanaklıdır. Önemli olan dirimsel özün zedelenmemesi için bu alanda da özgürlüğün korunmasının hukuksal görev olarak sürmesi zorunluluktur. Sözleşme içi ve dışı tüm eylemler bu kapsamdadır. Bir başka

ise de, fakülteden ayrılmam nedeniyle tartışılmadan geri alınmıştır. Buradaki göndermeler teksir notlarına ilişkindir (İstanbul, 1980 teksir notları özellikle bkz. s. 79, 84 -105).

⁴ Bu görüş için bkz. B. Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, İstanbul 1978, Tek-sir, s. 92.

deyişle, kişi, kişilik hakkının özüne zarar veremez ama hukuksal sınırlar içinde zararına sayılacak hukuksal tasarruflarda bulunmasına engel yoktur. Henüz piyasa koşulları tamamlanmamış bir ilacın üzerinde denemesine onay vererek, sonucunda zarara uğraması gibi. Bu durumda 'kişilik değerlerine müdahalenin hukuka aykırılığı, ancak zarar verici eylemin kınanacak biçimde ve kınanacak bir amaçla gerçekleşmiş bulunması olgusundan çıkarılabilecektir'.⁵

Hukuk dirimsel özgürlüğü, insan iradesine bağlı olarak tanır ve bilinçli bir eylemle algılar. Eylem dört evre ile tamamlanır: Dürtü, amaç, karar, uygulama. Doktorun hukuksal sorumluluğu hastanın kişilik hakkına yaptığı girişimden kaynaklanır. Doktor, hastanın kişilik hakkı üzerinde hastanın davranış özgürlüğünün temelindeki evrelere zarar vermeden mesleksi faaliyetini yerine getirmelidir.

Genel kural kişi varlığına yapılan her girişimin hukuka aykırı olduğudur. Kişinin onayı hukuka uygunluk yaratır. Doktorun sağlık hakkı nedeniyle sorumluluğu, salt onayla açıklanamaz. Hastanın ve yakınının onayının alınmadığı pek çok durumda girişim yetkisi doktorluk mesleğinin gerekli kıldığı ödev ile bağıntılıdır. Bu noktada hukuka aykırılık amaca uygun müdahale ile değil, yapılan işlemlerden ötürü doğal sayılamayan zararlara ilişkindir. Kişinin yaşam hakkı, beden bütünlüğü ve sağlık hakkı açısından doktor tek başına değildir. Bu hakların gerçekleşmesi devletin hazırlayacağı ve denetleyeceği bir ortamda sağlanır. Hasta-doktor arasında kamu hukuku alanında temel hak olarak sağlık hakkı ve özel hukuk alanında kişilik hakkıyla pekişir ve doktorun hastaya karşı devletin yanında yardımcı sağlık edimi verme yükümünü doğurur. Başka bir deyişle, yaşama ve sağlık hakları açısından kişilik hakkının özü "korunma" kapsamında birleşir.

Hasta-doktor açısından kamusal ve özel hukukla belirlenen kişilik haklarının etkisi iki yönlüdür: Olumlu etkiler, olumsuz etkiler. Olumsuz yanı, kaçınma yükümü olarak belirlenir. Tıp mesleğinin aradığı yetki belgesi yoksa ve hastanın onayı alınmamışsa hastaya dokunma hakkı da yoktur. Olumlu davranış yükümü ise, tıpsal görevini yapma ve yapılan işten bir ücrete hak kazanma olanağıdır.

⁵ Bu görüş için bkz. R. Serozan, "Kişilik Hakkının Korunması ile İlgili Bazı düşünceler", *MHAD*, 1977, S. 14, Teksir, s. 93.

Bu diplomayı doktora devlet vermektedir. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun gereğince doktorluk yapabilmek için 'diploma' sahibi olmak gerekir. Ayrıca doktorluk uğraşısının yerine getirilmesi devletin denetim ve gözetimi altındadır. Uğraşın tipik yüzü kamuya açık hizmet sunma özelliğidir ve bu nedenle de halk üzerinde özel bir güven durumu yaratır. Bu güven duygusu onu hastaya karşı, katı bir özen yükümü altına sokar. *Özen borcu, özel hukuk ve kamu hukukunda, hastaya karşı doktorun ortak sorumluluk kaynağıdır.*⁶ Doktorun hastaya girişim nedenini ayırt etmeye gerek yoktur.

Hekimlik Görevleri Tüzüğü'nün 2. maddesi şöyledir:

'Doktor ve dış doktorunun başta gelen görevi insan sağlığına, yaşamına ve kişiliğine özen ve saygı göstermekle yükümlüdür'.

Maddenin ikinci ayırımında *'en yüksek dikkat ve özen'*den söz edilmektedir.

Türk Yurttaşlar Kanunu'nda doktorun sorumluluğu düzenlenmemiştir. Tüzük, yasadan dolayı biçimde çıkarılan sonucu yansıtmaktadır. Doktorun hangi hukuksal nedenle hastasıyla ilişki kurduğuna dokunmamaktadır. Gerçekte de doktorun sorumluluk kaynağına inerek, ilişkinin nedeninin tedavi sözleşmesi mi, vekaletsiz iş görme mi yoksa haksız eylem mi, yoksa sosyal sigorta mı olduğu, hastanın zararının kaynağını açıklamakta yetersizdir. Doktorun dar anlamda tıpsal girişim yükümünü açıklayan *borç kaynaklarının* adları her hangi birisi olabilir. Girişimin nedeni olarak ortaya çıkan bir borç ilişkisinden söz edilebilir. Bu borç ilişkisi, tarafların karşılıklı asıl edimlerinin ne olduğunu vurgulamak açısından önemlidir. Doktorluk mesleğinde, bu anlamda arada asıl borç ilişkisi kurulmadan da hastaya girişim yapılabilir. Acil (ivedi) olgu ya da doktorun insanlık ödevi gereği girişimde bulunması durumlarında olduğu gibi. Doğrusu doktorun girişimi hukuka uygunluk nedeniyle haksız bir eylem olmayacağı gibi, tipik bir hukuksal nitelik de taşımaz.

Doktorun ceza sorumluluğu ve yönetim hukuku kuralları, medeni hukuk alanında geçerli olan doktor hasta ilişkisinin temelini etkile-

⁶ J. Gros, *Die Persönliche Freiheit des patientin*, Bern, 1977, Teksir, s. 79.

mez. Medeni hukukun 'zarar' açısından tıpsal girişime yaklaşımı 'özen sorumluluğuna' dayanır.

Doktor ve hasta ilişkisinin geniş anlamda konusu olan 'özen ödevi' kaynağını kamu ve özel hukuk etkisiyle yaratılan güven ilkesinde bulur. Güven ilişkisi, çeşitli borç ilişkileri ile ortaya koyulabilir. Borç ilişkilerinin organizma niteliğini dikkate alarak 'edim yükümü-davranış yükümü' ayırımı yapılmaktadır.⁷ Edim yükümleri bir borç ilişkisinde yer alan asıl borçlar ve yan borçlardır. Doktor ya da hastane ücretlerinin belirlenmesi asıl borçlardandır. Buna karşılık doktorun aydınlatma yükümü, hastanın onayını alma gibi karşı asıl edimleri 'özenle ifa' da asıl edim katına yükselmiş bir davranış yükümüdür. Çünkü doktor bu edimleri gerçekleştirme biçimine göre hastasına zarar verir veya vermeyebilir. Edim yükümlerinden bağımsız davranış yükümleri Yurttaşlar Kanunu'nun dürüstlük (2/I maddesi) ve yaratıcı özgürlük (23. maddesi) gereğince asıl edimler katına yükselir. Tıpsal girişim her hangi bir hukuksal nedenle başladıktan sonra hasta-doktor arasında 'kişi birliği' ilişkisi oluşur. Doktor hastasının kişilik hakları üzerinde bir tasarrufa girişirken, onun özgürlük alanının özüne zarar vermemek için yüksek ölçekte bir 'davranış yükümü' üstlenir. Hastasının dirimsel özgürlüğünü sınırlayamaz ve dürüstlük kuralı çerçevesinde meslek becerilerini uygulamaya özen gösterir.

Bu yakın kişi birliği ilişkisi, özen borcuna aykırılık nedeniyle bozulduğunda doktorun sorumluluğu başlar. Hasta doktor arasında kurulan borç ilişkisinden ayrı, aralarında sanki sözleşme varmış gibi, sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumlu tutulur. Çünkü aralarında doğmuş olan güven ilişkisi, hastaya girişimin haksızlığını her halde ortadan kaldırır. Doktorun girişim yükümünün temelinde kamu hukuku ile donatılmış hukuka uygunluk nedeni vardır. Hastaya özen gösterilmemesi durumunda bile, tıpsal girişimin haksız eylem olduğu söylenemez. Borçlar Kanunu'nun Sözleşme'ye aykırılık durumunu düzenleyen 96. maddesi uygulama alanı bulur.

Doktor, sosyal güvenlik kurumlarının hizmetlisi sıfatıyla hastaya girişimde bulunan durumda olsun özel hastane ve muayenehanesinde çalışsın,

⁷ Stoll için bkz. R. Serozan, "Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", MHAD, 1968, S. 3, Teksir, s. 108.

hastasına karşı hep aynı ve tek biçimde özel hukuk sorumluluğunu taşır. Çünkü müdahale alanı her durumda insan bedeni üzerinde olup, niteliği değişmeyen bir işlemdir. Kişisel varlık olarak insan bedeni, insan bedenine saldırı kavramını yani bir başkasının bedene yönelmiş olan davranış biçimini tanımlamaya yarar ve genellikle *'bedensel bütünlük'* deyimiy-le belirtilir.⁸ Tıpsal girişimde bulunmanın, saldırı açısından ayrı tutulamayacağı görüşlerine karşın,⁹ kanımızca doktorun eylemlerinin dokunmama dışında tam tersi kişinin sağlık hakkı nedeniyle yardım yükümü kapsamında dokunma ödevi, doktorun hastası üzerindeki eylemlerinin niteliğini farklılaştırır. Beden bütünlüğüne saldırı sayılmasını engeller.¹⁰ Kişilik hakkı söz konusu olduğunda, doktorun hastaya girişim yükümünü hukuk ve ahlak açısından olumsuz, girişimin özel kamusal ayırımını ortadan kaldırır. Girişime neden olan hukuksal olgunun atipik olabilirliğine karşın, hastaya her zaman aynı biçimde davranma yükümü getirir ve bu durum *'tipik'* bir özellik taşır. Doktor, girişimin konusu insan üzerinde bir değer yargısında bulunur.

Hukuka uygun bu tipik eylemden dolayı hasta zarar görürse, doktorun sorumluluğu başlar. Genel sorumluluk ilkeleri, kusur sorumluluğu, tehlike sorumluluğu, güven sorumluluğu ve özverinin denkleştirilmesi olarak dört gruba ayrılır. Tıpsal girişimin hangi bölüme girdiği sorgulanmaktadır.

Tıpsal girişim karmaşık yapısı gereği *'tehlike'* doğuran özelliğine karşın tehlike sorumluluğu bu alanda kabul edilmemektedir. Özellikle öngörülemez *'tıpsal kazalar'* ve öngörülebilir *'yan etkilerden'* doktorun sorumluluğu yoktur.

Bir başka durumda üstün kişilik çıkarı uğruna bir başka çıkarın gözden çıkarılması durumunda da tıpsal zorunluluk nedeniyle doktorun sorumluluğu, kusur sorumluluğu ile sınırlıdır.

Güven ilkesi, doktorun sorumluluğunun temelini oluşturur. Türk Yurttaşlar Kanunu'nun herkese yönelik *'doğruluk ve inanç'*la ilgili maddesi doktorlar için özel bir önemdedir. Doktorun *'yardım yükümü'* bu

⁸ Bkz. H. Tandoğan, (Teksir, s. 154).

⁹ Bucher (Teksir, s. 154).

¹⁰ Bkz. Teksir, s. 155.

'özel güven' borcundan kaynaklanır. Doktorun 'ilk yardım' sorumluluğu bu kapsamda değerlendirilir.

Doktorluk görevi nedeniyle hastasına göstereceği özen borcunun temelinde 'kusur sorumluluğu' vardır. Doktor, haksız bir sonucu istememekle birlikte durumun gerektiği özeni göstermeyerek bir zararlı bir sonucun doğumuna yol açmışsa 'kusur' söz konusudur. Kaynağını kamu hukukundan doğan yükümlülükten alan, özel hukuk temelinde kusura dayanan bir sorumluluktur bu. Dar anlamda borç, ivedi olgudan, özel borç ilişkisinden, hastane sözleşmesinden ve sosyal sigorta ilişkisinden doğabilir.

Sonuçta tıpsal girişim tehlikesi bir davranış sorumluluğu getirilerek doktor için kusura, devlet için kusursuz sorumluluğa ve her iki sorumluluk nedeniyle özel ve kamusal sigortalar aracılığı ile topluma yayılmaktadır.

Yargıtay Kararlarına baktığımızda; haksız eylem ve sözleşmesel sorumluluğun yarıştığını görmekteyiz. Yargıtay 4. Hukuk dairesi haksız eyleme, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi de sözleşmesel sorumluluklara bakmaktadır. Bu ayırım yerinde değildir. Doktorun sorumluluğu olgusu karmaşık niteliktedir. Çeşitli görününler altında aynı tip özen yinelenmektedir. Devlet ve başka kamusal alanlarda da doktorun eylemi farklı değildir. Açılan davalarda doktor hasta ilişkisi işlemleri özel hukukun kapsamına girer.

Tıpsal işlemler çoklu işlemlerle gerçekleştiğinden kamuya yönelik kusurlar için ayrıca tam yargı davaları söz konusudur.

Çoklu işlemlerin bir sonuca da ortaya çıkan zararın kusur paylaşımının sorumluların tamamının belirtilmesini gerektirir. Özen eksikliğine, sözleşme sorumluluğu uygulanacağından doktorun en küçük kusur karşılığı zararın tamamından sorumluluğu geçerli olacağından, başkaca kusurlu olanlara dönme (rücu) oranları mahkeme kararlarında yansıtılmalıdır.

B. Sağlık Hakkı Zararlarının Giderim Yolları

Doktorun sorumluluğu hakkı bakımından ortak bir hukuk uygulaması arayışı çok öncelere dayanır. Tıpsal sorumluluk ve doktor hukukun bütünlüğü pilot bir proje olarak 5-6 Aralık 1981 yılında Göttingen’de ayrıntılı biçimde tartışılmıştır. Avrupa birliğine henüz üye olmayan İsveç, Norveç dışında Amerika ve Türkiye’nin de bulunması istenmiş, ortak çözüm yolları aranmış, değişik modeller masaya yatırılmıştır. Bu toplantıda Türkiye’yi misafir olarak temsil etmenin hoşluğu bir yana, sağlık hakkının tüm dünyada aynı düzeyde gerçekleşmesi umudunun arkasından koşma çabasını getirmiştir.

Genel olarak Avrupa’da tıpsal kötü uygulama konusunda iki ayrı model söz konusudur:

‘Maddi sistem’ ve *‘mahkeme yolu’*. İlkinde *‘sigorta’* öne çıkarken, ikincisinde mahkeme kararı sonucu belirler. Ülkemizde, önceleri geçerli olan *‘doktora teslimiyet’* görüşü, yerini artık *‘hak aramaya’* bırakmıştır. Her geçen gün sağlık sistemimizden zarar görenler artmaktadır.

Doktor, hasta ilişkisinde hak arama yöntemi ne olmalıdır?

Şimdiye dek geçerli olan sistem, zarar görenin mahkemeye başvurusudur. ‘Sağlık Şurası’nın koruyuculuğu altında şimdiye dek ender olarak doktorun sorumluluğuna karar verilmiştir. Son dönemde bu durum değişmiş, artan davalar, sorumluluğu da pekiştirmiştir. Sigorta sistemi ile soruna bir çözüm getirmek için zorunlu sigorta uygulaması başlatılmıştır.

1. 1219 Sayılı Kanunu Değişikliği ile ‘Zorunlu Sigorta’ya Geçiş

21. 01. 2010 kabul tarihli 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 8. maddesi, 1219 sayılı Tababet e sayılı Kanun’un 12. maddesini aşağıdaki gibi değiştirmiştir:¹¹

‘Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama nede-

¹¹ Zarar görenin talebine ve ayrıca kurumların rücu istemlerine karşı zorunlu bir sigorta getirilmiştir.

niyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır. Bu sigorta priminin yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayan kurumlarda kurum bütçelerinden ödenir.

Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır.

Zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası, mesleklerini serbest olarak icra edenlerin kendileri, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar için ilgili özel sağlık kurum ve kuruluşları tarafından yaptırılır.'

Daha önce 'isteğe bağlı' olarak yaptırılabilen doktor mali sorumluluk sigortası yanında zorunlu sigorta uygulamasının temel sorunlara nasıl bir katkısı olacaktır?

2. Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasının Prim ve Güvencesi

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatı 21. 07. 2010 tarihli ve 27648 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanmış ve uygulamanın 30. 07. 2010 tarihinden geçerli olacağı belirtilmiştir. Alt yapının tam olmaması, yaptırmayana ceza yaptırımı getirilmesi kuralını esnetmiştir.

Aynı *Resmi Gazete*'de, Tıbbi Uygulamaya İlişkin Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ'de, bu sigortanın kapsamını, primi kimin ödeyeceğini açıklanmaktadır. Sigorta zorunluluğu kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan doktorları, diş doktorlarını, tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanları ve özel sektörde çalışan ve kendi muayenehanesi olan tüm doktorları içine almaktadır.

Kamu sektöründe çalışanlar sigortalarını kendileri yaptırarak, ödediği primin yarısını kurumlarından alabilecektir. Özel kurum ve kuruluşlarda çalışanların sigortaları kurumlarınca yaptırılacak, ancak

ödenen primin yarısı sigortalıya yansıtılacaktır. Serbest meslek sahipleri ise primin tamamını ödeyerek sigortalarını kendileri yaptıracaktır.

Zorunlu sigortanın tarife ve talimatı da aynı gazetede yayınlanmıştır. Sigorta güvencesi her bir olay için üç yüz Türk lirasıdır. Prim tutarı da dört basamak olarak yüz elli Türk lirasından başlayarak yedi yüz elli Türk lirasına kadar yükselmektedir.

Zorunlu sigortanın paylaşımına dayanan primi bu sigortanın yapılmasında kolaylaştırıcı önemli bir etkidir. Bir sigorta şirketi açıklamasında, sigortanın zorunlu olmasından sonraki bir ayda 140.000 hekimden 85.000'inin zorunlu sigortayı yaptırmasını doktorların mesleki bilinç yüksekliğine bağlamaktadır.¹² Kanımızca doktorlardan kaynaklanmayan zararların da büyütülmeden bastırılmasına yarayacak bir çözüm demek daha doğru olacaktır. Uygulamada zarar görenin talebi önce kurumca karşılanacak, zararın gerçek kökenine inilmeden doktorun sigortası rücu kanalıyla devreye sokulacaktır. Yine de zorunlu sigorta güvencesi tutarı çok düşük olduğundan, kendini tam korumak isteyen doktorlar ayrıca seçimlik mali mesuliyet poliçesi yaptıracaklardır. Zorunlu sigorta sistemi daha çok kurumun yararına çalışacaktır. Zararın gerçek nedeni arada kaynayacaktır.

Zorunlu sigorta dışında yapılacak isteğe bağlı mesleki sigortasının çifte sigorta engeline takılmaması için, güvence tutarının zorunlu olanın limitin dikkate alınarak, daha yüksek tutarda yapılması uyarısı getirilmektedir. Doktorların seçimlik sigorta isteklerinin de artması, zorunlu sigorta ile sorunun bitmeyeceğinin açık kanıtıdır. Zorunlu sigortanın varlığı, davaların azalmasına değil, tam tersi çoğalmasına neden olacak ve hasta doktor arasında güven kaybını yok ederek, çatışmaları arttıracaktır.

Talimatta sigorta ettiren sıfatının belirlenmesine vurgu yapılmaktadır. Bu durum sigorta hukuku tekniği gereği olup, rizikonun birincil sınırlaması olarak, doktorun bu sıfat dışındaki eylemlerini sigorta kapsamına girmediğinin altını çizmektedir. Grubun içinde farklı sıfatlar yer aldığından, grup sigortası da yapılamayacaktır. Rizikonun ikincil sınırlaması ise 'ayrık' (teminat dışı kalan haller) kurallarda açıklanmıştır.

¹² *Milliyet*, 21 Eylül 2010.

3. Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Koşulları

Genel Koşulların 'sigortanın kapsamı' başlığı altında sigorta konusu açıklanmaktadır:

'Serbest ya da kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabibler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların poliçede belirtilen mesleki faaliyeti ifa ederken;

a. Sözleşme süresi içinde meydana gelen olay sonucu doğan ve sorumluluk hükümleri uyarınca tazmini sözleşme süresi içinde ya da sonrasında talep edilen zararlara,

b. Sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen bir olay nedeniyle sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı doğabilecek taleplere,

c. Bu zarar ve taleple bağlantılı yargılama giderlerine, karşı belirlenen sigorta limitlerine kadar teminat verilir.'

Sigortanın konusu poliçede belirtilen mesleki faaliyet nedeniyle doğan hukuksal sorumluluktur. Bu 'tazminat' olarak belirtilmiştir. Tazminat maddi-manevi olabilir. Ceza sorumluluğu sigorta kapsamı dışındadır. Tazminata yol açan talep ile bağıntılı yargılama giderleri de sigorta kapsamındadır.

Sigortalının poliçede belirtilen mesleki faaliyetini ifa ederken sözleşme süresi içinde tazminatı gerektiren bir olay gerçekleşirse, zarar talebinin aynı sürede ya da süre sonrasında yapılmasına bakılmaksızın, sözleşme öncesinde bir olay olduğunda, yalnız sözleşme süresi içinde yapılan bir talep sigorta kapsamındadır.

Bu açıklama ile a) ayırımında sigorta korumasının geleceğe etkili, yani occurrence basis policy) (sorumluluğu doğuran olay) b) ayırımında ise geçmişe etkili, claim made basis policy (tazminat talebinin ileri sürülmesi) özellikleri vurgulanmaktadır. Mesleki sorumluluk sigortasının seçilmiş olabilecek bu seçim, zorunlu sigorta kapsamında gerçekleştirilmiştir. Geleceğe ve geçmişe yönelik sigorta korumasının süreleri genel koşulların 'B' de 'Zarar ve Tazminat' başlığı altında, 'rizikonun gerçekleşmesi' bölümünde açıklanmaktadır:

'Sözleşmenin;

- A. 1. 'in (a) bendinde belirtilen şekilde yapılması hâlinde, sigortalının, sözleşme süresi içinde yürüttüğü mesleki faaliyeti dolayısıyla, gerek sözleşme döneminde gerekse sözleşmenin bitiminden itibaren iki yıl içinde başkalarının zarara uğraması sonucunda,

- A. 1. 'in (b) bendinde belirtilen şekilde yapılması hâlinde sözleşme yapılmasından önceki bir yıl içinde veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen olaya bağlı olarak;

a) Sigortacının bilgisi ve yazılı muvafakatı dâhilinde olmak koşuluyla sigortalı tarafından ödeme yapılması veya,

b) Sigortalıya karşı yapılan tebligat sonucu davanın veya hukuki takibin öğrenilmesiyle,

c) Zararın gerçekleştiğinin ve bu zararın sigortalının sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme tarafından karar altına alınması hallerinde riziko gerçekleşmiş olur.'

Mesleki faaliyetini ifa, ne anlama gelir? Sigortalının mesleğini doktor ya da uzman olarak belirtmek yeterli değildir. Doktorun ihtisası, uzmanın görevi açıkça yazılmalıdır. Sigorta sözleşmesinde sigortalının sıfatı yer alacaktır. Ortopedi gibi, fizik tedavi uzmanı gibi. Mesleki faaliyetin sınırları hukuk kuralları veya etik kurallarla saptanacaktır.

Genel Koşulların A. 3. bölümünde *'teminat dışı haller'* belirtilmiştir. Burada dördü bir sayım vardır. İlkinde *'sigortalının poliçede belirlenmiş ve sınırları hukuk kuralları ve etik kurallar dışında kalan tazminat talepleri sigorta koruması dışında bırakılmıştır. Diğerleri; sigortalının kastı, sigortalı veya çalıştırdığı kişilerin alkol, uyuşturucu ve narkotik madde'* altındaki davranışlarından kaynaklanan durumlar ile adli para cezası, ceza, cezai şart konusu teminat dışıdır.

Zorunlu sigortalara özel bir önemli madde B. 3'tür. *'Tazminat ve Ödenmesi'* başlığı altında sigortacının zarar görene karşı sorumluluğu açıklanmaktadır. Buna göre;

'Sigortacı, talep edilen tazminat ve giderleri hak sahibinin tazminata konu olay ve zarara ilişkin tespit tutanağını ve bilirkişi raporunu ve poliçe ekinde yer alan diğer gerekli belgeleri eksiksiz olarak şirketin merkez ve ku-

ruluşlarına iletteği tarihten itibaren on beş iş günü içinde gerekli incelemeleri tamamlayıp, sözleşmeye aykırı olmayan zararlara ilişkin tazminatı öder'.

Bu madde zorunlu sorumluluk sigortasının nasıl işleyeceğini göstermektedir. Sigortacıya karşı zarar görenin talep hakkı dolaylı bir biçimde *'hak sahibi'* sıfatıyla düzenlenmiştir. Bir başka zorunlu mali sorumluluk sigortası olan, trafik sigortası genel koşullarının *'Tazminat ve Giderlerinin Ödenmesi'* başlığını taşıyan maddeyle benzeşmektedir. Trafik sigortasındaki sekiz günlük ödeme, burada on beş güne çıkarılmıştır.

Sigorta ettiren, sigortacıya danışmadan hak sahibi üçüncü kişiye ödeme yapamayacaktır. Genel koşulların B. 2. maddesinde *'rizikoya ilişkin olarak sigorta ettirenin ve sigortalının yükümleri'* altında *'ç'* bendinde;

'Sigortacının yazılı onayı olmadıkça, sorumluluğu ve tazminat talebini kısmen veya tamamen kabul etmemek, ödeme taahhüdünde bulunmamak, zarar görenlere herhangi bir tazminat ödemesinde bulunmamak' açıkça belirtilmiştir...

Genel koşulların B. 4. maddesinde *'sigortacının ödediği tazminat tutarınca, hukuken sigortalının yerine geçeceği'* yani halefiyet hakkı trafik sigortasında olduğu gibi düzenlenmiştir.

Trafik sigortasından farklı olarak; sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünü etkileyen durumlara karşı, zarar görenin haklarının saklı kalması kuralı ve sigortacının ödemediği kaçınamayacağı ilkesi, bu genel koşullarda yoktur. Örneğin sigortalının kastı varsa, bu durum teminat dışı sayılmıştır.

4. Seçimlik Mesleki Sorumluluk Sigortalarıyla Tamamlanma Zorunluğu

Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları, 16 Mart 2006 tarihli 26110 sayılı *Resmî Gazete'*de yer almıştır.¹³ Tıbbi kötü uygulamaya

¹³ Mesleki sorumluluk Sigortası Genel Şartları her meslek grubuna uyarlanabilmek için değişik klozlar eklenerek kullanılmaktadır. 3 Mayıs, 2007 tarihli ve 26511 sayılı resmî gazetede *'Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları ve Hekim Mesleki*

karşı zorunlu sigortaya karşın, daha önce kendi seçimleriyle mesleki sorumluluk sigortasını yaptıranlar bu sigortaları iptal etmemekte, yaptırmayı da sürdürmektedir. Zorunlu sigorta teminatı zararları karşılamaktan çok uzaktır. Zorunlu sigortanın talimat bölümünün 4 ve 5. Maddelerinde, önceden isteğe bağlı mesleki sorumluluk sigortası olanlar, yeni duruma kendilerini uyarlamak için sigortacıları ile 'zeyil-name' düzenleyecekleri belirtilmiştir.

İsteğe bağlı sigortalar piyasaya daha cazip tekliflerle sunulmaktadır. Çoğu kez ferdi kaza-hukuksal koruma sigortalarıyla paket olarak birleştirilmekte, kapsamı daha geniş tutulmaktadır. Bir örnek verelim:

Hastalıktan korunma, tıpsal tanı, sağaltım ve müdahale faaliyetlerinde bulunan yerlerde eylemsel olarak çalışan doktor, diş doktoru ve diğer sağlık çalışanını, faaliyetleri poliçede belirtilen sıfat altında ve uzmanlık dalında olmak şartıyla; sigorta süresi içinde, meslekleriyle ilgili mevzuata uygun olarak gerçekleştirecekleri mesleki faaliyetlerini yerine getirirken üçüncü şahıslara hata, ihmal ve kusurları sonucu verebilecekleri bedeni zararlara ilişkin ileri sürülebilecek zarar ve ziyan taleplerinin hukuksal sonuçlarına karşı; özel şartlar, mesleki sorumluluk sigortası genel şartları ve doktor mesleki sorumluluk sigortası klozu çerçevesinde, sigortalı, isteğe bağlı sorumluluk sigortası ile zorunlu sigortadan farklı olarak, yalnız tazminat sorumluluğunu değil, ceza sorumluluğunu yani kendisine karşı yöneltilen bir suçlamayı, hem doktorun hem de karşı tarafın yargılama giderleri dışında avukatlık ücretini, doktora karşı açılacak rücu davasının hukuksal sonuçlarını ve idari ve adli para cezasını, kararlaştırılmış cezai şartı da karşılayacaktır.

Doğal olarak isteğe bağlı mesleki sorumluluk sigortası doktorlar ve sağlık personelinin harcamalarını arttıracak ve kısa sürede sağlık sektöründe piyasanın yükselmesine neden olacaktır. Nitekim doktorun sorumluluk sigortasının önemi, doktor hatası sonucunda ödenen milyon dolarlık tazminatların Amerika'dan Türkiye'ye gelmesi dileği ile savunulmakta ve insan değeri bu bedellerle ölçülmektedir. Oysa sorumluluk sigortaları temelde hastanın değil, doktor ve sağlık kurumlarının zararını tazmin etmeye yöneliktir. Ortada bir zarar olma-

dığı, varsa bile kusurun olup olmadığı çoğu kez mahkeme yolu ile çözümlenmektedir. Uzun süren davalar süresince sigorta tazminatının ödenmemesi sigortacının çıkarına uygun düşmektedir. Oluşan zararın para ile değerlendirilmesinde veya bilirkişi ve yargıcın uygun bulacağı bir tazminatın saptanmasında paranın satın alma gücündeki belirgin oranda olumsuz değişimlerin etkileri de hesaba katılmak gerekir.¹⁴

Tıpsal kötü uygulamanın yol açtığı zararların hasta yararına 'hasta sigortası' ile yaklaşıma değinelim.

C. Hasta Sigortası

Doktorun mesleki sorumluluk sigortası ile sağlık zararlarına çözüm aramak işin özüne uygun değildir. En çok uygulanan Amerika'da bile modası geçmiştir. Yakınmalar artmakta ve doktorlar birliğince hazırlanan broşürlerde '*hiç kimse kazanmıyor*', '*herkes ödüyor*' feryadı ile bu sigortaya karşı çıkmaktadır. Çünkü doktorlar, hastaya en basit tanıyı koymaktan kaçınıyor ve gerekli gereksiz bir sürü test ve tahlil önermeyi yeğliyor. Muayene ücretleri ek harcamalar ve primlerle sürekli yükseliyor.¹⁵

Tıpsal kötü uygulamaya karşı hasta zararlarının karşılanması Amerika'da 1930'lu yıllarda başlar. Bu yıllardan günümüze modern tıbbın ve teknolojinin gelişmesine koşut zarar talepleri sürekli artmaktadır. Bu zararları karşılamak için başvurulmuş mesleki sorumluluk sigortasının ulaştığı maliyet Amerikan toplumunda taşınamaz olduğu daha 1980'li yıllarda tıp dergilerinin en önemli konusu olmuştur.¹⁶ Kusur sorumluluğunu temel alan mesleki sorumluluk sigortasının sonuçları şöyle açıklanmaktadır:

¹⁴ Bedi Yazıcı, "Doktorlara Sorumluluk sigortası", *İstanbul Tıp Fakültesi Bülteni*, 1990, s. 77-79

¹⁵ Ülkemizde özel sağlık sigortasının zarar etmesi de aynı nedenler geçerlidir. Bkz. Noyan Doğan, *Radikal*, 6 Kasım 2010.

¹⁶ Editor: Richard F. Gibbs, 1985 Ocak-Şubat sayısında *Legal Perspectives on Anesthesia* dergisinde Amerika'da kusur sisteminden kusursuzluk sistemine geçmenin zorunlu olduğuna, bu değişiklik yapılmazsa, aranan her türlü çözümüm kristal top falına bakmaktan öteye gidemeyeceğine işaret etmektedir.

'Zararlar, sağlık dağıtımın ayrılmaz bir parçasıdır. Çünkü tıp pür bilim değil, bir sanattır. Amerika'da yapılan tartışmalar doktorların kusurlu sorumluluk sistemi sürdükçe sorunun çözülemeyeceğinin tespitine dayanmıştır. Her ne şekil denenirse denensin, avukatların çıkarı, hakimler ve jüri üyelerinin gelecekte hasta adayı olabilecekleri endişesi düzenin sürmesinin önüne geçemeyecektir. Kusursuz, no-fault sistem tek çözüm yolu olarak görülmektedir. Bunun için her tedavideki işlemler ve veya eksikliklerle ortaya çıkan ve tazmin edilebilir ihmal ve şansızlık sonucu doğan zarar ayırımı yapılmalıdır. Halka 'sağlık hizmetleri sigortası' kavramıyla anlatılmalıdır. Bu olanak ancak sağlık hizmetlerinin devlet tarafından ele alınmasını ve tıbbın sosyalleştirilmesini getirecektir'.

Konu Avrupa ülkeleri arasında da canlıdır. Aynı yıllarda Almanya'da 'hasta sigortası' doktor sorumluluğuna alternatif bir çözüm olarak önerilmiş, genel koşulları düzenlenmiştir.¹⁷ Doktorun sorumluluğu konusunda hukukçu ve doktorlar tarafından birlikte kurulan çalışma grubunda tartışılmıştır. Doktorun kusura dayalı sorumluluğunun kanıtlanmasında ortaya çıkan güçlükler dolayısıyla konunun doktorun aydınlatma yükümüne çekilmesi sonucunu doğurur. Oysa çözüm zarar gören hastanın durumunu kolaylaştırmaya dönük olmalı ve hasta-doktor arasındaki çatışmayı azaltmaya yönelmelidir. Amaç hastanın ileri sürmediği ya da kanıtlayamayacağı için doktorun sorumluluğuna gidemediği durumlarda bile zararın giderilmesinin sağlanmasıdır. Zarar doğuran olaylarda doktorun hatası olan malpraktis mi yoksa operasyon komplikasyonu mu olduğuna karar vermek çok zordur. Tıp etiği ve uygulaması dikkate alınarak, kontrol mekanizmalarının kurulması ve işlem standartlarının ve ayırık durumların listelenmesi gerekir. Komplikasyon sonucu kaderin rol oynadığı durumlar açıkça belirlenmeli ve hastaya önceden bildirilmelidir.

Hukuksal yol iki türlü elde edilebilir. Birincisi (sorumluluk hukukunda) Yurttaşlar Yasası'nda değişikliğe gidilerek doktorun sorumluluğunu 'tehlike sorumluluğu' olarak düzenlemektir. Böyle bir çözüm yasa değişikliği gerektirir. Sakıncası doktoru ve katı sorumluluk ilkesiyle aradaki ilişkinin gerilmesine yol açmasıdır... Hasta yönünden ise, kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluğunu birbirinden ayrılması

¹⁷ Bkz. Von Karl H. Dinslage, "Patientenversicherung" VersR, 1981, Heft 13 (A) s. 310.

zor olduğundan, hasta her durumda doktorun kusurlu olduğunu peşinen kabul edecektir.

İkinci yol daha basittir. Yasa koyucuya gitmeden sigorta hukuku içinde bulunacak bir çözümdür. Hasta sigortasının uygulanması ile sigortanın doktorun üzerindeki ağırlığının giderilmesine katkı sağlayacaktır. Bu doktorun sorumluluk sigortası ile bu sigortanın yer değiştirme anlamına gelmez. Mesleki sorumluluk sigortası, doktorun kişisel korunmasını sağlar. İsteyen sağlık çalışanı kendi sorumlu olacağı durumlarda bu sigorta ile korunmayı sürdürecektir. Hasta sigortasında, hastanın talebi doktora karşı değil, sigortacıya karşıdır. Çünkü sigorta, doktorun sorumluluğunu değil, hastanın tedavi rizikosunu sigortalara.

Özel sağlık sigortaları ile '*hasta sigortasını*' birbirine karıştırmamak gerekir. Hastalık ve tedavi rizikoları farklıdır. Sağlık sigortasında kişi hastalık risklerine karşı, kamusal ya da özel sigorta ile korunur. Hastaların yakındığı; yüksek tedavi ücreti, sigorta kapsamı dışında kalan ödenmeyen masraf kalemleri ve belirlenen primi karşılayan güvence tutarının üstünde kalan hasarlar sağlık sigortalarının konusudur.

Hastanın tedavi rizikolarına karşı da bir sigortası olması gerekir. Hasta sigortası, bu eksikliği gidermek amacını taşır. '*Sigortacı, sigorta ettireni, kötü tedavi sonuçlarına karşı sigortalar*'. Policedeki tedavi rizikosunun doğmasında, kusur ya da kusursuzluğun önemi yoktur. Bu zarara örnek vermek için uygulamadaki '*kaza sigortalardan*' söz etmeliyiz. Hasta sigortası da '*tedavi kazasına*' denk düşer.

Tedavi rizikosunu kapsamı, 'tedavi önlemleri ve müdahaleler sonucunda sigortalının bedeninde ortaya çıkan veya neden olunan sağlık zararlarıdır. Bu sigortada birincil ve ikincil sınırlarının koyulması son derece önemlidir. Bu sistemde üç ayrı sigorta hasta yararına birlikte işlevini sürdürmektedir. İlk sigorta sağlık sigortasıdır, ikinci sigorta tedavi rizikosunu kapsayan hasta sigortasıdır. Üçüncü sigorta doktorun veya sağlık işletmecisinin sorumluluk sigortasıdır. Sağlık sigortası ve tedavi rizikosunu yüklenen hasta sigortası zorunlu olmalıdır. Genel sağlık sigortası genel hasta sigortası ile tamamlanmalıdır. Sorumluluk sigortaları seçimlidir. Doktorun kusur sorumluluğu yok edilmemektedir. Çünkü bunun için yasa değişikliği gerekir. Hastanın daha çok zarara uğradığı işletme kazaları, hastane mikrobiyolojisi ve kaçınılmaz sağlık zararları da sigorta konusu yapılarak, hastaya özen sağlam temelle-

re oturtulmakta, hastaya karşı tüm sağlık hizmetlerine yayılan bütünlüklü bir 'davranış sorumluluğu' sigortalanmaktadır. Giderek hasta doğan zararlar nedeniyle kusuru kanıtlamak zorunda kalmadan zararını giderme şansını yakalamaktadır.

Doktor hatasından çok, genel sağlık sisteminden doğan eksikliklerin zararları arttırdığı düşünüldüğünde ülkemizde, kamu ve özel sağlık hizmetlerinin sunucusu olan kurumların finanse edeceği hasta sigortası genel koşullarının düzenlenmesinin önemi açıktır.

KAYNAKLAR

- Bedi Yazıcı, "Doktorlara Sorumluluk sigortası", *İstanbul Tıp Fakültesi Bülteni*, 1990, S. 77-79.
- Tennur Koyuncuoğlu, *Türk Hukukunda Doktorun Özel Hukuk Sorumluluğunun Hukuksal Temeli, (Özel Teksir) İstanbul*, 1980 *Milliyet*, 21 Eylül 2010.
- Noyan Doğan, *Radikal*, 6 Kasım 2010.
- Richard F. Gibbs, 1985 Ocak-Şubat sayısında, *Legal Perspectives on Anesthesia*.
- Von Karl H. Dinslage, "Patientenversicherung" *VersR*, 1981, Heft 13 (A).
- Zeynel Abidin Kaplan, *Radikal İki*, 10 Ekim 2010.

KONSORSİYUM SÖZLEŞMESİ

CONSORTIUM CONTRACT

Turan ŞAHİN*

Özet: İçerisinde bulunduğumuz yüzyılda teknolojiadaki hızlı gelişmeler ve modernleşme doğrultusunda otoyollar, hızlı raylı sistemler, devasa havaalanları, barajlar vb. yatırımların icrası söz konusu olmaktadır. Ancak bu ve benzer yatırımların tek bir kişi veya şirket tarafından gerçekleştirilmesi mümkün olamamaktadır. Anılan bu yatırımların yapılması çok büyük ekonomik gücü gerektirdiği gibi teknik bilgi ve uzmanlığı da gerektirmektedir. Bu bağlamda kişi veya şirketler bir ortaklık kurmak ve riski paylaşmak suretiyle yükledikleri işin üstesinden gelmektedirler. Bu noktada kurulan ortaklıklar hukuk literatürüne konsorsiyum ve Joint Venture kurumlarını kazandırmıştır.

Anahtar Sözcükler: Konsorsiyum, joint Venture, konsorsiyum lideri, adi ortaklık, müteselsil sorumluluk.

Abstract: Within the century in the line with rapid developments in technology and modernization, execution of investments in highways, rapid rail systems, huge airports, dams, etc. are concerned. However, these and similar investments are impossible to be achieved by one person or company. These investments in question require the enormous economic power as well as technical knowledge and expertise. In this context, people or companies can overcome the work that they undertake by establishing a partnership and sharing risk. Thereby the concepts of consortium and joint venture have been prescribed by law in accordance with those partnerships.

* Turan Şahin, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı araştırma görevlisi.

Keywords: Consortium, joint venture, consortium leader, ordinary partnership, successive responsibilities.

GİRİŞ

Hukukumuzda ayrıntılı bir biçimde düzenleme alanı bulmayan konsorsiyumlar, konsorsiyum sözleşmesi ile kurulmaktadır. Konsorsiyum sözleşmesi Borçlar Kanunu'nda düzenlenmediği için isimsiz bir sözleşmedir. Bu çalışmada konsorsiyum sözleşmesinin tanımı, türleri ve özellikleri üzerinde durulduktan sonra konsorsiyumlarda adi ortaklık ilişkisinin varlığı incelenecektir. Daha sonra konsorsiyum ile çoğu zaman aynı müessese olduğu ileri sürülen Joint Venture'ın karşılaştırması yapılacaktır. Bunlardan başka konsorsiyum sözleşmesinde bulunan unsurlara değinilecek ve konsorsiyum sözleşmesinde tarafların sorumluluklarının neler olduğu değerlendirilecektir. Son olarak ise konsorsiyum sözleşmesinin sona ermesi incelenecektir.

I. KONSORSİYUM SÖZLEŞMESİ

A. Tanımı

Konsorsiyum kelimesi köken itibariyle latinedeki '*consortium*' veya '*consortio*' kelimelerinden gelmekte olup birlik, katılım, ortak mülkiyet gibi anlamlara gelen bir kavramdır.¹ Konsorsiyum, iki veya daha çok gerçek ya da tüzel kişiden her birinin belli bir işi yapmak maksadı ile ortaklaşa taahhüt etmiş oldukları işin bir bölümünün yerine getirilmesinin sorumluluğunu diğerlerinden bağımsız olarak yüklenmek suretiyle katkılarını birleştirmeleridir.² Bir başka tanıma göre³ konsorsiyum belirli bir veya birkaç ticari işi gerçekleştirmek ve bun-

¹ Acar Hakan, *İnşaat Sektöründe Konsorsiyum Sözleşmeleri*, Doktora Tezi, İstanbul 2000, s. 7.

² Tekinalp Gülören / Tekinalp Ünal, "Joint Venture, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 162; Korkut Ömer, "Türk Hukuku Bakımından Ortak Girişim (Joint Venture) ve İş Ortaklığı, *Legal Hukuk Dergisi*, Nisan 2007, s. 1164.

³ Kaplan İbrahim, *İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı-Joint Venture*, Ankara 2007, s. 37; Yapılan bu tanım konsorsiyumu ticari işlere özgü kılması ve kazanç elde etme amacına yer vermesi bakımından hatalıdır. Çünkü bu unsurlar bütün konsorsiyumlar açısından örneğin oy konsorsiyumları açısından söz konusu değildir (Barlas Nami, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, İstanbul 1998, s. 174).

dan kazanç elde etmek için birden fazla teşebbüsün meydana getirdiği, adi şirket niteliğinde akdi bir birleşmedir.

Konsorsiyumda her gerçek veya tüzel kişi yüklenilen işin sadece bir bölümünün yerine getirilmesinden sorumludur. Örneğin bir havaalanı inşasını yüklenmek isteyen üç şirketten birisi havaalanı binasının yapımı, diğeri havaalanı içerisindeki yolların yapımı bir diğeri ise altyapının yapılması konusunda uzmandırlar. Bu üç şirket havaalanı ihalesini açan kurum ile yapacakları sözleşmede her biri işin kendi uzmanlık alanını ilgilendiren kısmı açısından taahhüt altına girerler ve yalnızca o kısmın sorumluluğunu üstlenirler. Bu üç şirket tek başlarına bir varlık gösteremeyecekleri için, kendi aralarında yaptıkları konsorsiyum sözleşmesi ile bir araya gelerek bir grup oluştururlar ve ihaleye grup olarak katılırlar. Anılan bu üç şirket arasındaki ilişki ise konsorsiyum teşkil eder.

Konsorsiyumlar hukukumuzda ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş değildir. Ancak yürürlükten kaldırılan eski 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun 38. maddesinde bend 4 ve 5/a hükümlerinde bankalarca "...konsorsiyum şeklinde verilecek teminat mektupları..."ndan bahsedilmiştir. Ancak söz konusu kanunu ilga eden gerek 4389 sayılı Bankalar Kanunu gerekse bu kanunu da ilga eden 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda bu konuya ilişkin bir hüküm söz konusu değildir. Bunun yanında iş ortaklıklarına ilişkin kurallar içeren 31 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin 1. maddesinin (b) bendinin 2. fıkrası hükmünde konsorsiyum bahsi yer almaktadır. Bu hükme göre; *"her ortağın işin belli bir bölümünün yapımını taahhüt ettiği konsorsiyumlar, iş ortaklığı tanımı dışında kalmaktadır. Bu tür ortaklıklarda (konsorsiyum) her bir ortağın yapacağı işin taahhüt sözleşmesinde açıkça belirtilmesi zorunludur. Ancak taahhüt sözleşmesinde belirtilmemekle beraber, ortakların kendi aralarında yapacakları mukavele ile her bir ortağın yükleneceği işin belirlenmesi ve işveren idarece de bu mukavelelerin kabulü halinde iş ortaklığı söz konusu olmayacak, bu tür ortaklık konsorsiyum olarak adlandırılacaktır."*

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesinde ortak girişimin, ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları ifade ettiğine ilişkin bir düzenleme söz konusudur. Yine aynı Kanun'un 14. maddesinde de konsorsiyum üyelerinin hak ve sorum-

luluklarını ayırarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımları yapmak üzere ortaklık yaptıklarından bahsedilmektedir.

B. Özellikleri

Hukukumuzda açık bir biçimde düzenleme alanı bulmayan konsorsiyum ilişkisinin temel özellikleri olarak şunlar söylenebilir. İlk olarak konsorsiyum ilişkisi bir sözleşmeye (konsortialvertrag) dayanır. Bu sözleşmenin tarafları gerçek kişiler olabileceği gibi tüzel kişiler de olabilir. Konsorsiyum sözleşmesinin tarafı olacak olanların tacir olması zorunluluğu yoktur.⁴

Konsorsiyum sözleşmesi Borçlar Kanunu'nda açık bir biçimde düzenlenmediği için isimsiz bir sözleşmedir. Konsorsiyum sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekle tabi değildir. Sözleşme yazılı olarak yapılabileceği gibi sözlü olarak da yapılabilir. Ancak yapılacak olan işlerin ekonomik açıdan büyüklüğü dikkate alınırsa sözleşmenin uygulamada sözlü olarak yapılmasına pek de rastlanılamayacaktır. Konsorsiyumda ortak amaç esas olarak iktisadi niteliktedir. Bununla beraber amacın yalnızca kazanç elde etmek olması ve bunun paylaşımına dönük olması şart değildir. Nitekim oy konsorsiyumlarında durum böyledir.⁵

Konsorsiyum belirli bir veya birkaç iş için oluşturulur. Bu bağlamda konsorsiyumun amacı mahiyet itibariyle süreklilik arz etmemektedir.⁶ Bu noktada konsorsiyuma geçici ortaklık da denilebilir.⁷ Ancak bazen nadiren de olsa amaç süreklilik arz edebilir. Örneğin süre veya toplantı bazında sınırlama olmaksızın belirli bir konuda daima aynı yönde oy kullanmanın kararlaştırıldığı oy konsorsiyumlarında durum böyledir.⁸

⁴ Barlas, s. 176.

⁵ Barlas, s. 176.

⁶ Kaplan, s. 20; Aksoy Mehmet Ali, *Ortak Girişimler ve Konsorsiyum Sözleşmeleri*, YLT, Ankara 2005, s. 69.

⁷ Barlas, s. 176.

⁸ Barlas, s. 177; Ancak bu tarz bir konsorsiyumda da (daima aynı yönde oy kullanılmasına ilişkin konsorsiyumda) kişi özgürlüğü hukuka aykırı bir şekilde sınırlandırıldığı gerekçesiyle sözleşmenin butlanla batıl olması ve geçersizliği gündeme gelebilecektir.

Kurulan konsorsiyumun işlerini sevk ve idare yetkisi, sözleşme veya karar ile konsorsiyum ilişkisine katılan ortaklardan birine bırakılır ki bu ortağa konsorsiyum lideri (konsortialführer) denir. Bu konsorsiyum lideri yönetim yetkisinin yegane sahibidir. Konsorsiyumu oluşturan diğer ortakların yönetime doğrudan katılma ve müdahalede bulunma hakları söz konusu değildir. Bununla birlikte yönetim yetkisinin aynı anda birden fazla ortağa verilmesi de mümkündür. Bu halde ortaya 'eş liderlik' çıkmaktadır.⁹

Konsorsiyumu temsil yetkisi konsorsiyum liderine aittir. Liderin bu temsil yetkisini icra biçimi, konsorsiyumun ne tarzda yapılandırıldığına bağlıdır. Konsorsiyum bir dış ortaklık biçiminde yapılmış ise lider, konsorsiyumun diğer üyeleri adına ve hesabına hareket eder. Böylelikle konsorsiyumun varlığı ve işlemin konsorsiyum ile yapıldığı üçüncü kişiler nezdinde de bilinir. Buna karşılık konsorsiyum sadece bir iç ortaklık ilişkisi biçiminde ise ki bu çok nadir bir durumdur, o halde lider dışa karşı işlemi kendi adına fakat iç ilişkide konsorsiyum hesabına gerçekleştirir (dolaylı temsil); bu halde işlemde doğan hak ve borçlar ilk etapta ve doğrudan doğruya liderin üzerinde doğar.¹⁰

Konsorsiyumda çoğu kez ortakların birlikte (paylı veya elbirliğiyle) mülkiyetine tabi bir ortaklık malvarlığı bulunmaz. Konsorsiyum ortakları, işleme konu ekonomik değerler (örneğin, kredi konsorsiyumlarında borçluya karşı doğan kredi alacağı; emisyon konsorsiyumlarında pazarlanan kıymetli evrak) üzerinde kendi payları oranında bireysel mülkiyet hakkına sahiptirler.¹¹

İfade edilen bu bilgiler ışığında konsorsiyumun ayırıcı ve en önemli özelliğinin konsorsiyumun belirli bir veya birkaç iş için kurulması ve mahiyet itibarıyla süreklilik arz etmemesi söylenebilir.

C. Türleri

Konsorsiyum, geçici ortaklık karakterinin ve günümüzün oldukça zengin çeşitliliğe sahip ekonomik, ticari ve mali ilişkilerinin etkisiyle

⁹ Barlas, s. 177.

¹⁰ Kohler, s. 92 (Barlas, s. 178'den naklen).

¹¹ Fischer, s. 180 (Barlas, s. 179'dan naklen).

çok çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir. Bu açıdan konsorsiyumun türlerini tümüyle ortaya koymak ve sınırlandırmak mümkün olmamaktadır. Bununla beraber uygulamada sıkça rastlanan ve artık bir 'tip' halinde özel olarak ele alınan konsorsiyum ilişkileri de mevcuttur. Bunlardan bir tanesi emisyon konsorsiyumlarıdır. Emisyon konsorsiyumlarında, bir kuruluşun (çoğu kez anonim şirketin) ihraç edeceği hisse senedi ve tahvillerin sadece tedavüle çıkarılması ya da hem tedavülünün sağlanıp hem de bizzat konsorsiyumca üstlenilerek üçüncü kişilere plase edilmesi amacıyla bankaların bir sözleşme ile bir araya gelmeleri söz konusudur.¹²

Konsorsiyumun bir diğer türü kredi konsorsiyumlarıdır. Bu tür konsorsiyumlarda büyük bir kredinin birden fazla banka tarafından birlikte temini amaçlanır. Kredi konsorsiyumlarının normal halinde konsorsiyum lideri, kredinin tamamını kredi kullanıcısına kendisi vermekte ve kredi geri ödemesini de yalnızca kendisi tahsil etmektedir. Ancak gerek tahsis olunan kredi tutarını gerekse kredi kullanıcısının yaptığı kredi geri ödemesini iç ilişkide diğer konsorsiyum ortakları ile paylaşır. Bu şekilde risk dağıtılmış olmaktadır. Bu çeşit kredilere gerçek konsorsiyal kredi denir.¹³ Buna karşılık gerçek olmayan konsorsiyal kredide konsorsiyum ortakları, konsorsiyum sözleşmesine göre kendi paylarına düşen oranda krediyi eş içerikli ama birbirlerinden bağımsız sözleşmelerle ile kredi kullanıcısına vermekteler ve bu orana karşılık gelen kredi geri ödemesini de kendileri tahsil etmektedirler. Bu durumda konsorsiyum liderinin görevi kredinin teminini ve geri ödemesini denetlemekten ibarettir.¹⁴

Bir başka konsorsiyum türü ise oy konsorsiyumlarıdır. Oy konsorsiyumlarında bir ortaklığın pay sahipleri müşterek bir amaca ulaşmak için oy haklarını belirli bir yönde kullanmak veya kullanmamak üzere anlaşmaktadırlar. Oy konsorsiyumları sadece bir toplantıdaki belirli bir gündem maddesine yönelik olarak yapılabileceği gibi genel ve süreklilik arz edecek şekilde de yapılabilir. Konsorsiyum ortaklarının ne yönde oy kullanacakları, baştan konsorsiyumu oluşturan sözleşmede belirlenebileceği gibi sonradan belirlenmek üzere ileriye de

¹² Barlas, s. 180.

¹³ Barlas, s. 181.

¹⁴ Barlas, s. 182.

bırakılabilir.¹⁵

Konsorsiyum her zaman yapma edimi şeklinde gerçekleşmeyebilir. Bazen de yapmama edimi şeklinde ortaya çıkabilir. Buna örnek olarak *'alacağın tahsili için harekete geçmeme konsorsiyumu'* verilebilir. Burada alacaklılar ödeme güçlüğü içerisinde bulunan borçluya karşı hemen harekete geçmeme noktasında ve ona belli bir süre tanıma hususunda aralarında anlaşırlar.

Alacağın tahsili için harekete geçmeme konsorsiyumunun bir ileri aşamasında ise karşımıza iyileştirme konsorsiyumları çıkmaktadır. Burada alacaklılar yalnızca alacağın tahsili yolunda, bir süre hareketsiz kalma konusunda anlaşmakla yetinmeyip, borçlunun ticaretini sürdürerek kazanç elde etmesi ve bu şekilde ödeme gücüne tekrar kavuşmasını sağlamak amacıyla anlaşırlar. Bu yardım borçluya yeni iş imkânları sağlama, kısa vadeli kredinin uzun vadeye dönüştürülmesi, alacağın bir kısmı itibariyle borçlunun ibrası şeklinde olabilmektedir.¹⁶

Yapı konsorsiyumları ise birbirinden bağımsız kişi veya kuruluşların, büyük bir yapı işini işverene karşı her biri işin belirli bir bölümünden sorumlu olmak üzere birlikte yapmak maksadıyla bir araya gelmelerini ifade eder.¹⁷ Yapı konsorsiyumları iş ortaklığı kurumu ile benzerlik taşır ise de bir salt sözleşmeye dayalı Joint Venture niteliğini taşıyan iş ortaklığından, konsorsiyum ortaklarınca işin sadece belirli bir bölümünün sorumluluğunun üstlenilmesi yönünden ayrılır.¹⁸

II. KONSORSİYUMLARDA ADİ ORTAKLIK İLİŞKİSİNİN VARLIĞI

Konsorsiyum doktrinde adi ortaklık olarak nitelendirilmektedir.¹⁹

¹⁵ Barlas, s. 183.

¹⁶ Barlas, s. 183.

¹⁷ Tandoğan Haluk, "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture)", *Batider*, C.XIII, S. 3-4, Y.1986, s. 83; Barlas, s. 183.

¹⁸ Barlas, s. 184.

¹⁹ Karayalçın Yaşar, *Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku*, Ankara 1973, s. 132; Yalman Macit/Taylan Erbay, *Adi Ortaklık*, Ankara 1976, s. 40; Tandoğan, s. 84; Kaplan, s. 37.

Bizimde katıldığımız üzere konsorsiyumun türü ve ana hedefi ne olursa olsun konsorsiyuma katılanlar arasında sözleşme bağına dayalı bir ortaklık ilişkisi kurulur ve bu ortaklık BK m. 520 vd. anlamında adi ortaklıktan başka bir şey değildir. Her ne kadar konsorsiyumlar kural olarak ortakların elbirliğiyle mülkiyetine tabi bir ortaklık malvarlığının mevcut olmaması ve ortakların müteselsil sorumluluklarının sözleşmeyle bertaraf edilmiş bulunması sebebiyle adi ortaklığın normal düzeninden sapmalar gösterse de bu rejimler kanunun emredici nitelik taşımayan, yedek hukuk kuralı niteliğindeki hükümlerinde yer almakta ve aksinin kararlaştırılması her zaman mümkün olmaktadır. Başka bir deyişle müteselsil sorumluluk ve elbirliğiyle mülkiyete tabi ortaklık malvarlığının bulunması adi ortaklığın varlığı bakımından zorunlu unsurlar değildir. Hal böyle olunca ifade edilen sapmalara rağmen ilişkinin adi ortaklık olarak nitelendirilmesi mümkündür. Konsorsiyumun adi ortaklık şeklinde yapılması adi ortaklığın esnek karakteri ve adi ortaklığa ilişkin kanun hükümlerinin sözleşme özgürlüğü ilkesine geniş uygulama alanı tanıyan yedek hukuk kuralları niteliğini taşıması sayesinde mümkün olabilmektedir.²⁰

Konsorsiyum adi ortaklık niteliği taşıdığına göre adi ortaklığa ilişkin BK m. 520 vd. hükümleri konsorsiyum hakkında doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Konsorsiyum sözleşmesinin hükümleri BK m. 520 vd. düzenlemesine (emredici nitelik taşıyanları hariç) nazaran öncelikle uygulanacaktır. Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise kanun hükümleri devreye girecektir.

III. JOINT VENTURE KAVRAMI, JOINT VENTURE'İN TÜRLERİ VE JOINT VENTURE'İN KONSORSİYUM İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Joint Venture Kavramı

Joint venture kelimesinin sözlük karşılığı riski müştereken yüklenmek, risk için birleşmektir. Joint venture, iki ya da daha fazla gerçek veya tüzel kişinin ortak bir kazanç elde etmek gayesiyle ve hukuki bir tüzel kişilik oluşturmaksızın, malvarlıklarını, emeklerini, bilgileri-

²⁰ Barlas, s. 184.

ni bir araya getirerek oluşturdukları birliktir.²¹

Bir başka tanıma göre ise joint venture; hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir işi ya da süreklilik arz eden bir faaliyeti, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık söz konusu olmaksızın gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmeleri ve o faaliyetin rizikolarını her biri müteselsil sorumluluk altına girmek suretiyle üstlenmeleridir.²²

Joint Venture'ın Türkçe karşılığı olarak genelde 'müşterek iş ortaklığı', 'ortak girişim' kavramları kullanılmaktadır. Yargıtay ise bir kararında²³ 'müşterek iş ortaklığı' terimini kullanırken, başka bir kararında²⁴ 'joint venture' terimini tercih etmiştir. Ancak son yıllardaki kararlarında 'ortak girişim' kavramının kullanımının yerleştiği görülmektedir.²⁵ 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 2/7. maddesinde²⁶ ise iş ortaklığı ibaresi kullanılmaktadır. İş ortaklığı tüzel kişiliği olsun ya da olmasın bütün ortaklıklar için kullanılan bir kavram iken, kendine özgü bir ortaklık türü olan joint venture için kullanılmasının doğru olmayacağı gerekçesiyle bu kullanım doktrinde eleştirilmektedir.²⁷ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesinde ise ortak girişim birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak ifade edilmektedir. Aynı Kanun'un 14. maddesinde ise ortak girişimlerin iş ortaklığı veya konsorsiyum şeklinde kurulabileceği düzenlemesi vardır. Ortak girişim iş

²¹ Acar, s. 22.

²² Barlas, s. 188.

²³ Yargıtay 13. HD, 02.10.1995 T. 1995/7761 E. 1995/8331 K. (YKD, Y.1996, C.XXII, S. 1, s. 55- 59)

²⁴ Yargıtay 11. HD, 30.03.1990 T. 1990/1595 E. 1990/3298 K. (YKD, Y.1990, C.XVI, S. 10, s. 1491- 1493)

²⁵ Yargıtay HGK, 08.10.2003 T. 2003/12- 574 E. 2003/564 K.; Yargıtay 15. HD, 11.02.2004 T. 2003/7121 E. 2004/647 K.

²⁶ "İş ortaklıkları: Yukarıdaki fıkralarda yazılı kurumların kendi aralarında veya şahıs ortaklıkları ya da gerçek kişilerle, belli bir işin birlikte yapılmasını ortaklaşa yüklenmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklardan bu şekilde mükellefiyet tesis edilmesini talep edenler iş ortaklıklarıdır. Bunların tüzel kişiliklerinin olmaması mükellefiyetlerini etkilemez."

²⁷ Akyol Şener, *Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri*, İstanbul 1997, s. 58.

ortaklığından daha geniş bir kavram olup, iş ortaklığı ortak girişimin özel bir türüdür.²⁸

Joint venture'ın temel özellikleri olarak genellikle tek iş için kurulma (bazen süreklilik arz eden faaliyetler içinde kurulabilir, örneğin sermayeye dayalı joint venture'de olduğu gibi), tüzel kişiliğin şart olmaması, amacın ortakların taahhüt edilen işi birlikte yerine getirmek ve kâr elde etme olduğu, ortakların hukuki ve ekonomik açıdan birbirinden bağımsız olduğu, ortakların joint venture adına yapılan işlerden dolayı müteselsilen sorumlu olduğu ve amacın gerçekleşmesi halinde veya öngörülen süre bitince joint venture'ın sona ereceği sayılabilir.²⁹

B. Joint Venture'ın Türleri

Joint venture'ı sözleşmeye dayalı joint venture ve sermayeye dayalı joint venture olarak türlere ayırmak mümkündür.³⁰

Sözleşmeye dayalı joint venture'da tarafların bir şirket kurmalarına gerek olmadığı gibi çoğu zaman bir organizasyona da ihtiyaç yoktur.³¹ Fakat organizasyonu gerekli kılan durumlarda mevcut olabilir.³² Salt sözleşmeye dayalı joint venture'da genellikle ortaklığa özel bir sermaye tahsis edilmez.³³ Müşterek amaca ulaşılması ortakların birleştirdikleri katkılarla mümkün olmaktadır.³⁴ Sözleşmeye dayalı joint venture genellikle tek bir iş veya kısa süreli taahhütler için elverişli bir modeldir. Fakat "tek iş" joint venture'ın bu türünde dahi

²⁸ Tekinalp/Tekinalp, s. 157.

²⁹ Korkut, s. 1154.

³⁰ Dayınlarlı Kemal, *Joint Venture Sözleşmesi*, Ankara 1999, s. 227; Korkut, s. 1157; Tekinalp/Tekinalp, s. 157; Öztürk Pınar, "Rekabet Hukuku Açısından Joint Venture'ların Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Oğuz İmregün Armağanı*, İstanbul 1998, s. 494.

³¹ Korkut, s. 1161; Tekinalp/Tekinalp, s. 156.

³² Örneğin iki mühendislik şirketinin Haliç'in temizlenmesi işini yüklenmek amacıyla joint venture oluşturmaları halinde bir organizasyona ihtiyaç söz konusudur. (Barlas, s. 194)

³³ Tekinalp/Tekinalp, s. 156.

³⁴ Tekinalp/Tekinalp, s. 156.

kavramsal açıdan zorunlu bir unsur teşkil etmemektedir.³⁵ Sözleşmeye dayalı joint venture ilişkisinde taraflar arasındaki ilişki adi şirket sözleşmesi niteliğindedir.³⁶ Burada ortaklar joint venture'ın borçlarından müteselsilen sorumludurlar. (BK m. 534)

Sermayeye dayalı joint venture'da çift katlı ve karmaşık bir yapı söz konusudur. Burada ilişkiye katılan taraflar önce aralarında bir joint venture sözleşmesi akdederek adi ortaklık niteliğini taşıyan bir ortaklık ilişkisi oluştururlar. Bunun ardından tüzel kişiliğe sahip bir ticaret şirketi³⁷ kurarlar veya zaten mevcut olan böyle bir ortaklığa katılırlar ve bu ortaklığı çeşitli özel-münferit sözleşmeler çerçevesinde sağladıkları katkılarla beslerler.³⁸

Sermayeye dayalı joint venture'da şu temel özelliklerin varlığından bahsedilir.

- İki veya daha fazla sayıda birbirinden ekonomik ve hukuki bakımdan bağımsız şirket mevcut olmalıdır.

- Bu şirketler gayelerine erişebilmek için bir yavru şirket kurmak veya mevcut bir şirkete ortak olmak isteğine sahip olmalıdırlar.

- Ana şirketler yavru şirketi gerek ellerindeki hisse senetleri yoluyla gerekse kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerle (oy sözleşmesi, esaslar sözleşmesi³⁹) kontrol ederler.

- Müşterek yavru şirket vasıtasıyla yeni bir pazarı ele geçirmekten, teknoloji yardımlaşması ve risklerin paylaşımına kadar çeşitli gayeler gerçekleştirilmek istenmektedir.

- Yavru şirket ana şirketlere bağımlıdır ve bu şirketlerin çıkarlarını korur.⁴⁰

³⁵ Barlas, s. 194; Aksoy, s. 8; Aksi yönde görüş için bkz. Akyol, s. 79.

³⁶ Dayınlı, s. 226.

³⁷ Kurulacak şirketin tüzel kişiliğe sahip olması şart değildir yönündeki görüş için bkz. Tekinalp/Tekinalp, s. 166.

³⁸ Barlas, s. 195.

³⁹ Joint venture sözleşmesi çoğu kez esaslar sözleşmesi diye anılır. (Tekinalp/Tekinalp, s. 166.)

⁴⁰ Yılmaz Lerzan, "Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Joint Venture Anlaşmalarının Yorumu ve Hukuki Düzenlemeye Kavuşturulması İhtiyacı, *Mahmut Refik Belik'e Armağan*, İstanbul 1993, s. 477; Öztürk, s. 495.

C. Joint Venture'ın Konsorsiyum ile Karşılaştırılması

Konsorsiyum sözleşmesi ile joint venture sözleşmelerinin aynı nitelikte sözleşmeler olup olmadığı noktasında fikir birliği söz konusu değildir. Türk Hukukunda konsorsiyum sözleşmesi ile joint venture sözleşmesinin farklı sözleşmeler olduğunu ileri sürenler bu ayırımı faaliyet alanına göre değil sorumluluk ve konu kriterine göre yapmaktadırlar.⁴¹

Barlas adi şirket joint venture ile konsorsiyumların birbirlerine çok yakın iki müessese olduğunu, ancak konsorsiyumda tarafların kendi üstlendiği sözleşme kısmından sorumlu olduğunu, joint venture'da ise ortakların girişimin tüm faaliyetinden dolayı müteselsilen sorumlu olduklarını ifade etmektedir.⁴² BK m. 534 hükmü "*hilafına mukavele edilmiş olmadıkça*" ortakların müteselsil sorumluluğunu düzenlemiştir. Bu nedenle tarafların Türk hukukunun adi şirketle ilgili hükümlerinden istifade ederek Barlas'ın belirttiği şekilde sorumluluk sistemi ve buna bağlı olarak konsorsiyum sözleşmesi oluşturabilmeleri için karşı tarafla yaptıkları anlaşmada bu tür sorumluluğu kararlaştırılmaları gerekir.⁴³

Acar, konsorsiyumlarda herhangi bir sermaye katılımı olmamasına rağmen, joint venture'larda sermaye ve iş gücü katılımı olmasının konsorsiyum ile joint venture arasındaki temel fark olduğunu ileri sürmektedir. Acar'a göre konsorsiyumlarda ortaklar herhangi bir sermaye katılım borcu altında değildirler, sadece kendisine düşen işin yapılmasından sorumludur.⁴⁴

Tekil, bir işin şirket kurma niyeti olmaksızın üstlenildiğini belirtmektedir.⁴⁵ Tekil'e göre iki sözleşme arasındaki asıl fark konsorsiyumda kâr gayesinin her zaman aranmamasına rağmen joint venture'da bu gayenin mutlaka mevcut olmasıdır.⁴⁶

⁴¹ Aksoy, s. 66.

⁴² Barlas, s. 194; Aynı yönde görüş için bkz. Korkut, s. 1164.

⁴³ Aksoy, s. 66.

⁴⁴ Acar, s. 29.

⁴⁵ Tekil Fahiman, *Şirketler Hukuku C.I*, İstanbul 1996, s. 78.

⁴⁶ Tekil, s. 78

Kanaatimizce yukarıda ifade edilen ve konsorsiyumu joint venture'dan ayırmaya yarayan kıstaslardan en önemlisi sorumluluğun müteselsil olup olmadığıdır. Konsorsiyumda ortakların müteselsil sorumluluğu söz konusu değildir.

Ortakların olağan sorumluluk rejimi açısından konsorsiyum adı ortaklığın normal düzenine oranla farklılık taşır. Üçüncü kişi ile yapılan sözleşmede, konsorsiyuma katılan ortakların müteselsil sorumlulukları bertaraf edilmektedir.⁴⁷ Kaldı ki konsorsiyumun yapısı da bunu gerektirir. Konsorsiyumda her bir ortak diğer âkide karşı sadece kendi yüklendiği iş kısmı bakımından sorumluluk altındadır. Şayet konsorsiyum ortakları diğer âkide karşı böyle bir paylaşım olmaksızın her biri işin tümünün ifasından sorumlu olmak üzere taahhüt altına girmekte iseler, bu halde ortada gerçek ve teknik anlamda bir konsorsiyum mevcut değildir. Bu çeşit ilişkiyi 'salt sözleşmeye dayalı Joint Venture'⁴⁸ veya müteselsil sorumluluğun hüküm sürdüğü diğer bir adi ortaklık modeli, hatta yalın halde bir adi ortaklık ilişkisi olarak nitelendirmek gerekir.⁴⁹ Bu noktada 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 14. maddesindeki "*iş ortaklığı anlaşma ve sözleşmesinde, iş ortaklığını oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin taahhüdün yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları, konsorsiyum anlaşma ve sözleşmesinde ise konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin, işin hangi kısmını taahhüt ettikleri ve taahhüdün yerine getirilmesinde koordinatör ortak aracılığıyla aralarındaki koordinasyonu sağlayacakları belirtilir.*" ifadesinden de yorum yolu ile konsorsiyum ortaklarının müteselsilen sorumlu olmadıkları çıkarılabilir. Çünkü kanun hükmünde iş ortaklığında ortakların müteselsil sorumluluğu açık bir şekilde kabul edilmişken, konsorsiyumda müteselsil sorumluluktan bahsedilmemiştir.

⁴⁷ Tekinalp / Tekinalp, s. 162; Barlas, s. 178; Konsorsiyumda ortakların müteselsilen sorumlu olduğu yönündeki görüş için bkz. Yılmaz, s. 481.

⁴⁸ Birden fazla müteahhidin iş sahibine karşı işin tümünün ifasından müteselsilen sorumlu olmak üzere bir büyük yapı işini birlikte yüklenmeleri halinde ilişkinin 'müteahhitler konsorsiyumu' olarak nitelendirilmesi kavram karışıklığı yaratmaktadır. Bu ilişki gerçekte bir konsorsiyum değil, salt sözleşmeye dayalı türden bir joint venture niteliği taşımaktadır. (Barlas, s. 178); Bu müessesenin müteahhitler konsorsiyumu olduğu yönünde görüş için bkz. Tandoğan, s. 57- 89.

⁴⁹ Barlas, s. 178- 179.

IV. KONSORSİYUM SÖZLEŞMESİNDE BULUNAN UNSURLAR⁵⁰

Sözleşmenin tarafları sözleşmede açıkça gösterilmelidir. Tarafların ticari ünvanları, şirket şekli, şirket merkezinin bulunduğu yer ve bu şirketlerin faaliyet konuları sözleşmede bulunması gereken unsurlardır.

Konsorsiyum sözleşmesinin amacı, tarafların gerek teklif, gerek ön görüşme, gerekse bir eser sözleşmesi söz konusu ise bu sözleşmenin ifası sırasındaki sorumluluk ve haklarının belirtilmesidir.⁵¹ Genellikle ortaklar konsorsiyum sözleşmesini; iş sahibine sunmak üzere ortak bir teklif hazırlamak, ön görüşme ve bunun başarılı olması durumunda iş sahibi ile eser sözleşmesi yapmak amacıyla yaparlar.⁵²

Konsorsiyum sözleşmesinde yer alması gereken önemli unsurlardan biriside iş sahibine yapılacak teklifin oluşturulması amacına dönük olarak her bir üyenin teknik ve mali sorumluluklarının neler olduğudur. Sözleşmenin hazırlanmasından sonra taraflardan biri diğerlerinden bağımsız olarak tek başına veya üçüncü kişilerle birlikte iş sahibine teklif verme hakkına sahip olmamalıdır. Yine hiçbir ortak aynı projeye ilgilenen bir başka grubun alt müteahhidi olarak hareket edemez. Taraflar sözleşmede işin kendilerine düşen kısmının yapılması hususunda bir yol haritası belirlemeli, bunu takvimlendirmelidir.⁵³

İş sahibi ile yapılacak olan görüşmelere kimlerin katılacağı, katılan ortağın diğerlerine görüşmeler hakkında bilgi vermesi gerektiği de sözleşmede yer almalıdır. Ayrıca sözleşme ile her bir ortağa, ihtiyaç duyulması halinde iş sahibi ile görüşme yapan lider firma ile gerekli özen içinde ortak ve çabuk hareket etme yükümlülüğü yüklenmelidir.

Yapılacak olan konsorsiyum sözleşmesinde ortakların ileride yapacakları işlerin paylaşımının nasıl olacağı düzenlenmelidir. Sözleşmede ortakların ileride yapacakları bu işlerin dağılımı detaylı ve bü-

⁵⁰ Konsorsiyumlar uygulamada çok yaygın ve baskın şekilde eser oluşturmak amacıyla kurulduğundan bizde konsorsiyum sözleşmesinde bulunması gereken unsurları özellikle eser sözleşmesi penceresinden bakarak inceleyeceğiz.

⁵¹ Acar, s. 74.

⁵² Acar, s. 75.

⁵³ Acar, s. 75- 76.

tün durumları içine alır şekilde yer almalıdır.⁵⁴ Burada zikredilmesi gereken bir husus da ortakların alt müteahhit seçimlerinde diğer ortakların rızalarının gerekip gerekmediğidir. Eğer böyle bir rıza gerekmiyorsa en azından diğer ortakların ilişkiye girilecek olan alt müteahhitlerin isimlerinin ve bunlarla ilgili diğer konularda bilgilendirilmesi ile ilgili hüküm konulmalıdır.⁵⁵

Konsorsiyum sözleşmesinde konsorsiyum üyeleri arasındaki mali konular da ayrıntılı düzenlenmelidir. Bu anlamda sözleşme konusu işin yapılması sonucu ortaya çıkacak toplam bedelin hesaplanması yöntemi ve prosedürü ile ilgili hükümler sözleşmede yer almalıdır.

Konsorsiyumlarda yönetim çoğu kez üyelerden birine bırakılmaktadır. Kendisine yönetimin bırakıldığı lider firmanın sorumluluk ve görevleri sözleşme ile belirlenmelidir. Lider firmanın görevi ticari ve teknik konulardaki koordinasyon ve temsile ilişkindir. Bu noktada lider firmanın temsil yetkisinin sınırları da tespit edilmelidir. Genel olarak lider firmanın diğer ortaklar adına sözleşme ya da hukuki ilişkiye girme yetkisi bulunmamaktadır. Ancak o konuyla ilgili ortağın sözleşme ile lider firmaya açık yetki vermesi durumu söz konusu ise bu halde lider firmanın temsil yetkisi vardır denilir.⁵⁶

Konsorsiyumda ortakların tamamının menfaatini ilgilendiren kararlar konsorsiyumun bütün taraflarının ortak rızasını gerektirir. (BK m. 524) Ancak bu hüküm emredici değildir. Dolayısıyla sözleşme ile çoğunlukla karar alınabileceği belirlenebilir.

Konsorsiyum sözleşmesinde ortakların sözleşme ile yükümlülük altına girdikleri borç şahsi niteliklidir. Ortakların teknik ve mali durumları diğer üyeler tarafından dikkate alınarak böyle bir işe kalkışılmıştır. Ortakların birbirlerine karşı güvenleri gerek sözleşmenin imzalanması gerekse sözleşmenin icrası aşamasında çok önemlidir. Dolayısıyla ortaklardan herhangi birinin hak ve yükümlülükleri üçüncü kişilere devretmesi mümkün değildir. Ortakların rızası olmaksızın yapılan böyle bir devir geçersiz olacaktır.⁵⁷

⁵⁴ Rosener, s. 100 (Acar, s. 77'den naklen)

⁵⁵ Acar, s. 77.

⁵⁶ Acar, s. 78.

⁵⁷ Acar, s. 83.

V. KONSORSİYUM ÜYELERİNİN SORUMLULUKLARI⁵⁸

A. Konsorsiyum Üyelerinin Birbirlerine Karşı Sorumlulukları ve Konsorsiyum Üyeleri Arasındaki Rücu İlişkisi

Türk hukukunda konsorsiyum sözleşmelerine adi ortaklığın uygulanacağı noktasında bir görüş birliği söz konusudur.⁵⁹ Bu bağlamda Borçlar Kanunu'nun adi ortaklığa ilişkin 520 ila 541. maddeleri niteliğiyle bağdaştığı oranda konsorsiyumlara da uygulanır. Söz konusu hükümler sözleşmede bu konuda düzenlenmeyen hallerde öncelikle uygulanır.

Konsorsiyum sözleşmesinde yüklenilen işin hangi kısmının kim tarafından yerine getirileceği açıkça belirtilir. Taraflardan her biri kendi yüklendiği işin gereği gibi ve tam ifasından sorumludur. Taraflardan birinin yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi ifa etmemeleri halinde diğer üyeler sözleşmeye dayanarak işin gereği gibi ifasını talep etmeye yetkilidir. Yapılan tüm ihtarlar rağmen borcunu yerine getirmeyen üyeye karşı mahkemeye başvuru yolu ile ifa talebi yöneltilebilir. Bunun yanında gecikmesinde sakınca olan hallerde, masrafları kusuruyla bu işi ifa etmeyen tarafa ait olmak üzere söz konusu iş başka bir üye tarafından ifa edilebilir.

Konsorsiyum üyeleri birbirlerine karşı objektif iyi niyet kurallarına uygun hareket etme borcu altındadırlar. (MK m. 2) Buradaki iyi niyet sadece makul ve şartların gerektiği şekilde davranmak değil, aynı zamanda o iş alanında gerekli olan örf adet ve genel ahlak kurallarına uygun hareket etmeyi icap ettirir. Konsorsiyum üyeleri sözleşmeyi tehlikeye atacak her türlü davranıştan kaçınmalıdır.

Konsorsiyum sözleşmesinde tarafların ortak hareket etme yükümlülüğü söz konusudur. Bu bağlamda ortak hareket etme yükümlülüğünün bir gereği olarak taraflar sözleşme ile yerine getirme borcu altına girdikleri ortak amacın gerçekleştirilmesi için diğer üyelerin işlerini gereği gibi ifa etmelerini sağlayacak her türlü faaliyeti yapmak zorundadır. Konsorsiyum üyeleri ortak amacın yerine getirilmesinde her

⁵⁸ Konsorsiyumlar uygulamada çok yaygın ve baskın şekilde eser oluşturmak amacıyla kurulduğundan bizde konsorsiyum sözleşmesinde bulunması gereken unsurları özellikle eser sözleşmesi penceresinden bakarak inceleyeceğiz.

⁵⁹ Barlas, s. 184; Dayınlarlı, s. 240.

türlü gayreti gösterecek ve diğer üyelerin işlerini yapmalarını engelleyici ya da geciktirici hareketlerden kaçınacaklardır. Bunun sağlanması için her bir üyenin, işin kendisine düşen kısmını zamanında sözleşmede belirlenen şekilde bitirme yükümlülüğü vardır. Geç ifa veya gereği gibi ifa etmeme diğer üyelerin işlerini geç yapmalarına neden olabilecektir.⁶⁰

Konsorsiyum sözleşmelerinde üyelerin sorumlulukları kendi yükledikleri iş kısmı ile sınırlıdır. Üçüncü şahısla yapılan sözleşmede konsorsiyuma katılan ortakların müteselsil sorumlulukları bertaraf edilmektedir.⁶¹ Kaldı ki konsorsiyumun yapısı da bunu gerektirir. Her ortak diğer âkide karşı yalnızca kendi üstlendiği iş kısmı için sorumluluk altındadır. Eğer konsorsiyum ortakları diğer âkide karşı böyle bir paylaşım olmaksızın her biri işin tamamından sorumlu olmak üzere taahhüt altına girmekte iseler bu takdirde ortada gerçek ve teknik anlamda bir konsorsiyum mevcut değildir. Bu ilişkiyi salt sözleşmeye dayalı joint venture veya müteselsil sorumluluğun hâkim olduğu diğer bir adi ortaklık modeli, hatta yalın halde bir adi ortaklık ilişkisi olarak nitelendirmek gerekir.⁶²

Bu noktada bir başka görüş konsorsiyumda üyelerin iş sahibine karşı sorumluluğunun aksi kararlaştırılmadıkça⁶³ müteselsil olduğu yönündedir.⁶⁴ Bu anlamda konsorsiyum ortaklarından biri ortak eser sözleşmesine aykırı davranırsa diğerleri BK.m.144'e⁶⁵ rağmen onun bu eyleminden müteselsilen sorumlu olurlar, zira her ortak sözleşmenin ifası bakımından diğerlerinin BK m. 100 anlamında yardımcısı sayılır. Ortakların haksız eylemleriyle iş sahibine birlikte verdikleri zarar için BK m. 50/1'e ve ortak yardımcılarının haksız eylemlerinden dolayı da BK m. 55'e göre sözleşme dışı müteselsil sorumlulukları ortaya çıkabilir. Buna karşılık bir ortağın ortaklıkla ilgili görevinin ifasıyla bağlan-

⁶⁰ Acar, s. 108- 109.

⁶¹ Barlas, s. 178; Tekinalp/Tekinalp, s. 162; Korkut, s. 1164.

⁶² Barlas, s. 178- 179.

⁶³ Aksi kararlaştırılmışsa alelade bir adi ortaklık veya salt sözleşmeye dayalı joint venture olacağı yönünde görüş için bkz. Barlas, s. 178; Aksoy, 91.

⁶⁴ Tandoğan, s. 83; Yılmaz, s. 481.

⁶⁵ Hilafına mukavele olmadıkça müteselsil borçlulardan biri kendi fiili ile diğer borçluların vaziyetlerini ağırlaştırılmaz. (BK m.144)

tılı olarak yaptığı haksız eylemden diğer ortaklar BK m. 55 uyarınca sorumlu tutulamazlar, zira ortaklar eşit durumda olup aralarında bağımlılık ilişkisi bulunmamaktadır.⁶⁶ Konsorsiyum üyelerinin iş sahibine karşı müşterek ve şahsi sorumluluğuna rağmen diğer üyelerin kendi fiiliyle zarara sebep olan üyeye karşı rücu hakları vardır. Üyelerin iş sahibine karşı müteselsil ve şahsi sorumluluğundan dolayı meydana gelen zararı tazmin etmek zorunda kalan üye, kusuruyla bu zarara sebep olan üyeden kendi ödemiş olduğu tutarın tazminini isteyebilir.⁶⁷

Kanaatimizce konsorsiyumda her üye kendi yüklendiği iş kısmı ile sorumludur. Bu noktada üyelerden birinin yüklendiği işi yerine getirmemesi halinde iş sahibi o üyeye başvurmak durumundadır. Bu üyenin işi yerine getirmemesi halinde diğer üyeler de kendi işlerini zamanında yerine getirememişler veya eksik yerine getirmişlerse bu noktada her bir üye iş sahibine karşı bir tazminat ödemek zorunda kalırsa kendi aralarındaki iç ilişki doğrultusunda diğer üyeden ödedikleri meblağı talebe yetkilidirler.⁶⁸

B. Konsorsiyum Üyelerinin İş Sahibine Karşı Sorumlulukları

1. Genel Olarak

Konsorsiyum üyeleri iş sahibine karşı işin kendi yüklendiği kısmı ile sorumludur. Üyelerden birinin yüklendiği işi yerine getirmemesi halinde iş sahibi o işi yerine getirmeyen konsorsiyum üyesine başvuracaktır.

2. Sözleşmenin Yürütülmesi Esnasında Konsorsiyum Üyelerinin Sorumlulukları

a. Konsorsiyum Üyelerinin İnşa Eserini Meydana Getirme ve Eseri Teslim Borcu

Eser sözleşmesinde müteahhidin ilk asli borcu sözleşmede belirtilen eseri meydana getirme borcudur. Nitekim BK m. 355'e göre müte-

⁶⁶ Tandoğan, s. 86.

⁶⁷ Acar, s. 118.

⁶⁸ Aynı yönde görüş için bkz. Aksoy, s. 91.

ahhit bir şeyin imalini borçlanır. Eser sözleşmesinde iş sahibi işin ifası sırasında bazı talimatlar verebilir. Bu talimatlar uygulamada genellikle lider firmaya yapılmaktadır. Lider firma ise işin o bölümünü yapacak olan üyeye talimatın içeriği hakkında bilgi verir.

Eser sözleşmesinde müteahhit işe zamanında başlamamışsa veya sözleşme şartlarına aykırı şekilde işi geciktirmişse yahut tahminlere göre işi zamanında bitiremeyeceği anlaşılıyorsa iş sahibi teslim için kabul edilen süreyi beklemeksizin sözleşmeyi feshedebilir. (BK m. 358/1)

Konsorsiyum üyelerinin eseri bizzat meydana getirme borcu vardır. BK m. 356/2'ye göre müteahhit üstlenmiş olduğu inşa eserini bizzat yapmaya veya kendi yönetimi altında başkasına yaptırmakla yükümlüdür. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetin önemi yok ise taahhüt edilen şey başkasına da yaptırılabilir. Konsorsiyum sözleşmelerinde de bu hükme uygun olarak inşa eserinin yapılmasında da işin başkasına yaptırılması mümkündür. Ancak işin tamamının bir alt müteahhide devredilmesi mümkün değildir.⁶⁹ Böyle bir durum esasen konsorsiyumun yapılış gayesiyle de bağdaşmaz. Çünkü konsorsiyum üyelerinin kendi aralarında uzmanlık alanlarına göre bir iş bölümü ilişkisi söz konusu olmakta ve iş sahibi de kişilerin uzmanlık alanlarındaki tecrübelerine bakarak işi onlara havale etmektedir.⁷⁰ Konsorsiyum sözleşmelerinde alt müteahhidin atanmasında diğer üyelerin izninin arandığı ve aranmadığı durumlara rastlanmaktadır. Diğer üyelerin izninin aranmaması halinde alt müteahhidin kim olduğunun ve hangi iş nedeniyle atandığının diğer üyelere bildirilmesi gerektiği konsorsiyum sözleşmelerinde genelde yer almaktadır.⁷¹

Konsorsiyum sözleşmesinde konsorsiyum üyesinin devir yetkisi sözleşmede açıkça kararlaştırılır veya işin niteliği itibariyle bir başkası tarafından da yapılmaya elverişli olmasına dayanır.⁷² Sözleşmede belirli işlerin alt müteahhide verilebileceği ya da verilemeyeceği belirtilir. Bu noktada sözleşmede bir açıklık yoksa devrin mümkün olup olmayacağı tarafların anlaşması ile belirlenir.

⁶⁹ Tandoğan, s. 80.

⁷⁰ Acar, s. 125.

⁷¹ Acar, s. 125.

⁷² Tandoğan, s. 78.

Bayındırlık işleri genel şartnamesinin 46.maddesinde müteahhidin üstlenmiş olduğu işi kısmen veya tamamen başkasına devredemeyeceği belirtilmektedir. Bu devrin gerçekleşebilmesi için birinci derece veya yetkili kılınan ikinci derece ita amirinin yazılı izni gereklidir. Müteahhidin izinsiz devir yapması halinde sözleşme bozulur. Bu bağlamda konsorsiyumda da kısmi bir devir söz konusu olacak ise yetkili makamdan izin almak ileride ortaya çıkacak anlaşmazlıkları önlemek açısından gereklidir.⁷³

Konsorsiyum üyesi işi alt müteahhide kendi ad ve hesabına yaptığı bir sözleşme ile devreder. Bu açıdan ikisi arasında asıl sözleşmeden bağımsız yeni bir sözleşme kurulur. Alt müteahhit asıl müteahhide karşı sözleşmede belirtilen işi yapmak ve ona teslimle yükümlüdür. Alt müteahhit karşısında iş sahibini değil asıl müteahhidi görür. Alt müteahhidin borcu konsorsiyum üyesi olan asıl müteahhide karşı söz konusu olur.⁷⁴ Konsorsiyum üyesinin işin bir kısmını alt müteahhide devretme yetkisinin bulunması halinde alt müteahhit konsorsiyum üyesinin yardımcı kişisi sayılır ve konsorsiyum üyesi bunların eylemlerinden dolayı iş sahibine karşı ancak bunları seçmekte veya talimat vermede kusurlu olması halinde BK m. 100'e göre sorumlu olur. Burada konsorsiyum üyesinin alt müteahhidi denetleme yetkisi olmadığından onun denetimdeki özensizlik nedeniyle sorumluluğu söz konusu değildir.⁷⁵ Burada asıl önemli nokta konsorsiyum üyesinin alt müteahhidi seçmede ve talimat vermede bir kusurunun olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağıdır. Başka bir deyişle bu gibi hallerde asıl müteahhit vekâlette caiz olan ikame halleri için BK m. 391/2'nin tanıdığı kurtuluş kanıtının kıyas yolu ile kendisine uygulanmasını isteyebilir mi?

BK m. 391/2 vekâlete özgü bazı gerekçelerle haklı gösterilen özel bir hükümdür ve bunun kıyasen işin alt müteahhitlere devri halinde de uygulanarak alanının genişletilmesi doğru olmaz. Alt müteahhit bağımsız nitelikte de olsa yine bir yardımcı kişidir. Bu sebeple asıl müteahhit, alt müteahhidin ve onun adamlarının eylemlerinden BK m. 100 uyarınca sorumlu tutulmalıdır. Böylece asıl müteahhit alt müteah-

⁷³ Tandoğan, s. 83.

⁷⁴ Tandoğan, s. 83.

⁷⁵ Tandoğan, s. 64.

hidin veya adamlarının sözleşmeye aykırı davranarak iş sahibine zarar vermeleri halinde ancak bu davranışta kendisi de bulunsaydı kusurlu sayılmayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.⁷⁶

Konsorsiyumda iş alt müteahhide bırakılmışsa bu halde iş sahibi ile alt müteahhit arasında herhangi bir ilişki söz konusu değildir. İşin yapılmasını isteme hakkı işi kendisine bırakan konsorsiyum üyesine aittir. İş sahibi de ücreti konsorsiyum üyesine öder. Ancak iş sahibi alt müteahhide karşı müteselsil borçlu sıfatıyla veya kefil olarak ücret ödeme borcunu yüklenmiş veya garanti etmişse alt müteahhide karşı ücret ödeme borcu doğar.⁷⁷ Böyle bir uygulama konsorsiyum sözleşmelerinde genelde görülmez. Konsorsiyumun her bir üyesi kendi alt müteahhidiyle doğrudan ilişkiye girer ve yapılacak ödemelerden dolayı alt müteahhide karşı tek başına sorumludur.⁷⁸

Konsorsiyum sözleşmelerinde işin yapılması için gerekli olan aletler, iş makineleri, şantiye binası teminini konsorsiyum üyeleri gerçekleştirecektir. (BK m. 356/3)

Konsorsiyum sözleşmesinde işin bitirilmesi üyelerin borcunu ifa ettikleri anlamına gelmez. Sözleşmeye uygun olarak yapılan eserin iş sahibine teslimi de gerekir.

b. Sadakat ve Özen Borcu

Konsorsiyum üyeleri işi, iş sahibinin yararına olacak biçimde ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınarak yapmalıdır. Buna müteahhidin işi sadakatla ve özenle yapması denilir.⁷⁹ Bu sonuç vekâlet sözleşmesinde uygulanan BK. m. 390 hükmüne kıyasen çıkarılmaktadır.⁸⁰ Müteahhit bu borcuna uymazsa iş sözleşmesindeki işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallar gereğince iş sahibine karşı sorumlu olur. (BK m. 356/1)

⁷⁶ Tandoğan, s. 81.

⁷⁷ Tandoğan, s. 88.

⁷⁸ Acar, s. 128.

⁷⁹ Zevkliler Aydın/Aydoğdu Murat/Petek Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 1998, s. 332.

⁸⁰ Seliçi Özer, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul 1978, s. 86.

Konsorsiyum üyeleri işi yaparken genellikle iş sözleşmesinde işçinin göstermekle yükümlü olduğu derecede bir özen göstermek zorundadır. Konsorsiyum üyelerinin özen borcunun bir gereği de işi alırken, bu işin üstesinden gelebilecek bilgi, beceri, araç ve gereç gibi olanaklara sahip olup olmadığını ayrıca işin görülebilmesi için gerekli ön işlem ve hazırlıkların tamamlanıp tamamlanmadığını araştırmaktır.⁸¹

Konsorsiyum üyeleri işi yaparken iş sahibini üçüncü kişilere karşı sorumlu yapacak her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür.

c. Bildirim (İhbar) Borcu

Konsorsiyum üyeleri ortaya çıkan önemli hususları iş sahibine gecikmeksizin bildirme (ihbar) borcu altındadır. BK m. 357/3'e göre iş yapıldığı sırada iş sahibi tarafından verilen arsanın ya da malzemenin bozuk olduğu anlaşılırsa ya da yapımın gerektiğince ve düzenli bir biçimde yürümesini engelleyecek (örneğin grev gibi) durumları, gecikmeksizin iş sahibine bildirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğe hiç uymayan ya da zamanında uymayan konsorsiyum üyesi gecikmeden doğacak zarardan sorumludur.

4. Konsorsiyum Üyelerinin Borçlarını Yerine Getirmemeleri Halinde İş Sahibine Karşı Sorumlulukları

a. İş Sahibinin Sözleşmeden Erken Dönme Hakkı

BK. m. 358 bağlamında müteahhidin işe zamanında başlamaması veya sözleşmeye aykırı olarak işi geciktirmesi, ya da iş sahibine yüklenemeyecek gecikme nedeniyle bütün tahminlere nazaran eseri zamanında teslim edemeyecek olması halinde iş sahibi sürenin dolmasını beklemeksizin sözleşmeden dönebilir. Ancak bu hükmün konsorsiyum sözleşmesinde uygulanması bir farklılık arz eder. Konsorsiyumda işin kendisine düşen kısmına zamanında başlamayan ya da geciktiren üyeye lider firma tarafından öncelikle bir ihtar yapılır ve işe başlanması veya işin hızlandırılması istenir. Konsorsiyum üyesi ihtarın gereğini yerine getirmezse masrafları bu üyeden karşılanmak kaydı-

⁸¹ Zevkliler/Aydoğdu/Petek, s. 332.

la iş başka bir üye tarafından yerine getirilir.⁸²

b. Konsorsiyum Üyelerinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Müteahhidin iş sahibine karşı ayıba karşı tekeffül sorumluluğu BK m. 359-363 arasında düzenlenmiştir.

aa. Ayıba Karşı Tekeffülün Şartları

Konsorsiyum üyelerinin ayıba karşı tekeffül borcunun doğması için şu şartların gerçekleşmiş olması gerekir.

- Konsorsiyum üyelerinin sözleşme konusu eseri tamamlayarak iş sahibine teslim etmiş olması gereklidir. (BK m. 359/1)

- Teslim edilen eser ayıplı olmalıdır. Ayıp sözleşmede üzerinde anlaşılan niteliklerin veya lüzumlu vasıfların bulunmamasıdır.

- Ayıp iş sahibine yükletilememelidir. Nitekim bu husus BK m. 361'de ifade edilmiştir. Anılan maddeye göre yapılan şeyin kusurlu olması müteahhidin açıkça beyan ettiği bildirimde aykırı olarak iş sahibinin verdiği emirlerden kaynaklanmış bulunur veya her hangi bir sebeple iş sahibine isnadı kabil olursa, iş sahibi o şeyin kusurlu olmasından doğan hakları kullanamaz.

- İş sahibinin haklarını kullanmasının tabi olduğu zamanaşımı süresi BK m. 363/1'de ifade edilmiştir. Buna göre yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, alıcının haklarının tabi olduğu zaman aşımına tabidir. Fakat gayrimenkul inşaata ilişkin kusurlardan dolayı iş sahibinin müteahhide ve inşaata iştirak eyleyen mimar ve mühendise karşı talepleri teslim tarihinden itibaren beş yıllık zamanaşımına tabidir. (BK m. 363/2) Bu bağlamda genelde inşaat sektöründe başvuru konsorsiyum sözleşmelerinde de sözleşmede aksine bir düzenleme olmaması halinde iş sahibinin hakları beş yıllık zamanaşımına tabidir. Fakat ayıplı ifanın müteahhidin ağır kusurundan ileri geldiği durumlarda kısaltmaya ilişkin anlaşmalar geçerli sayılacaktır.⁸³

⁸² Acar, s. 123- 124.

⁸³ Yavuz Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 1997, s. 486.

- BK m. 362/1'e göre yapılan şeyin açıkça veya zımnen kabulünü takiben müteahhit her türlü sorumluluktan kurtulur. Kabulün ayıba karşı tekeffülü sona erdirmesi yalnızca teslim anında açıkça görülebilen ayıplar hakkındadır. Gizli ayıplar bakımından ise müteahhidin sorumluluğu bakidir. Eğer iş sahibi kanunen tayin olunan muayene ve ihbarı ihmal ederse zımnen kabul etmiş sayılır (BK m. 362/2). Yapılan şeydeki kusur, sonradan meydana çıkarsa iş sahibi, vakıf olur olmaz keyfiyeti mütaahhide haber vermeğe mecburdur. Aksi takdirde iş sahibi eseri kabul etmiş sayılır (BK m. 363/3). Sözleşmede kanuni zamanaşımı süresinden daha uzun bir sürenin garanti süresi olarak verilmesi durumunda zamanaşımı süresinin garanti süresi kadar uzatıldığı kabul edilebilir.⁸⁴ DİK m. 87'de ise bu Kanun kapsamına giren işlerde ve ayıbın söz konusu olduğu hallerde zamanaşımı süresi şu şekilde düzenlenmiştir. *"Gayrimenkullerin yapım ve onarımlarında kesin kabul tarihinde itibaren beş yıl içinde malzemenin hileli olmasından veya yapım ve onarımın teknik icaplara uygun olarak yapılmamasından ortaya çıkan zarar ve ziyan, Borçlar Kanunu'nun 360. maddesi gereğince ve 363. maddesindeki sürede müteahhide ikmal ve tazmin ettirilir. İdareler beş yıllık sürede ortaya çıkacak zarar ve noksanları tespit ile gereğinin yapılması için durumu ilgili mercilere bildirmekle ödevlidirler. İşin nezareti kendine tevdi edilen mühendis, mimar ve memurlar hakkında da ayrıca bu kanununun 86.maddesi (disiplin ve ceza kovuşturması) uygulanır."*

bb. Ayıba Karşı Tekeffülden doğan Haklar

BK m. 360'da iş sahibinin ayıp halinde müteahhide karşı sahip olduğu haklar düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre bu haklar sözleşmeden dönme, ücretten indirim yapma ve ayıbın giderilmesidir. Ayrıca müteahhidin kusuru varsa iş sahibinin uğradığı zararın tazminini de isteme hakkı vardır.

aaa. Sözleşmeden Dönme Hakkı

BK m. 360/1'e göre iş sahibi eseri kabulden kaçınarak sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme

⁸⁴ Acar, s. 136.

geçmişe etkili olarak ortadan kalkar.⁸⁵

BK m. 360/3'e göre ise iş sahibinin arsası üzerinde yapılan eserlerde, özellikle yapılarda, bunların kaldırılması ve yıkımı çok masraflı olacaksa, iş sahibi sözleşmeden dönemez. Bu halde iş sahibi BK m. 360/2'ye dayanarak ayıbın giderilmesini veya ücretin indirilmesini isteyebilir.

bbb. Ücretten İndirim Yapılmasını İsteme Hakkı

BK. m.360/2'ye göre işin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması 360/1'deki derecede ehemmiyeti haiz değil ise iş sahibi, işin kıymetinin noksanı nispetinde ücretin indirilmesini isteyebilir. Bu hususta müteahhidin kusuru varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir. Görüldüğü üzere eserdeki ayıbın kabulden kaçınmayı haklı kılacak derecede önemli olmadığı durumlarda iş sahibi ücretin kıymet noksanı oranında indirilmesini isteyebilecektir.⁸⁶

Bu hakkın kullanılabilmesi için eserin tamamen değersiz olmayıp az da olsa değer taşınması gerekir. Eğer ayıplı eserin değeri yok ise iş sahibi sözleşmeden dönme yolunu seçmelidir. Aynı şekilde indirimin ücrete eşit olması durumunda da sözleşmeden dönme yolu seçilmelidir.⁸⁷

ccc. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı

BK m. 360/2'ye göre işin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması 360/1'deki derecede ehemmiyeti haiz değil ise iş sahibi eğer o işin ıslahı büyük bir masrafı mucip değilse müteahhidi tamire mecbur edebilir. Bu hususta müteahhidin kusuru varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir.

Madde uyarınca iş sahibi müteahhitten ayıbın giderilmesini isteyebilir. İş sahibi ayıbın giderilmesini isterse müteahhit, eserin sözleşmeye uygun ayıpsız hale getirilmesi için gereken her şeyi masrafı ken-

⁸⁵ Yavuz, s. 489.

⁸⁶ Seliçi, s. 166.

⁸⁷ Yavuz, s. 491.

disine ait olmak üzere yapmak durumundadır.

ddd. İş Sahibinin Tazminat İsteme Hakkı

Müteahhidin ayıplı bir eser teslim etmesi halinde iş sahibi, sözleşmeden dönme, ücretten indirim yapılmasını isteme, ayıbın giderilmesini isteme hakkı yanında tazminatta isteyebilir. Bunun için müteahhidin kusurlu olması ve iş sahibinin bunu ispatı gerekir. Bunun yanında iş sahibi ayıbı zamanında ihbar etmelidir. BK m. 360/2'ye dayanarak istenilecek tazminat yalnızca eserdeki ayıptan kaynaklanan bir tazminattır.⁸⁸

VI. İŞ SAHİBİNİN ÜCRET ÖDEME BORCU⁸⁹

İş sahibinin konsorsiyum üyelerine karşı olan en önemli borcu ücret ödeme borcudur. (BK m. 364-366) Esasen ücretin tespit usulü konsorsiyum sözleşmesi ile değil iş sahibi ile yapılan sözleşmede belirlenir. Uluslararası inşaat sektöründe çok farklı türde ücret belirleme usulleri öngörülmektedir.⁹⁰ Bunlardan özellikle anahtar teslimi inşaatlarda işin bir konsorsiyum tarafından yapılacak olması halinde en çok uygulanan tür, ücretin götürü usulde tespit edilmesidir.⁹¹

Götürü ücret, meydana getirilecek eser bedelinin önceden ve kesin olarak belirlenmesi anlamına gelir.⁹² Bu sebeple götürü ücret, inşaatın fiili maliyet masrafları ve yapılan işlerin miktarlarından bağımsız sabit bir ücrettir.⁹³ İnşaat maliyetini oluşturan işçilik ve malzeme masrafları sözleşmenin kurulması anında belirlenenden fazla veya az olsa bile bu ücret değiştirilemez.⁹⁴

⁸⁸ Acar, s. 140.

⁸⁹ Konsorsiyumlar uygulamada çok yaygın ve baskın şekilde eser oluşturmak amacıyla kurulduğundan bizde konsorsiyum sözleşmesinde bulunması gereken unsurları özellikle eser sözleşmesi penceresinden bakarak inceleyeceğiz.

⁹⁰ Acar, s. 141.

⁹¹ Acar, s. 141.

⁹² Zevkliler / Aydoğdu / Petek, s. 324.

⁹³ Baygın Cem, *Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler*, İstanbul 1999, s. 30.

⁹⁴ Kaplan, s. 130.

BK m. 365'de götürü ücret düzenlenmiştir. Maddeye göre *"Götürü pazarlık edilmiş ise, müteahhit yapılacak şeyi kararlaştırılan fiyata yapmaya mecburdur. Yapılacak şey, tahmin edilen miktardan fazla say ve masrafı mu- cip olsa bile, müteahhit bedelin arttırılmasını isteyemez. Fakat evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkal ederse hâkim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya tekarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheyler. Yapılacak şey, evvelce tahmin edilen miktardan daha az bir say ile vücuda gelmiş ise, iş sahibi bedeli tamamen vermeğe mecburdur."*

Madde bağlamında ücretin götürü olarak tespit edilmesi, meydana getirilecek eserin bedelinin önceden ve kesin olarak tespiti anlamını taşır.⁹⁵

BK m. 365/2 fıkrasına göre ise önceden tahmin edilemeyen veya tahmin edilip de iki tarafça dikkate alınmayan haller işin yapılmasına engel olur veya yapılmasını son derece zor hale getirirse müteahhidin başvurusu neticesinde hâkim ya bedelin artırılmasına ya da sözleşmenin feshine karar verebilecektir.

Konsorsiyum sözleşmelerinin konusunu teşkil eden büyük inşaat işlerinde genellikle işin belli kısımlarının ifasından sonra kısmi ödemelerde bulunulur. BK m. 364/2'de düzenlenen bu husus konsorsiyumda iş sahibi ile yapılan inşaat sözleşmesinde düzenlenmektedir. Sözleşmede iş sahibinin hangi dönemlerde ve ne oranda ödeme yapacağı doğrudan doğruya belirlenebileceği gibi bu konudaki mesleki teamül- lere de atıf yapılabilir.⁹⁶

Ücret alacağının muacceliyeti için işin ayıpsız ve sözleşmeye uygun biçimde teslimi lazım gelir. Ayıplı bir teslimin olması halinde iş sahibi sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediğini ileri sürmek veya ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmak imkânına sahiptir.

Konsorsiyum üyelerinin ücret alacağı muacceliyet anından itibaren beş yıllık zamanaşımına tabidir. Nitekim BK m. 126/4 düzenleme- sine göre *'müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi ye- rine getirmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş mey-*

⁹⁵ Yavuz, s. 491.

⁹⁶ Yavuz, s. 501; Acar, s. 145.

dana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün davalar beş yıllık zamanaşımına tabidir' hükmü söz konusudur.

Ücret alacağıının zamanaşımı süresi BİGS'ye tabi işlerde kesin hesabın çıkartılmasından itibaren işlemeye başlar. Kısmi ödemenin söz konusu olduğu hallerde bu ödememenin yapılmaması halinde konsorsiyum üyeleri işin diğer kısmını ifa etmekten ve işe devamdan kaçınabilir. Bu durumda ortaya bir zarar çıkarsa doğan zarara iş sahibi katlanır.⁹⁷ (BK m. 102/1) Fakat işin bırakılması ödenmemiş ücretin tutarına göre oransız bir tedbir olarak görülüyorsa bu durum hakkın kötüye kullanılması niteliği taşır ve bundan doğan zarara o konsorsiyum üyesi katlanır.

Konsorsiyum üyeleri ücretin ödenmemesi nedeniyle sözleşmeden dönerse üyeler sadece kullandığı malzemenin ve harcadığı emeğin karşılığını isteme hakkına sahiptir. Bunun dışında üyelerin MK.m.650 uyarınca mülkiyetin kendilerine geçirilmesini isteme hakkı yoktur.⁹⁸

VII. KONSORSİYUM SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ⁹⁹

A. Genel Olarak

Konsorsiyum sözleşmesinin sona ermesi normal olarak iş sahibi ile yapılan sözleşmede üstlenilen işin ifa edilmesiyle gerçekleşecektir. Konsorsiyum bir adi şirket olarak nitelendirildiği için adi şirkete ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde konsorsiyuma da uygulanabilecektir.¹⁰⁰

BK m. 535/1'e göre; *"Şirketin akdinde maksut olan gayenin elde edilmesi yahut elde edilmesinin imkânsız hale gelmesiyle"* şirket son bulur. Bu anlamda konsorsiyum sözleşmesi, iş sahibi ile yapılan sözleşme-

⁹⁷ Acar, s. 145.

⁹⁸ Yavuz, s. 502- 503; Acar, s. 145.

⁹⁹ Konsorsiyumlar uygulamada çok yaygın ve baskın şekilde eser oluşturmak amacıyla kurulduğundan bizde konsorsiyum sözleşmesinde bulunması gereken unsurları özellikle eser sözleşmesi penceresinden bakarak inceleyeceğiz.

¹⁰⁰ Barlas, s. 185.

de taahhüt edilen işin bitirilmesiyle yahut bitirilmesinin imkânsız hale gelmesiyle sona erer.

BK m. 535/2’de “*mirasçılar ile şirketin devamına dair evvelce yapılmış bir mukavele olmadığı halde şeriklerden birinin ölmesiyle*” şirket son bulur denilmektedir. Anılan madde konsorsiyumda uygulama alanı bulamamaktadır. Nitekim konsorsiyum sözleşmesinde taraflardan birinin ölümü halinde iş sahibinin de onayını alarak başka bir kişi ya da şirketin konsorsiyuma dahili mümkündür. BİGŞ, m. 52’de böyle bir durumda inşaat sözleşmesinin de sona ermeyeceği ve işin devam edeceği belirtilmektedir. Aynı maddede ölen ya da iflas eden firmanın lider firma olması halinde inşaat sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği fakat diğer üyelerin teklifte bulunması halinde inşaat sözleşmesinin devam edeceği ifade edilmektedir. Buna bağlı olarak konsorsiyumda ortadan kalkmış olmayacak ve varlığını sürdürecektir.¹⁰¹ Bu bağlamda ölüm ve iflas konsorsiyumu ortadan kaldıran bir neden değildir. Bunun yanında uluslar arası uygulamada konsorsiyum sözleşmelerinde konsorsiyum üyelerinden birinin işin kendisine düşen kısmını ifada acze düşmesi halinde konsorsiyumun lideri olan firmaya o iş ile faaliyet sahası aynı veya benzer nitelikte olan bir diğer üyeye, masrafları o işi ifada temerrüde düşen üye tarafından karşılanmak üzere, bu işin yerine getirilmesini isteme yetkisi veren hükümler konulabilmektedir. Konsorsiyumda böyle bir üye yok ise iş sahibinin de onayını alarak başka bir kişi ya da şirketin konsorsiyuma dâhili mümkündür.¹⁰²

Konsorsiyumlarda ortaklık malvarlığı bulunmadığından tasfiye söz konusu olmayacak ve dolayısıyla BK m. 535/3’de uygulanmayacaktır.

Konsorsiyumun belirli olmayan bir süre için oluşturulması mümkün olmadığından BK m. 535/6 hükmü de konsorsiyuma uygulanamayacaktır.

Konsorsiyumların sona ermesi Borçlar Kanunu’nun adi şirkete ilişkin hükümlerinden ziyade eser sözleşmesine ilişkin hükümlerine tabi olmaktadır.¹⁰³

¹⁰¹ Acar, s. 146.

¹⁰² Acar, s. 146.

¹⁰³ Acar, s. 147.

B. İşin Bitmesi Nedeniyle Sona Ermesi

Konsorsiyum sözleşmesi genelde bir inşa işinin yapılıp bitirilmesi amacıyla yapılmaktadır. Bu anlamda işin, iş sahibi ile yapılan sözleşme uyarınca tamamlanması ve yapılan işin iş sahibince kabulü ile sözleşme son bulur. (BK m. 535/1)

C. Haklı Nedenlerle Fesih

BK m. 535/7 de haklı sebeplerin varlığı halinde sözleşmede belirtilen süre sona ermeden de sözleşmenin sona erdirilebileceği belirtilmiştir. Eser sözleşmesinin sona erdirilmesini haklı kılabilecek sebeplerin varlığı halinde, konsorsiyum sözleşmesinin de haklı nedenle feshedilebileceği sonucuna varılabilir.¹⁰⁴ Çünkü konsorsiyum sözleşmesinin yapılmasındaki amaç belli bir işin yapılmasıdır. Bu sözleşmenin yerine getirilmesinin çeşitli nedenlerle mümkün olmaması veya çok zorlaşması halinde konsorsiyum sözleşmesinin de üyelerce sona erdirilebileceği kabul edilebilir.¹⁰⁵ Nitekim BK m. 365/2 buna imkân vermektedir. Önceden tahmin edilemeyen veya tahmin edilip de iki tarafça dikkate alınmayan haller işin yapılmasına engel olur veya yapılmasını son derece zor hale getirirse müteahhidin başvurusu neticesinde hâkim ya bedelin artırılmasına ya da sözleşmenin feshine karar verebilecektir. İnşaat sözleşmesinin bu hükme dayanarak konsorsiyum üyelerinin talebi üzerine hâkim tarafından feshedilebileceği açıktır. Bu durumda adi şirket niteliğinde olan konsorsiyumun sona erdirilmesi de mahkemenen istenebilecektir.¹⁰⁶ Fakat taraflar talepte bulunmasalar da inşaat sözleşmesinin bu nedenle feshi halinde, konsorsiyum sözleşmesi de konusuz kalacağından kendiliğinden sona erecektir.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Acar, s. 148.

¹⁰⁵ Acar, s. 149.

¹⁰⁶ Kaplan, s. 89.

¹⁰⁷ Dayınlı, s. 282.

D. İş Sahibinin Konsorsiyum Üyelerinin Zararlarını Tazmin Suretiyle Sözleşmeyi Sona Erdirmesi

Yapılan şey, bitmezden evvel iş sahibi yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve müteahhidin zarar ve ziyanını tam tazmin etmek şartıyla sözleşmeyi feshedebilir. (BK m. 369) Buna göre fesih hakkının kullanılabilmesi için işin henüz tamamlanmamış olması, iş sahibinin bunu müteahhide önceden bildirmiş olması ve müteahhidin uğradığı zararının ve yapılmış kısmın bedelinin ödenmesi gerekir.¹⁰⁸ Fesih iş sahibi ile yapılan eser sözleşmesini ileri etkili olarak sona erdirir.¹⁰⁹

E. Tarafların Anlaşması Yolu ile Sona Erme

İş sahibinin ve konsorsiyum üyelerinin karşılıklı olarak anlaşmayla eser sözleşmesini sona erdirmeleri mümkündür. Bu bağlamda konsorsiyum sözleşmesi de sona erecektir. Bu halde tarafların birbirlerinden tazminat isteyemeyecekleri ifade edilmektedir.¹¹⁰

SONUÇ

İki veya daha çok gerçek ya da tüzel kişiden her birinin belli bir işi yapmak maksadı ile ortaklaşa taahhüt etmiş oldukları işin bir bölümünün yerine getirilmesinin sorumluluğunu diğerlerinden bağımsız olarak yüklenmek suretiyle katkılarını birleştirmeleri olarak tanımlanan konsorsiyum hukukumuzda açık bir biçimde düzenlenmemiştir. Konsorsiyum üyeleri arasında konsorsiyum ilişkisini kuran konsorsiyum sözleşmesidir. Herhangi bir şekle tabi olmayan konsorsiyum sözleşmesi isimsiz bir sözleşmedir.

Konsorsiyum uygulamada sıklıkla Joint Venture ile karıştırılmaktadır. Konsorsiyum ile Joint venture arasındaki en temel fark, konsorsiyumda üyelerin müteselsilen sorumlu olmamalarıdır. Konsorsiyumda her bir üye karşı akide karşı sadece yüklendiği iş kısmı bakımından sorumludur. Konsorsiyumun ayırıcı ve en önemli özelliğinin konsor-

¹⁰⁸ Yavuz, s. 508.

¹⁰⁹ Yavuz, s. 508.

¹¹⁰ Yavuz, s. 503.

siyumun belirli bir veya birkaç iş için kurulması ve mahiyet itibariyle süreklilik arz etmemesi ve ortakların müteselsil sorumluluğunun bertaraf edilmiş olması söylenebilir.

Konsorsiyumda bir adi ortaklık söz konusu olmaktadır. Konsorsiyum adi ortaklık niteliği taşıdığına göre adi ortaklığa ilişkin BK m. 520 vd. hükümleri konsorsiyum hakkında doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Konsorsiyum sözleşmesinin hükümleri BK m. 520 vd. düzenlemesine (emredici nitelik taşıyanları hariç) nazaran öncelikle uygulanacaktır. Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise kanun hükümleri devreye girecektir.

Son zamanlarda sıklıkla uygulanır hale gelen konsorsiyumların açık bir kanuni düzenlemeye kavuşturulması bu kurumun uygulamasının daha da artırılması ve kurumun hukukumuzaya yerleşmesi açısından önem taşımaktadır.

KAYNAKLAR

- Acar, Hakan, İnşaat Sektöründe Konsorsiyum Sözleşmeleri, Doktora Tezi, İstanbul 2000.
- Aksoy, Mehmet Ali, Ortak Girişimler ve Konsorsiyum Sözleşmeleri, YLT, Ankara 2005.
- Akyol, Şener, Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 1997.
- Barlas, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998.
- Baygın, Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999.
- Dayınlarlı, Kemal, Joint Venture Sözleşmesi, Ankara 1999.
- Kaplan, İbrahim, İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı-Joint Venture, Ankara 2007.
- Karayalçın, Yaşar, Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, Ankara 1973.
- Korkut Ömer, Türk Hukuku Bakımından Ortak Girişim (Joint Venture) ve İş Ortaklığı, *Legal Hukuk Dergisi*, Nisan 2007, s. 1151- 1164.
- Öztürk, Pınar, Rekabet Hukuku Açısından Joint Venture'ların Değerlendirilmesi, *Prof. Dr. Oğuz İmregün Armağanı*, İstanbul 1998, s. 491-524.

- Seliçi, Özer, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul 1978.
- Tandoğan, Haluk, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture), *Batider*, C.XIII, S.3- 4, Y.1986, s.57-89.
- Tekil, Fahiman, *Şirketler Hukuku*, C.I, İstanbul 1996.
- Tekinalp, Gülören / Tekinalp Ünal, Joint Venture, *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı*, Ankara 1988, s. 143- 176.
- Yalman, Macit / Taylan Erbay,
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 1997.
- Yılmaz, Lerzan, Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Joint Venture Anlaşmalarının Yorumu ve Hukuki Düzenlemeye Kavuşturulması İhtiyacı, *Mahmut Refik Belik'e Armağan*, İstanbul 1993, s. 475-491.
- Zevkliler, Aydın / Aydoğdu Murat / Petek Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 1998.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT

T.1.10.2009
E.2009/67
K.2009/119

* Emeklilik ve istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan adli, idari ve askeri yargı hakim ve savcılarının; yüksek yargı ve bölge mahkemeleri hâkim ve savcılar ile raportörlerinin avukatlık edememe yasağını düzenleyen Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasının iptali.

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Trabzon 1. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 327. maddesiyle yeniden düzenlenen birinci fıkrasının, Anayasa'nın 10., 13. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I. OLAY

Dolandırıcılık suçundan açılan kamu davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II. İTİRAZ VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

“İtiraza konu olan yeni düzenlemenin, Anayasa Mahkemesi’nin 2001/309 Esas, 2002/91 karar ve 15/10/2002 tarihli kararlar, Anayasanın 10, 13 ve 48. maddelerine aykırı olduğundan oy birliği ile iptal etmiş olduğu fıkranın yeniden yasallaştırılmış hali olduğu ve bu haliyle ilgili fıkranın Anayasa’nın 10, 13 ve 48. maddelerine açıkça aykırı olduğundan ve ilgili yasanın sanık ve vekil arasındaki müdafilik ilişkisini düzenlemesi, dolayısıyla görülen davada uygulanan yasa niteliği taşıması da göz önüne alınarak, Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda değinilen 15/10/2002 tarih 2001/309 esas, 2002/91 karar sayılı kararının gerekçesinde belirtilen nedenlerle yürütmesinin durdurulması ve iptali için Anayasa’nın 152. maddesi ve 2949 sayılı Yasa’nın 28 maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesi’ne dava açılmasına karar verildi.”

III. YASA METİNLERİ

A. İtiraz Konusu Yasa Kuralı

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun itiraz konusu birinci fıkrayı da içeren 14. maddesi şöyledir:

“Emeklilik ve istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan adli, idari ve askeri yargı hakim ve savcılarının son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır. Yüksek yargı ve bölge mahkemeleri hakim ve savcıları ile raportörlerinin son beş yıl içinde münhasıran hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde, buralardan ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır.

Yukarıdaki fıkra hükmü Anayasa Mahkemesi üyeleri ve Yüksek Mahkemeler hakimleri hakkında da uygulanır.

Devlet, belediye, il özel idare ve Kamu İktisadî Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin kapsamına giren iktisadi devlet teşekkülleri ile kamu iktisadî kuruluşları ve bunların müessese, bağlı ortaklık ve iştiraklerinde, çalışanlar, buralardan ayrıldıkları tarihten itibaren iki

yıl geçmeden ayrıldıkları idare aleyhine dava alamaz ve takipte bulunamazlar.

Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve üyeleri, Milli Savunma Bakanlığı Askeri Adalet İşleri Başkanı, Askeri Adalet Teftiş Kurulu Başkanı, Genelkurmay Adli Müşaviri, sıkıyönetim adli müşavirleri ve sıkıyönetim askerî mahkemelerinde görevli hakim ve savcılar ile yardımcıları, başka hizmetlere atanmış olsalar bile anulan görevlerden ayrıldıkları tarihten itibaren üç yıl süre ile sıkıyönetim askerî mahkemelerinde avukatlık yapamazlar.”

B. Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 10., 13. ve 48. maddelerine dayanılmıştır.

IV. İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim Kılıç, Osman Alifeyyaz Paksüt, Sacit Adalı, Fulya Kantarcıoğlu, Mehmet Erten, Mustafa Yıldırım, A. Necmi Özler, Serdar Özgüldür, Şevket Apalak, Serruh Kaleli ve Zehra Ayla Perkaş'ın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, 16.9.2009 gününde oy birliğiyle karar verilmiştir.

V. ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2002 günlü, E.2001/309, K.2002/91 sayılı kararındaki gerekçelere atıf yapılarak Avukatlık Kanunu'nda 5728 sayılı Yasa'nın 327. maddesi ile yapılan değişiklikle çalışma hak ve özgürlüğünün ölçsüz biçimde sınırlandırılmasının demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilke-

siyle bağdaşmadığı, ayrıca kuralın, görev yapılan mahkeme ya da dairelerin sayısının veya yargı çevrelerinin genişliğinin farklı olması nedeniyle, meslekten ayrıldıktan sonra avukatlık yapmak isteyen hâkim ve savcılara getirilen avukatlık yapma yasağının kapsamındaki farklılıkların bu kişiler arasında eşitliğin bozulmasına yol açtığı, bu durumun da Anayasa'nın 10., 13. ve 48. maddelerine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

5728 sayılı Yasa'nın 327. maddesiyle değiştirilen Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesi ile emeklilik ve istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan adli, idarî ve askerî yargı hâkim ve savcılarının son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaklanmaktadır. Bu yasak, daha önce maddede sayılan meslek mensuplarının hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde, buralardan ayrıldıkları tarihten itibaren iki yıl süreyle avukatlık yapamamaları biçimindeyken, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin 4667 sayılı Yasa'nın 10. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrası ile getirilen düzenlemeyle, iki yıllık süre ay- nen korunmakla birlikte belirtilen kişilerin görev alanı daraltılarak son beş yılda hizmet gördükleri mahkeme ve dairelerin yargı çevrelerinde avukatlık yapmaları engellenmiş, ancak söz konusu kural Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2002 günlü, E. 2001/309, K. 2002/91 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. İtiraz konusu kuralın ikinci tümcesi ile yüksek yargı ve bölge mahkemeleri hâkim ve savcılarını raportörlerinin görev alanlarıyla ilgili olarak birinci tümcede kabul edilen "yargı çevresi" ölçütünden farklı bir düzenleme getirilmiş ve bu kişilerin son beş yıl içinde münhasıran hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde, buralardan ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapamayacakları hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 13. maddesine göre 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.

Anayasa'nın 48. maddesinde herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu belirtilirken çalışma özgürlüğü

için bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de itiraz konusu kuralla getirilen sınırlama, bu maddeden değil, Anayasa'nın mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini düzenleyen 138. maddesinden kaynaklanmaktadır.

Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan bağımsız yargı gücü, günümüzde temel hak ve özgürlüklerin olduğu kadar kamusal düzenin korunmasının da güvencesidir. Yargının bağımsızlığının amacı ise bireylere her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak kalınarak adaletin dağıtılacağı güven ve inancını vermektir. Bu bağlamda, Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen objektif bağımsızlık da yargılama çalışmalarında hâkimlerin hiçbir etki altında kalmamaları gereğine dayanmaktadır.

Taraflardan birinin davasını üstlenen bir avukatın kısa bir süre önce o mahkemede hâkim veya savcı olarak görev yapmış olması, karşı tarafta ve toplumda kuşku ve rahatsızlık yaratabilir. Yargıya bir etkinin yapılması kadar, yapılabilmesi olasılığı da adaleti olumsuz yönde etkileyerek sonuçta yargı bağımsızlığını zedeler.

Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Ne var ki bu sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur.

Yargı çevresi bir bölgeyi bazen de yüksek mahkemelerde olduğu gibi tüm ülkeyi kapsayabileceğinden, itiraz konusu kuralla kimileri için son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme ve dairelerin yargı çevresini, kimileri için de tüm ülkeyi kapsayacak biçimde getirilen yasaklamada öngörülen *"hizmet görülen mahkeme ve dairelerin yargı çevresi"* ve *"beş yıl"*lık süre ölçütleri, çalışma özgürlüğünün ölçüsüz biçimde sınırlandırılmasına yol açabilecek niteliktedir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Haşim Kılıç, Sacit Adalı, A. Necmi Özler ile Serruh Kaleli bu görüşe katılmamışlardır.

İtiraz konusu kural, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI. İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "*Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez*" denilmekte, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır. Maddenin beşinci fıkrasında ise, Anayasa Mahkemesi'nin, iptal halinde meydana gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlâl edici mahiyette görmesi halinde yukarıdaki fıkra hükmünü uygulayacağı belirtilmiştir.

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 327. maddesiyle yeniden düzenlenen birinci fıkrasının iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlâl edici nitelikte görüldüğünden, yeni yasal düzenleme yapılması amacıyla, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükmünün, kararın resmi gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 327. maddesiyle yeniden dü-

zenlenen birinci fıkrasının iptaline ilişkin hükmün süre verilerek yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu fıkranın yürürlüğünün durdurulması isteminin reddine, 1.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VIII. SONUÇ

A. 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 327. maddesiyle yeniden düzenlenen birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, Haşim Kılıç, Sacit Adalı, A. Necmi Özler ile Serruh Kaleli'nin karşıoyları ve oyçokluğuyla,

B. İptal edilen fıkranın doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükmünün, kararın *Resmî Gazete'*de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine, oybirliğiyle,

1.10.2009 gününde karar verildi.

KARŞI OY

2001 yılında 4667 sayılı Kanun ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun değiştirilen 14. maddesinde yer alan "*Emeklilik veya istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan adli, idari ve askeri yargı hakim ve savcılarının son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır.*" şeklindeki birinci fıkrası Anayasa Mahkemesi'nce 15.10.2002 gün ve 2001/309 E., 2002/91 sayılı kararı ile Anayasa'nın 13 ve 48. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiş, daha sonra Yasama organı 23.1.2008 gün ve 5728 sayılı Yasa ile 14. maddeyi yeniden düzenlemiştir.

Önceki düzenleme "*Yargı çevresi bazen bir bölgeyi ve yüksek mahkemelerde de tüm ülkeyi kapsar nitelikte olabileceği*" ifadesi ile çalışma özgür-

lüğünün ölçüsüzce sınırlandırıldığı gerekçesi ile iptal edilmiş, yasama organı da, karar gereğini yerine getirmek üzere 14. maddeyi yeniden düzenlemiş, yüksek yargı ve bölge mahkemelerinin hakim ve savcılarını ile raportörlerini yargı çevresi bünyesinden çıkarıp münhasıran hizmet gördüğü mahkeme veya dairelerle sınırlamak sureyle yasak alanı daralttığı görülmüştür.

Yargının kamusal düzenin korunmasının güvencesi olması nedeniyle, inancı ve güveni sarsacak, yıkacak, endişelendirecek her türlü etki ve baskıdan uzak, hakimlerin vicdani kanaatlerinin serbestçe oluşmasını sağlayacak tereddütlerin ortadan kaldırılmak gereği açıktır.

Mahkemenin önceki kararında, çalışma özgürlüğüne ölçüsüzce bir sınırlama getirildiği biçimindeki gerekçesinde yargı çevresinde çalışma alanını daralttığı düşünülen beş yıllık süre, sadece rakamın ifade ettiği süre yönünden değil, bu sürenin yargı çevresi kelimesinin bazen bir bölgeye, bazen de yüksek mahkemelerde olduğu gibi tüm ülkeyi kapsayabileceği ihtimali karşısında hakim ve savcılarının ayrıldığı alan mahkemesinde uzunca bir süre çalışmama sonucunu doğuracaktır.

Hal böyle iken, bu endişeyi ortadan kaldıran yeni düzenleme, beş yıllık yargı çevresi sınırlaması ile sanki önceki metnin aynısı gibi gözükse de, endişeyi izale eden bir ayırım getirerek yüksek yargı, bölge mahkemeleri savcı, hakim ve raportörlerinin beş yıl müddetle hiç çalışmama olasılığında uzaklaştıran “*münhasıran ayrıldığı, hizmet sürdüğü mahkeme ve daire*” demek suretiyle önceki ölçüsüz sınırlamayı adil şekilde ortadan kaldırmıştır. 14. maddenin 2. cümlesindeki sınırlama ise, mahkeme gerekçesinin gereğinin yerine getirilmesi ve demokratik bir düzende yargının zede almaması, toplumda oluşacak yanlış anlaşılmayı, rahatsızlığı ortadan kaldırmaya yöneliktir.

Beş senelik sürenin ölçüsüz geniş bir alan yarattığı söylenebilirse de, emekli ya da istifa gibi sebeple ayrılanlar yönünden görev alanı ve sayısı çok özel istisnalar hariç genelde ortalaması ikiyi geçmeyeceğinden yer yönünden alan sınırlaması ölçsüzlük olarak nitelenemez.

Emekli hakimın ayrıldığı yerde avukatlık yapmak istemesindeki öncelikler sayısız nedenlere dayalı olabilirse de, kamusal düzen ve yargıyı koruma önceliği bireysel çalışma özgürlüğünün sınırsızlığına engel olmayı gerektirecek demokratik bir zorunluluktur. Avukatlar

için sınırsız çalışma alanı var iken, meslek hayatının önemli bir süreci sayılamayacak olan son beş yıl içinde ve de sadece ayrıldığı yargı çevresi yönünden getirilen daraltmanın ölçüsüz denmesi mümkün değildir. Binlerce yargı çevresinden yalnızca iki ya da üçünde sadece iki yıl için getirilen çalışma yasağı mahkememizin önceki kararının gerekçesinden de anlaşılacağı gibi makul ve ölçülüdür.

Anılan gerekçeler ile karara muhalif kalınmıştır.

Başkan

Haşim KILIÇ

Üye

Sacit ADALI

Üye

A. Necmi ÖZLER

Üye

Serruh KALELİ

KARAR ANALİZİ: ANAYASA MAHKEMESİ VE HÂKİM TARAFSIZLIĞI -II-

Ozan ERGÜL

*“Kaadî ola dâvacı ve ol muhızır dahi şâhid
Ol mahkemenin hükmüne derler mi âdalet?”*

Ziya Paşa

Öncelikle, analizimizin başlığında “II” demeyi tercih etmemizin nedenini açıklamak isteriz. Bu çalışma, daha önce bir kısmı yayımlanmış bir makalenin devamı değildir. Ancak, önceden yayımlanmış bir analiz çalışması ile aynı konudadır. Bundan altı yıl önce Anayasa Mahkemesi’nin Avukatlık Kanunu’nun değişik bir maddesine ilişkin olarak vermiş olduğu iptal kararı nedeniyle, Anayasa Mahkemesi’nin ilgili kararını usul ve esas yönlerinden eleştiren bir analizimiz yine *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*’nde yayımlanmıştı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*’nde yayımlanmış bulunan söz konusu makalemin başlığı, “Anayasa Mahkemesi ve Hâkim Tarafsızlığı” idi. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı nedeniyle ortaya çıkan boşluk, daha sonra yasama organı tarafından doldurulmuştu. Ancak, Anayasa Mahkemesi yeni düzenleme için de yakın tarihte iptal kararı vermiş bulunmaktadır. Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesi’nin aynı konudaki bu yeni iptal kararı ele alınacağından ve önceki çalışmamıza da sıklıkla atıf yapılacağından, başlıkta “II” demeyi, uygun gördük.

* Yrd. Doç. Dr., TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Anayasa Mahkemesi, Trabzon 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin Anayasa'nun 152. maddesi çerçevesinde gerçekleştirdiği itiraz üzerine, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin 23.01.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 327. Maddesiyle yeniden düzenlenen birinci fıkrasını Anayasa'ya uygunluk yönünden incelemiş ve Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin E. 2009/67 sayılı kararı 6 Kasım 2010 tarih ve 27751 sayılı *Resmî Gazete'*de yayımlanmıştır.

Anayasa'ya Aykırılığı İddia Edilen Düzenleme

Anayasa Mahkemesi'nin önüne itiraz yolu ile getirilen Avukatlık Kanunu'nun değişik 14a maddesinin birinci fıkrası şu hükmü içermektedir:

“Emeklilik ve istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan adli, idari ve askeri yargı hâkim ve savcılarının son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır. Yüksek yargı ve bölge mahkemele-ri hâkim ve savcılarını raportörlerinin son beş yıl içinde münhasıran hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde, buralardan ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır.”

Yukarıda da belirtildiği gibi Avukatlık Kanunu'nun 14. Maddesinin birinci fıkrası meslekten ayrılmış bulunan hâkim, savcı ve raportörlerin Avukatlık mesleğini icra etmelerine getirilen sınırlamaları düzenlemektedir. Söz konusu 14a maddesinin birinci fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin E. 2001/309 sayılı kararı ile daha önce iptal edilmişti. İptal kararı üzerine Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) 5728 sayılı Kanun'un 327. maddesiyle konuyu yeniden düzenlemiştir. Ancak, önceki düzenlemenin aksine iptal davasına konu olmaktan kurtulan bu yeni düzenleme, bir davaya bakmakta olan bir mahkeme tarafından Anayasa Mahkeme'ne taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi, E. 2009/67 sayılı ve 1.10.2009 günlü kararıyla bu yeni düzenlemeyi de iptal etmiştir. Bu çalışmada, önceki iptal kararı nedeniyle kaleme aldığımız çalışmamızdan¹ da yararlanarak Anayasa Mahkemesi'nin bu yeni iptal kararını irdelemeye çalışacağız.

¹ Ozan Ergül, “Anayasa Mahkemesi ve Hâkim Tarafsızlığı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 54, 2004, s. 245 - 257.

Bir Yanlışta Israr Etmek Niye?

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına konu olan ve meslekten ayrılmış hakim, savcı ve raportörlerin avukatlık mesleğini icra etmelerine sınır getiren düzenlemenin hemen altında yer alan fıkra "Yukarıdaki fıkra hükmü Anayasa Mahkemesi üyeleri ve Yüksek Mahkemeler hakimleri hakkında da uygulanır" hükmüne yer vermektedir. Yukarıda işaret ettiğimiz birinci fıkra hükmü ve bu hüküm birlikte değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesi'nin en azından avukatlık yapma yeterliğine sahip olan hukuk fakültesi mezunu üyeleri yönünden davaya bakmaktan çekinmeyi gerektiren bir durum olduğu açıktır. Anayasa Mahkemesi'nin Avukatlık Kanunu'nun 14a maddesine ilişkin olarak daha önce vermiş olduğu E. 2001/309 sayılı kararda da benzer bir durum olması nedeniyle, yukarıda değindiğimiz çalışmamızda da Anayasa Mahkemesi'ni bu durumu bir ön mesele yapmaması nedeniyle eleştirmiştik.²

Anayasa Mahkemesi'nin üyelikten ayrıldıktan sonra avukatlık yapma ehliyetine sahip hukuk fakültesi mezunu üyelerinin bulunduğu bir gerçektir. Dolayısıyla, avukatlık mesleğinin icrasına yönelik olarak getirilen sınırlama bu üyeleri de ilgilendirmektedir. Ancak, bu durumdaki üyelerin sayıca fazla olması ve 12 Eylül 2010 referandumu sonrası gerçekleşen Anayasa değişiklikleri çerçevesinde yedek üyeliğin de kaldırılmış bulunması, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kuralın uygulanmasını gerektirecekti. Anılan düzenlemeye göre, "kurulun toplanmasına mani olacak çekinme istekleri dinlenmez". Ancak, yönetsel gereklilik ve hâkim tarafsızlığı ilkesiyle doğrudan ilişkili olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi üyelerinin bu durumu bir ön mesele yaparak, 49. madde nedeniyle davaya bakmaktan çekinmenin olanaksız olduğuna karar vermeleri gerekirdi. Oysa, aynen E.2001/309 sayılı kararda olduğu gibi, bu kararda da bir davaya bakmaktan çekinme talebi gelmediğini ve ön mesele yaratılmadığını görüyoruz. Yukarıda değindiğimiz önceki tarihli çalışmamızda da eleştirdiğimiz bu yanlış uygulamayı Anayasa Mahkemesi üyelerinin sürdürmekte ısrar etmesinin nedenini anlamak gerçekten güçtür.

² A. g. e., s. 246 -247.

Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Yerine Geçmemelidir

Anayasa Mahkemesi E. 2009/67 sayılı kararında, aynen E. 2001/309 sayılı kararında olduğu gibi kendisini yasa koyucunun yerine koymuştur. Anayasa Mahkemesi, hâkim tarafsızlığı yönünden bir kuşku duyulmaması için konulduğu açık olan bu yasaklamayı Anayasa'ya aykırı bulurken yine E. 2001/309 sayılı kararında olduğu gibi Anayasal ilkeleri isabetli olmayan bir biçimde uygulamıştır. Mahkeme, E. 2001/309 sayılı kararındaki akıl yürütmenin aynısını bu kararda da uygularken önce şu saptamayı yapmıştır: *“Taraflardan birinin davasını üstlenen bir avukatın kısa bir süre önce o mahkemede hâkim veya savcı olarak görev yapmış olması, karşı tarafta ve toplumda kuşku ve rahatsızlık yaratabilir. Yargıya bir etki yapılması kadar, yapılabilmesi olasılığı da adaleti olumsuz yönde etkileyerek sonuçta yargı bağımsızlığını zedeler.”*

Anayasa Mahkemesi önceki iptal kararında da benzer bir değerlendirmede bulunmuş ama daha sonra iptal kararı vermekten çekinmemiştir. Bu kez de aynı yolu izleyen Mahkeme şu sebeple düzenlemenin iptal edilmesine hükmettiğini açıklamaktadır: *“...sınırlamaların temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde olması zorunludur.”* Anayasa Mahkemesi daha sonra, Avukatlık Kanunu'nun 14a maddesinin birinci fıkrasının *“çalışma özgürlüğünü ölçüsüz biçimde sınırladığına”* hükmetmiştir.

Daha önce, aynı gerekçelere dayanılan E. 2001/309 sayılı kararı eleştirirken de değindiğimiz bir isabetsiz yaklaşıma bu kez kısaca vurgu yapmak isteriz. Mahkeme'nin isabetle belirttiği gibi, *“Taraflardan birinin davasını üstlenen bir avukatın kısa bir süre önce o mahkemede hâkim veya savcı olarak görev yapmış olması, karşı tarafta ve toplumda kuşku ve rahatsızlık yaratabilir”* ise ve yine *“Yargıya bir etki yapılması kadar, yapılabilmesi olasılığı da adaleti olumsuz yönde etkileyerek sonuçta yargı bağımsızlığını zedelerse”* hangi durumlarda yargıç tarafsızlığı yönünde bir kuşku duyulamayacağına - hem de kendisini de ilgilendiren bir yasak söz konusu iken - Anayasa Mahkemesi üyeleri nasıl karar verebilmektedir? Şu durum çok açık ve nettir: eğer Mahkeme'nin kabul ettiği gibi eski hâkim ve savcıların avukatlık yapması hâkim tarafsızlığı üzerin-

de kuşku doğuruyorsa, bu kuşkuyu en az seviyeye indirecek tedbirleri almak yasama organının takdiri çerçevesinde görevidir. Anayasa Mahkemesi'nin bu göreve ve takdire müdahale etmekten mümkün olduğu ölçüde çekinmesi gerekir. Bunun yerine, Mahkeme karşıoy gerekçesinde de ifade edildiği gibi, ancak nadiren uygulanabilecek beş yıl süreli yasağı ölçüsüz bulmaktadır. Üstelik Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesine değinirken, yine aynen E. 2001/ 309 sayılı kararında olduğu gibi ölçülülük ilkesinin alt unsurlarına ilişkin bir değerlendirmede bulunmamaktadır. Çünkü Mahkeme de gayet iyi bilmektedir ki, hâkim tarafsızlığı yönünden bir kuşku doğmaması için eski hâkim ve savcılarının avukatlık yapma özgürlüklerine sınır getirilmesi "zorunlu" ve "kuşku duyulmasını önlemek yönünden "elverişli" bir sınırlamadır. Bu durumda geriye bir tek oranlılık kalmaktadır ancak, bu noktada da Anayasa Mahkemesi tatmin edici bir gerekçe ortaya koyamamaktadır. Karşıoy gerekçesi yazan dört üyenin de ifade ettiği gibi, "avukatlar için sınırsız çalışma alanı var iken, meslek hayatının önemli bir süreci sayılamayacak olan son beş yıl içinde ve de sadece ayrıldığı yargı çevresi yönünden getirilen daraltmanın ölçüsüz denmesi mümkün değildir". Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi önceki kararında iki yıllık süreyi de Anayasa'ya aykırı görmemiştir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı bir yabancının Türk yargısı ile ilgili olarak yaptığı şu saptamayı haklı çıkarır mahiyettedir: "...Türk yargı mensuplarının olağandışı güçlü bir birlik ruhu ile birleşmiş olduğunu hissettim. Ayrıca, büyük ölçüde toplumdan oldukça kopmuş gözükmeleri kamuoyunun yargıya olan güvenini etkileyebilir".³ Görünen o ki, Anayasa Mahkemesi, bir yabancının dahi gözleyebildiği "birlik ruhunun" çok da dışında değildir. Mahkeme'nin son yaklaşımı, hâkim tarafsızlığını zedeleyebilecek etkilerin sadece yürütme ve yasama organı içinden değil, doğrudan yargı içinde de gelebileceği biçimindeki uygulama temelli doktriner yaklaşıma da ilginç bir örnek oluşturmaktadır.

³ Thomas Giegerich, Yargının Bağımsızlığı - Kavramsal Çerçeve, Tarihsel Gelişim, Tarafsızlıkla İlişkisi ve Türkiye İle İlgili Gözlemler", *Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği* içinde, Ahmet Taşkın (editör), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, No: 6, Ankara 2009, s. 25.

YARGITAY KARARLARI

DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 02.07.2008

E. 2008/11-465

K. 2008/470

*** Haksız rekabet ve markaya tecavüz**

(556 sayılı KHK m. 9)

Taraflar arasındaki davadan dolayı, bozma üzerine direnme yoluyla; İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi'nden verilen 13.11.2007 gün ve 2007/149 E.-2007/273 K. sayılı kararın bozulmasını kapsayan ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndan çıkan 26.03.2008 gün, 2008/11-269- Esas, 2008/279 Karar sayılı ilamın, karar düzeltilmesi yoluyla incelenmesi davacı vekilleri tarafından verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla; Hukuk Genel Kurulu'nca dilekçe, düzeltilmesi istenen ilam ve dosyadaki ilgili bütün kağıtlar okunduktan sonra gereği düşünüldü:

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Dava, haksız rekabetin ve markaya tecavüzün önlenmesine ilişkin olup; davacının tescilli şekil markalarının davalı yanca üretilen ürün ambalajlarında marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturacak şekilde kullanıldığı iddiasına dayanmaktadır.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş; davalı yanın temyizi üzerine Özel Dairece karar bozulmuş; ayrıca bozma neden ve şek-

line göre davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

Mahkemece önceki kararda direnilmesi ve bu kararı davalı vekilinin temyizi üzerine Hukuk Genel Kurulu'nca da daire bozması benimsenerek karar bozulmuş; davacı vekilleri karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

Karar düzeltme isteyen ileri sürdüğü nedenler; HUMK m. 440 çerçevesinde değerlendirilmiş, tartışılmış ve yerinde olmayan karar düzeltme isteminin reddi gerekmiştir.

Diğer taraftan, bozma ilamında "556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesi uyarınca marka hakkına tecavüzden söz edilebilmesi için davalının ürün ambalajında kullandığı kompozisyonun; ürünün nihai tüketicileri nezdinde davacı markası ile iltibasa neden olacak şekilde düzenlenmiş olması gerekmektedir.

Bu bakımdan, marka ve ambalajın kullanıldığı ürünlerin tüketici tarafından algılanış biçimi ve bu algılama sonucunda karışıklığa sebebiyet verilerek tüketicinin davacının ürünü aldığını konusunda yanılgıya düşürülerek davalı ürünlerini satın alınmasına yol açılmış olmalıdır." ifadesine de yer verilmiş ve karar düzeltme isteyen davacı vekillerince de bu hususun kararın sonucuna etkili olduğu öne sürülmüştür.

Oysa ki, kararın bu bölümden sonraki gerekçe bölümünde de "O halde, davacı markalarını oluşturan işaretler ile davalı ürünlerine ait ambalaj kompozisyonları karşılaştırılır iken, bu amaç gözetilerek işaretlerin bir bütün olarak bıraktıkları izlenim değerlendirilmelidir. Davalıya ait "süt kremalı çikolata", "süt kremalı çikolatalı gofret" ve "Disney" ibarelerini taşıyan ürün ambalajlarında mevcut gofret ve çikolata şekli, dökülmüş süt görüntüsü, renk ve yazıdan oluşan kompozisyon ile tüketiciye verilen mesaj, ambalaj içinde satılan ürünün içeriğinin kolayca algılanıp satın almalarını sağlamaya yöneliktir.

Davacıya ait şekil markasında benzer şekil ve renkler mevcut ise de; az önce açıklandığı üzere herhangi bir iltibas tehlikesi yaratmayacak şekilde ambalaj içinde satılan ürünün niteliklerinin ön plana çıkartılmasının amaçlandığı kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıkça anlaşılmaktadır. Bu durumda sırf dalgalı renk karışımından oluşan davacı markasının varlığından bahisle marka hakkına tecavüzden söz edilmesi mümkün olmadığından davanın reddine

karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." Şeklinde açıklandığı üzere direnme kararının bozulmasında temel gerekçe fiili iltibasa neden olup olmamak değil, iltibas tehlikesinin dahi bulunmadığı hususudur. Bu husus görüşmelerde ayrıntısıyla tartışılıp açıklanmış bozma ilamının yukarıda açıklanan ilk bölümündeki sehve dayalı aşağıda yer verilen bir kısım açıklama ve ifadelerin, varılacak sonuca etkili görülmemekle birlikte temel gerekçeyi etkilememek üzere bozma metninden çıkarılması gerekmiştir.

Sonuç olarak; bozma metninde "556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesi uyarınca marka hakkına tecavülden söz edilebilmesi için davalının ürün ambalajında kullandığı kompozisyonun; ürünün nihai tüketicileri nezdinde davacı markası ile iltibasa neden olacak şekilde düzenlenmiş olması gerekmektedir." şeklinde yazılan cümleden sehve dayanan "iltibasa" ibaresi çıkarılarak yerine "iltibas tehlikesine" ibaresi eklenmek ve "Bu bakımdan, marka ve ambalajın kullanıldığı ürünlerin tüketici tarafından algılanış biçimi ve bu algılama sonucunda karışıklığa sebebiyet verilerek tüketicinin davacının ürününü aldığı konusunda yanılgıya düşürülerek davalı ürünlerini satın almasına yol açılmış olmalıdır" cümlesinden de "davacının ürününü aldığı konusunda yanılgıya düşürülerek davalı ürünlerini satın almaya yol açılmış olmalıdır" kısmının çıkarılarak yerine "işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil karıştırma tehlikesine yol açılmış olmalıdır." ibaresi eklenmek suretiyle, düzeltilmesi istenen Hukuk Genel Kurulu ilamında açıklanan ibareler dışında gösterilen gerektirici nedenlere göre, HUMK'nın m. 440. maddesinde yazılı sebeplerden hiç birisine dayanmayan ve yerinde olmayan karar düzeltme isteğinin reddine 02.07.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 28.05.2008

E. 2008/9-405

K. 2008/412

* Kıdem tazminatı

* Bozma kararından esinlenerek

yapılan inceleme ve

değerlendirme

sonucunda yerel mahkemece verilen

kararın direnme niteliğinde olmayıp,

yeni hüküm oluşturmaması

(1475 sayılı K. m. 14/5;

506 sayılı K. m. 60, geçici m. 81)

Taraflar arasındaki “kıdem tazminatı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Eskişehir İş Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 04.04.2007 gün ve 680-301 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 25.12.2007 gün ve 22324-39155 sayılı ilamı ile (...Davacı işçi 24.4.2006 tarihini taşıyan dilekçesini işverene vererek kıdem tazminatı ödenerek işyerinden ayrılmak istediğini bildirmiştir. Davalı işveren ise 1.5.2006 tarihli yazı ile yaşlılık aylığı tahsisi için gerekli şartları sağlaması halinde ayrılabilceğini, aksi halde kıdem tazminatı ödenmeyeceğini bildirmiştir. Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre davacı işçi 1.5.2006 tarihinde işyerinden ayrılmıştır. Bu tarihte davacının pirim ödeme gün sayısı 6797 gündür. Davacı işçi işyerinden ayrıldıktan sonra 31.5.2005 tarihinde 1985 ve 1986 yıllarında yapmış olduğu askerlik süresini borçlanmış ve pirim ödeme gün sayısını 7336 güne çıkarmıştır.

1475 sayılı Yasa’nın 14. maddesinin 5. bendinde, “506 sayılı Kanun’un 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanun’un Geçici m. 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle” işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı hükme bağlanmıştır.

506 sayılı Yasa’nın 23.5.2002 tarih ve 4759 sayılı Yasa ile değişik 60. maddesinde ise, “Yaşlılık aylığından yararlanabilmek için sigortalıların; a) Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması ve en az 7000 gün veya b) Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması, 25 yıldan beri sigortalı bu-

lunması ve en az 4500 gün" pirim ödenmesi halinde işçinin yaşlılık aylığından yararlanabileceği öngörülmüştür.

Somut olayda davacı işçi 1983 yılında ilk defa sigortalı olmakla 4759 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 23.5.2002 tarihinde 25 yıllık sigortalılık şartını taşımadığından, anılan yasanın 60. maddesinin (A) bendinin (b) alt bendi ile geçici 81. maddesi hükümlerinden yararlanması mümkün değildir.

506 sayılı Yasa'nın 60. maddesinin (A) bendinin (a) alt bendinde ise yaşlılık aylığı tahsisi bakımından yaş ve pirim ödeme gün sayısı bakımından iki ölçüt öngörülmüştür.

Gerçekten davacı işçi 1963 doğumlu olup, işyerinden ayrıldığı tarihte 60 yaşını ikmal etmiş değildir.

Esasen işyerinden ayrıldığı 1.5.2006 tarihi itibarıyla 7000 gün pirim ödemesi de bulunmamaktadır.

Bununla birlikte davacının daha önce ikmal ettiği muvazzaf askerlik görevi sebebiyle bu süreyi her zaman borçlanabileceği, 506 sayılı Yasa'nın 60/F maddesi hükmü gereği olsa da, bu işlemin davacı işçinin işyerinden ayrılmasından önce gerçekleştirilmesi gerekir. 1475 sayılı Yasa'nın 14/5 bent hükmü açısından işçinin işyerinden ayrıldığı tarihteki fiili durum önemlidir. Gerçekten işçinin bu tarihte 7000 iş günü pirim ödemesi mevcut olmadığından davacı işçi açısından 506 sayılı Yasa'nın 60. maddesinin (A) bendinin (a) alt bendine yazılı olan her iki koşul da gerçekleşmemiştir. İşçinin sonradan borçlanmış olduğu askerlik süresinin kıdem tazminatına hak kazanma yönünden sonuca etkisi bulunmamaktadır. 506 sayılı Yasanın 60. maddesinin (F) bendinde, tebliğ tarihinden itibaren altı ay içinde ödeme şartı öngörülmüş ve bu süre içinde ödenmeyen primlerin hizmetten sayılmayacağı hükme bağlanmıştır. Somut olayda davacı işçi işyerinden 1.5.2006 tarihinde ayrılmış ve ardından Sosyal Sigortalar Kurumu'na askerlik borçlanması için 25.5.2006 tarihinde başvurmuştur. Kurum 31.5.2006 tarihli yazı ile 6 ay içinde primlerin ödenmesi şartıyla askerlik borçlanması yapabileceğini bildirmiştir. Primlerin ne zaman ödendiği ve askerlik borçlanmasının hangi tarihte tamamlanmış olduğu hususu dosya içeriğinden belirlenememiş olsa da, somut olay yönünden bu durumun araştırılmasına gerek görülmemiştir. Zira her durumda işlem, da-

vacı işçinin işyerinden ayrılmasından sonraya aittir. Bu durumda davacı işçinin kıdem tazminatını talep koşulları gerçekleşmiş değildir. Anılan isteğin reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur..) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmeler sırasında, işin esasına girmeden önce, direnme kararının gerekçesinde yapılmış olan değişikliğin "*usul yönünden*" bozma nedeni olup olmadığı ön sorun olarak incelenmiş; belirtilen hususların yeni hüküm oluşturması nedeniyle, oy birliğiyle ön sorun bulunmadığına karar verilmiştir.

Yerel mahkemenin bozmaya konu önceki kararında, 506 sayılı Kanun'un 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlılık aylığı koşulları dikkate alınarak, 1475 sayılı Kanun'un 14/5. maddesi kapsamında kıdem tazminatı isteminin kabulüne dair hüküm kurulmuşken, sonrasında; anılan Kanun'un Geçici 81. maddesinin (C) bendinde yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısına ilişkin koşulların dayanak alınarak verilen karar direnme niteliğinde olmayıp, yeni hüküm niteliğinde bulunduğundan, bu hükme ilişkin temyiz itirazlarının özel dairece incelenmesi gerekir.

Belirtilen nedenlerle, yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya özel daireye gönderilmelidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 9. Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine, 28.05.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DİSİPLİN KURULU KARARLARI

DECISIONS OF THE DISCIPLINARY COMMITTEE

T. 30.04.2010
E. 2009/687
K. 2010/176

* Avukatın müvekkilini
bilgilendirme yükümlülüğü
* Avukatın özen ve doğruluk
yükümlülüğü
(1136 sayılı Av. K. m. 34;
TBB Meslek Kuralları m. 3, 4.)

Şikâyetli avukat hakkında, şikâyetçinin vekili sıfatı ile borçlular N.C. ve H.Ç. hakkında 01.07.2002 vadeli 18.000.000.-TL'si bedelli kam-biyo senedin tahsili amacıyla Havsa İcra Müdürlüğü'nün 2002/494 Esas sayılı icra takibi başlattığı, Edirne 2. İcra Müdürlüğü'nün 2002/474 ta-limat sayılı dosyası üzerinden 29.07.2002 ve 08.11.2002 tarihlerinde, borçlulara ait adreslerde yapılan haciz işlemi sırasında haciz edilen menkul malları, müvekkili şikâyetçinin rızası olmaksızın yediemin sı-fatı ile borçluya teslim ettiği, borçlunun söz konusu malları kaçırdı-ğı, satışın ve icra dosyasının düşmesine sebebiyet verdiği ayrıca ye-dieminliği suiistimal suçundan Edirne 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2003/184 esasında kayıtlı olarak açılan ve görevsizlik kararı verilerek aynı yer icra ceza mahkemesinin 2004/49 esasına kaydedilerek yürü-tülen davanın 15.01.2004 tarihli duruşmasına mazeretsiz olarak katıl-mayıp, davanın düşürülmesi yolunda karar verilmesine sebebiyet ver-diği, iddiaları ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda baro di-siplin kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, şikâyetçinin vekilliğini üstlenerek 18 milyar TL meblağlı bono nedeniyle başlattığı icra takibindeki haciz işlemi sırasında şikâyetçinin de hazır bulunduğunu, borçluların adresine birçok kez gidildiğini ancak mahcuz malların yediemin temin edilemediğinden borçlulara teslim edildiğini, daha sonra satış istediğinde, borçluların mahcuz malları satış mahalline getirmediklerinden satışın yapılamadığını, bu sebeple borçlu yediemin hakkında yedieminliği suiistimal suçundan Edirne 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2003/184 esasında kayıtlı kamu davasının açıldığını müdahil sıfatı ile davayı takip ettiğini, bu arada borçluların icra borcuna mahsuben haricen ödemelerde bulunması ve yasa değişikliği sonucunda davanın icra ceza mahkemesinde görülmesi nedeniyle şikâyetçinin talimatı ile davanın takip edilmediğini, bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu şikâyetli avukatın eylemini sabit görerek, şikâyetli avukat hakkında kınama cezası tayin ve takdir etmiş, kara şikâyetli avukat tarafından ceza davasında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olduğundan hukuki sonuç doğurması sebebiyle ceza kararına dayanan baro disiplin kurulu kararının kaldırılmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

Şikâyetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu eylemi ile ilgili olarak Edirne 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2009/110 esasında kayıtlı olarak açılan kamu davası sonucunda mahkemece 2009/161 Karar sayılı ve 17.07.2009 tarihli kararı ile "*şikâyetli avukatın icra ceza mahkemesinin 15.01.2004 tarihli duruşmasına mazeretsiz olarak katılmayarak davanın düşmesine sebebiyet verdiği*" kabul edilerek şikâyetli avukatın 765 sayılı TCK'nın 240. ve 59. maddeleri uyarınca 10 ay hapis ve 366,00 TL'si adli para cezası ile cezalandırılmasına, CMK'nın 231/5. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği, kararın 30.07.2009 tarihinde kesinleşmiş olduğu, dosya içindeki mahkeme kararından ve ekindeki kesinleşme şerhinden anlaşılmıştır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyetli avukatın, şikâyetçi vekili olarak takip ettiği Edirne İcra Ceza Mahkemesinin 2004/49 Esasında kayıtlı olarak görülen davanın 15.01.2004 tarihli oturumuna mazeret bildirmeksizin katılmaması sebebiyle davanın düşürülmesine sebebiyet verdiği anlaşılmaktadır. Avukat üstlendiği işlerin durumu ve olası sonuçları hakkında müvekkilini bilgilendirmek zorundadır.

Davaların müracaata bırakılarak açılmamış sayılmasına karar verilmesinin temini bir diğer anlamda haktan vazgeçmedir. Bir haktan vazgeçme anlamındaki işlemlerden dolayı müvekkilin yazılı muvafakatının alınması zorunludur. Herhangi bir vazgeçme eyleminde müvekkilin zararı olamayacağı düşünülse dahi, bu hususun vekil edene bildirilmesi ve yazılı olurunun sağlanması, avukatlık mesleğinin ciddiyeti ve görevin özenle yerine getirilmesi ilkesinin gereğidir. Şikâyetli avukat şikâyetçi müvekkilinin izni ile davanın duruşmasına katılmadığını savunmuş ise de şikâyetçi müvekkilinin davaya girilmemesi yolunda yazılı talimatı bulunmadığından savunmaya itibar edilememiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine göre; *"Avukatlar, yüklenedikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler."*

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesine göre *"Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam sadakatle yürütür."* 4. maddeye göre de *"Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır."*

Şikâyetli avukatın, şikâyetçi adına takip ettiği davaya müvekkili şikâyetçinin yazılı izni olmaksızın ve mazeret bildirilmeksizin katılmamasından ibaret eylemi Avukatlık Kanunu'nun 34. ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerine aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Eylem aynı zamanda Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine aykırı olmakla aynı Kanun'un 136./1.maddesi uyarınca en az kınama cezası tayini gerektiğinden, baro disiplin kurulunun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde ve takdir ettiği disiplin cezasında hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetlinin itirazının reddi ile, Edirne Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

T. 24.04.2009
E. 2009/219
K. 2009/243

* Görev nedeniyle emniyeti suiistimal suçunun avukatlık mesleğine engel suçlardan olması
(1136 sayılı Av. K. m. 5/a;
TBB Meslek Kuralları m. 3, 4.)

Şikâyetli avukat hakkında, alacaklı vekili sıfatıyla Ankara 26. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 20.12.2000 tarih ve 1999/702 Esas 2000/828 karar sayılı kararına dayanarak Ankara 28. İcra Müdürlüğü'nün 2001/388 Esas sayılı icra takibini başlattığı, 13.06.2001 ile 17.08.2001 tarihleri arasında toplam 69.296.900.000. TL'si kamulaştırma bedelini tahsil ettiği halde müvekkiline ödemeyerek uhdesinde tuttuğu, iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda eylem sabit görülerek, şikâyetlinin meslekten çıkarma ve işten yasaklanmasına karar verilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında özetle, ilamı icraya koyduğunu, yapılan tahsilâtta önce yargılama giderleri ile sözlü olarak yaptıkları anlaşma gereğince % 20 avukatlık ücretini kestiğini, bakiyesini de şikâyetçinin eşine ve damadına ödediğini, şikâyetçinin eşinin akrabası olması sebebiyle yaptığı ödemeler karşılığında makbuz almadığını, bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatın eylemini sabit görerek, Avukatlık Kanunu'nun 5/a, 136/1 ve 135/5.maddeleri uyarınca meslekten çıkarma ve Avukatlık Kanunu'nun 154/1 maddesi uyarınca işten yasaklanmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikâyetli avukat vekili tarafından itiraz edilmiştir. Şikâyetli avukat vekili itirazında özetle, Avukatlık Kanunu'nun 140/2. maddesi uyarınca kanun yollarının bitirilmesi gerektiğinden, mahkeme kararının sonucunun beklenilmesi gerektiğini zira karar düzeltme başvurusunun da yasal başvuru yolu olduğu, mahkemece önce görevi kötüye kullanma suçundan dolayı ceza verilmiş olduğunu, Yargıtay'ın aleyhe bozma yasağını ihlal ederek, emniyeti suiistimal suçundan dolayı ceza verilmesi gerektiği görüşü ile kararı bozduğunu şikâyetlinin kazanılmış usulü hakkının bulunduğunu, hukuk yargılama sürecinde savunmalarının yeterince dikkate alınmamış olduğunu, taraflar arasında % 20 avukatlık ücretinin alınması yo-

lunda bir itiraz olmadığını, şikâyetli avukatın davadan dolayı ve icra takibinden dolayı hak ettiği ücretlerin adilane bir şekilde hesaplamasının yapılmadığını, cezanın zamanaşımına uğramış olduğunu, baro disiplin kurulunun icra dosyasının getirip paranın tahsil anını öğrenmeden verdiği kararda isabet olmadığını, baro disiplin kurulunun Avukatlık Kanunu'nun 144. maddesine uygun davranmamış olduğunu Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinin ikinci fıkrasının 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı yasa ile değişik şekli, şikâyetlinin eyleminden sonra olduğunu, mahkemece de ceza ertelendiğine göre feri cezalarının ömür boyu sürmesi adalete, Anayasa'nın eşitlik ilkesine uygun olmadığını, bildirmiştir.

Şikâyetli avukat hakkında disiplin kovuşturmasına konu eylemle ilgili olarak Ankara 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2005/237 esasında kayıtlı olarak *"Görev nedeni ile emniyeti suiistimal"* suçundan dolayı kamu davası açıldığı, Mahkemenin 08.02.2006 günlü ve 2006/45 karar sayılı kararı uyarınca şikâyetlinin görev nedeni ile emniyeti suiistimal suçundan dolayı eylemi sabit görülerek 765 sayılı Kanun'un 510, 522/1, 59/2 maddeleri uyarınca 10 ay 25 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına 647 sayılı Kanun'un 4/1 ve 6. maddesi uyarınca hapis cezasının paraya çevrilerek ertelenmesine karar verildiği, Mahkemenin *"hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına"* dair 31.03.2008 günlü 2005/237 Esas ve 2006/45 karar sayılı kararına yapılan itiraz üzerine Ankara 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2008/851 D. İşler sayılı ve 18.06.2008 tarihli kararı ile *"İtiraz edilen mahkeme kararına karşı temyiz yoluna gidilebileceğinden itirazın esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına, dosyanın mahkemesine iadesi ile mahkemesince ilgili Yargıtay Ceza Dairesi'ne gönderilmesine karar verildiği, Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 2008/15523 Esas, 2008/17883 Karar sayılı ve 07.10.2008 tarihli kararı ile Temyiz davasının esastan reddiyle hükmün onanmasına"* karar verildiği, kararın 07.10.2008 tarihinde kesinleşmiş olduğu, karar arkasına Mahkemece verilen kesinleşme şerhinden anlaşılmıştır.

Şikâyetli avukat hakkında *"Görev nedeni ile emniyeti suiistimal"* suçundan dolayı yapılan yargılama sonrasında bu suçtan dolayı mahkûmiyetine karar verildiği ve kararın kesinleştiği sabit olmakla, Mahkemece suç olarak kabul edilen eylem aynı zamanda disiplin suçunu da oluşturmakta olup, baro disiplin kurulunun kesinleşen Yargı

kararı karşısında, karar düzeltme yolunun sonucunu beklemeden verdiği kararda bu yönde bir isabetsizlik görülmemiştir.

Şikâyetli avukat hakkında yargılaması yapılan ve Mahkemece sabit görülerek mahkûmiyete dair verilen ve kesinleşen “Göreve nedeni ile emniyeti suiistimal” suçu Avukatlık Kanunu’nun 5/1-a maddesine göre avukatlığa engel suçlardan olup ve aynı Kanun’un 136/1. maddesi uyarınca meslekten çıkarma cezasını gerektirmektedir.

Şikâyetli avukat vekili tarafından kurulumuza yapılan itirazda Avukatlık Kanunu’nun 5. maddesinde 02.05.2001 tarihinde 4667 sayılı Kanun ile değişiklik yapıldığı, şikâyetli avukatın eylemine konu işlemlerin ise Yasa değişikliği tarihinden önceye ait olduğundan, şikâyetli hakkında meslekten çıkarma cezasının değil daha alt bir cezanın tayin edilmesi gerektiği savunmasında bulunulmuştur. Kesinleşen yargı kararları kişileri bağladığı kadar, ilgili kurulları da bağlamaktadır. Kesinleşen Mahkeme kararında eylem tarihi olarak 28.03.2002 kabul edildiğinden ve bu tarih Avukatlık Kanunu’nun 5. maddesinde 4667 sayılı Kanun ile 02.05.2001 tarihinden sonra olduğundan, şikâyetli avukat vekilinin bu yöne ilişkin itiraz ı kabul edilmemiştir.

Her ne kadar şikâyetli avukat vekili Avukatlık Kanunu’nun 159/2. maddesine göre zamanaşımı itirazında bulunmuş ise de, kesinleşen yargı kararında eylem tarihi olarak kabul edilen 28.03.2002 tarihine göre Avukatlık Kanunu’nun 159/3. maddesine kabul edilen zamanaşımı süresi geçmemiş olduğundan şikâyetli avukat vekilinin bu yöne ilişkin itirazının da reddine karar verilmiştir.

Bu nedenlerle, baro disiplin kurulunun “meslekten çıkarma ve Avukatlık Kanunu’nun 154/1.maddesi uyarınca işten yasaklama kararı verilmesine” ilişkin kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukat vekilinin itirazlarının reddi ile, Ankara Barosu Disiplin Kurulu’nun “meslekten çıkarma ve Avukatlık Kanunu’nun 154/1. maddesi uyarınca işten yasaklama kararı verilmesine” ilişkin kararının onanmasına, katılanların oybirliği ile karar verildi.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, Resmi Gazete yayımlanma tarih ve numarası ile yayımlanmaktadır. Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine **Ekler** bölümünde yer verilmektedir.

KANUNLAR

RG 23 Ekim 2010/27738

- 6015 Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun
- 6016 Türkiye Cumhuriyeti ile Şili Cumhuriyeti Arasında Serbest Ticaret Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6017 Türkiye Cumhuriyeti ile Ürdün Haşimi Krallığı Arasında Serbest Ticaret Alanı Tesis Eden Ortaklık Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6018 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Kalkınma İşbirliği ve Tika Kosova Program Koordinasyon Ofisinin Statüsüne İlişkin Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 30 Ekim 2010/27744

- 6019 Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti Arasında İstanbul, Türkiyede Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu Doğu Avrupa ve Orta Asya Bölgesel Ofisi Kurulması Hakkında Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 11 Kasım 2010/27756

- 6020 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Karayoluyla Uluslararası Yük ve Yolcu Taşımacılığı Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6021 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Gümrük Konularında İşbirliği ve Karşılıklı Yardım Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6022 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ekonomik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6023 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Sağlık Alanında İşbirliğine Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6024 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Askeri Alanda Eğitim, Teknik ve Bilimsel İş Birliği Çerçeve Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6025 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Makedonya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Sağlık ve Tıp Bilimleri Alanında İşbirliğine Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6026 Türkiye Cumhuriyeti Başbakanlık Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı ile Özbekistan Cumhuriyeti Dış Ekonomik İlişkiler Ajansı Arasında İşbirliği Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun
- 6027 Türkiye Cumhuriyeti Tarım ve Köyişleri Bakanlığı ile Yemen Cumhuriyeti Balıkçılık Bakanlığı Arasında Balıkçılık ve Su Ürünleri Alanlarında Teknik, Bilimsel ve Ekonomik İşbirliği Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

- 6028 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Fas Krallığı Hükümeti Arasında Veterinerlik Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6029 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Sudan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Gümrük Konularında İşbirliği ve Karşılıklı Yardım Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6030 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Angola Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ticari, Ekonomik ve Teknik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6031 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Guatemala Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ticaret ve Ekonomik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6032 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Moğolistan Hükümeti Arasında Çevre Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6033 Türkiye Cumhuriyeti Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Moğolistan Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Arasında Petrol, Doğal Gaz ve Mineral Kaynaklar Alanında İşbirliğine İlişkin Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6034 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Letonya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında, Eğitim, Bilim, Kültür ve Spor Alanlarında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6035 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Slovenya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Diplomatik Misyon ve Konsolosluk Üyelerinin Yakınlarının Kazanç Getirici Bir İşte Çalışmalarına Olarak Sağlayan Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6036 Türkiye Cumhuriyeti Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ve Ekvator Cumhuriyeti Enerji ve Maden Bakanlığı Arasında Enerji Sektöründe İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

- 6037 Türkiye Cumhuriyeti ile İspanya Krallığı Arasında Ulusal Sürücü Belgelerinin Karşılıklı Tanınması ve Değişimine İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6038 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti Bakanlar Kurulu Arasında Denizcilik Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6039 Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı ile Arnavutluk Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Arasında İşbirliği Konusunda Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6040 Türkiye Cumhuriyeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6041 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Teknik ve Ekonomik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 14 Kasım 2010/27759

- 6042 Türkiye Cumhuriyeti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Suriye Arap Cumhuriyeti Sosyal İşler ve Çalışma Bakanlığı Arasında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6043 Türkiye Cumhuriyeti ve Suriye Arap Cumhuriyeti Arasında Hükümlülerin Nakline Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun
- 6044 Türkiye Cumhuriyeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Arasında Arama ve Kurtarma Hizmetlerinin Koordinasyonuna Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun
- 6045 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Suriye Arap Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Konut ve İnşaat Alanında İşbirliği Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

- 6046 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Malavi Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ticaret, Ekonomik ve Teknik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6047 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Paraguay Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ticari İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6048 Türkiye Cumhuriyeti ile Bolivarcı Venezuela Cumhuriyeti Arasında İşbirliği Çerçeve Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6049 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kolombiya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Kültür Anlaşması ile Notaların Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6050 Türkiye Cumhuriyeti Ulaştırma Bakanlığı ile Kore Cumhuriyeti Enformasyon ve Haberleşme Bakanlığı Arasında Enformasyon ve Haberleşme Teknolojileri (EHT) İşbirliği İçin Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6051 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Kore Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Turizm Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6052 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Burkina Faso Hükümeti Arasında Genel İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6053 Türkiye Cumhuriyeti ile Maldivler Cumhuriyeti Arasında Kapsamlı İşbirliğine Dair Anlayış Muhtırasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun
- 6054 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Somali Hükümeti Arasında Askeri Alanda Eğitim, Teknik ve Bilimsel İş Birliği Çerçeve Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6055 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Eğitim Alanında İşbirliğinin Güçlendirilmesine Dair Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun

- 6056 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Suriye Arap Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yükseköğretim Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6057 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Nükleer Bir Kazanın Erken Bildirimine ve Nükleer Tesisler Hakkında Bilgi Değişimine Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6058 Nükleer Enerjinin Barışçıl Amaçlarla Kullanımına Dair Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 30 Kasım 2010/27771

- 6059 Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bölgesel Ofisi ile Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Türkiyede Bir DSÖ Ülke Ofisi Kurulması Üzerine Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6060 Türkiye Cumhuriyeti ile Yemen Cumhuriyeti Arasında Denizcilik Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6061 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Tunus Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Madencilik ve Jeoloji Alanlarında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6062 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Tunus Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Kadının, Ailenin ve Çocukların Statülerinin Geliştirilmesi Üzerine İşbirliği Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6063 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Tunus Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Görsel-İşitsel ve Yazılı İletişim ile Belgelendirme Alanlarında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

- 6064 Türkiye Cumhuriyeti Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü ile Tunus Cumhuriyeti Milli Arşivi Arasında İşbirliği Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6065 Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Devletleri Örgütü Genel Sekreterliği Arasında Çerçeve İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6066 Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6067 Güneydoğu Avrupa Sivil-Asker Acil Durum Planlama Konseyi Kurulması Hakkında Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6068 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kırgız Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Kırgız Cumhuriyetindeki TİKA Program Koordinasyon Ofisinin Faaliyetine İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6069 Türkiye Cumhuriyeti ile Slovakya Cumhuriyeti Arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6070 Karadeniz Çevre Karayolunun Koordineli Olarak Geliştirilmesine Dair Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6071 Karadenize Sahildar Devletlerin Sınır/Sahil Güvenlik Makamları Arasındaki İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6072 Türkiye Cumhuriyeti ile Hırvatistan Cumhuriyeti Arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6073 Türkiye Cumhuriyeti ile Kırgız Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6074 Türkiye Cumhuriyeti Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü ile Haşimi Ürdün Krallığı Kraliyet Dokümantasyon

- Merkezi Arasında İşbirliği Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6075 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Suudi Arabistan Krallığı Hükümeti Arasında Deniz Ulaştırması Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6076 Türkiye Cumhuriyeti Kültür ve Turizm Bakanlığı ile Makedonya Cumhuriyeti Kültür Bakanlığı Arasında Makedonya Cumhuriyetinde Yer Alan Bazı Osmanlı Dönemi Eserlerinin Onarımı ve Rekonstrüksiyonuna Yönelik Yapılan Görüşmelere İlişkin Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6077 2007 Uluslararası Kahve Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6078 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Afganistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Uluslararası Karayolu Taşımacılığı Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6079 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Gelişen Sekiz Ülke Sekreteryası Arasında Merkez Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6080 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuveyt Devleti Hükümeti Arasında Gümrük Konularında Karşılıklı Yardım ve İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6081 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Türk Kültür ve Sanatları Ortak Yönetimi (TÜRKSOY) Arasında TÜRKSOY'a İlave Arsa Tahsisi Hakkında Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 10 Aralık 2010/27781

- 6082 Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

- 6083 Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun
- 6084 Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

Y Ö N E T M E L İ K L E R

RG 16 Ekim 2010/27731

- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uydu Yayın Lisans ve İzin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hacettepe Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 17 Ekim 2010/27732

- Dicle Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Haliç Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Teknik Üniversitesi Deprem Mühendisliği ve Afet Yönetimi Enstitüsü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zirve Üniversitesi Lisans ve Önlisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 18 Ekim 2010/27733

- Zirve Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 19 Ekim 2010/27734

- Gaziantep Üniversitesi Tıp Fakültesi Önlisans, Lisans ve Tıp Doktorluğu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim Süresiyle Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Meslek Yüksekokulu Eğitim-Öğretim Süresiyle Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Ekim 2010/27735

- Sahil Güvenlik Kantin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Orman Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Orman Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliği

RG 21 Ekim 2010/27736

- Deniz Kazalarının İncelenmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gemi İnşa Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bakıma Muhtaç Özürlülerin Tesbiti ve Bakım Hizmeti Esaslarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bakıma Muhtaç Özürlülere Yönelik Resmi Kurum ve Kuruluşlar Bakım Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Bakıma Muhtaç Özürlülere Yönelik Özel Bakım Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Alkol ve Alkollü İçkilerin İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Atılım Üniversitesi Öğrenci Kayıt-Kabul Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atılım Üniversitesi İngilizce Hazırlık Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bozok Üniversitesi Araştırma ve Uygulama Hastanesi Yönetmeliği
- Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Balkan Araştırma Enstitüsü Yönetmeliği

RG 22 Ekim 2010/27737

- Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü Personelinin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Ekim 2010/27738

- Basın Kartı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Sosyal Güvenlik Kurumu Personelinin Yetiştirilmek Amacıyla Yurt Dışına Gönderilmesi Hakkında Yönetmelik
- Kamu Kurum ve Kuruluşları ile Gerçek ve Tüzel Kişilerin Elektronik Haberleşme Hizmeti İçinde Kodlu veya Kriptolu Haberleşme Yapma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Elektrik İletim Sistemi Arz Güvenilirliği ve Kalitesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Ekim 2010/27739

- Gümüşhane Üniversitesi Öğrenci Sağlık İşleri ve Sağlık Raporları Yönetmeliği
- Gümüşhane Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliği

RG 25 Ekim 2010/27740

- Gümüşhane Üniversitesi Öğrenci Sağlık İşleri ve Sağlık Raporları Yönetmeliği
- Gümüşhane Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliği

RG 26 Ekim 2010/27741

- Türkiye Taşkömürü Kurumu Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Lisans Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Ekim 2010/27742

- Resmî İstatistiklerde Veri Gizliliği ve Gizli Veri Güvenliğine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik
- Atıksu Altyapı ve Evsel Katı Atık Bertaraf Tesisleri Tarifelerinin Belirlenmesinde Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Bölgesel Kalkınma ve Stratejik Araştırmalar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 28 Ekim 2010/27743

- Emniyet Hizmetleri Sınıfı Başpolis Memuru ve Kıdemli Başpolis Memuru Rütbelerine Yükselme Esaslarına Dair Yönetmelik
- İşyerlerinde İşin Durdurulmasına veya İşyerlerinin Kapatılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- İstanbul Arel Üniversitesi Çift Anadal ve Yandal Lisans Eğitim ve Öğretim Programları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

DÜZELTME

(Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile İlgili)

(Anayasa Mahkemesinin E: 2008/102, K: 2010/14 Sayılı Kararı ile İlgili)

RG 30 Ekim 2010/27744

- Tehlikeli Atıkların Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 31 Ekim 2010/27745

- İç Sularda Çalışan Gemi ve İç Su Araçları Yönetmeliği

RG 01 Kasım 2010/27746

- Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Kasım 2010/27747

2010/669 Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kuruluş, Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Hacettepe Üniversitesi Diş Hekimliği Lazer Uygulamaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Müzik Kültürü Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Uyku Bozuklukları Tanı ve Tedavi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 03 Kasım 2010/27748

2010/956 Spor Hizmet ve Faaliyetlerinde Üstün Başarı Gösterenlerin Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik

- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Kasım 2010/27749

- Tütün Mamullerinin Üretim ve Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Yeni Yüzyıl Üniversitesi Dil Hazırlık Okulu Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Yeni Yüzyıl Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği

RG 05 Kasım 2010/27750

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makina Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Adnan Menderes Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- KTO Karatay Üniversitesi Lisans ve Ön Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Turgut Özal Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Uşak Üniversitesi Bilimsel Analiz ve Teknolojik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 06 Kasım 2010/27751

- 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Özürlü Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik
- Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği
- Fikrî Haklar Ortak Veri Tabanı Yönetmeliği
- Vakıflar Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Taşkömürü Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Elektrik Piyasası Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yurtdışı Yükseköğretim Diplomaları Denklik Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Haldun Taner Tiyatro Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Yalova Üniversitesi Uluslararası Çatışma Çözümleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 07 Kasım 2010/27752

- İnternet Alan Adları Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Terim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 08 Kasım 2010/27753

- Koruma Bakım ve Rehabilitasyon Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Güvenlik Kurumu Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Batman Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yeni Yüzyıl Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Yeni Yüzyıl Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 09 Kasım 2010/27754

- Ankara Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Yaşlılık Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Bingöl Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazikent Üniversitesi Yabancı Dil Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yeni Yüzyıl Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 10 Kasım 2010/27755

- Yabancı Ülke ve Kuruluşlara Yapılacak Savunma ve Güvenlik Amaçlı Hibe ve Yardım Ödemelerine İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Bitlis Eren Üniversitesi Bilim ve Teknoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 11 Kasım 2010/27756

- Karayolu Dışında Kullanılan Hareketli Makinalara Takılan İçten Yanmalı Motorlardan Çıkan Gaz ve Parçacık Halindeki Kirletici Emisyonlara Karşı Alınacak Tedbirlerle İlgili Tıp Onayı Yönetmeliğinde (97/68/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Bitlis Eren Üniversitesi Dil Eğitimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Bitlis Eren Üniversitesi Kadın ve Genç Girişimcileri Destekleme Eğitim, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 12 Kasım 2010/27757

- Tasfiye Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre Denetimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre Görevlisi ve Çevre Danışmanlık Firmaları Hakkında Yönetmelik
- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfları Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 14 Kasım 2010/27759

- İller Bankası Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Deniz Alacaklarına İlişkin Gemilerin Sigortalandırılması ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik
- El Sanatları Eğitim Merkezi Müdürlükleri ve El Sanatları Araştırma Enstitüsü Müdürlüğü Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Meslek Personelinin Yarışma, Yetki ve Yeterlik Sınavları ile Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu İnsan Kaynakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Kasım 2010/27760

- Gazi Üniversitesi Deniz ve Su Bilimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Göç ve Nüfus Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

- Gazi Üniversitesi Proje Koordinasyon Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Teknik Üniversitesi Çift Diplomaya Yönelik Uluslararası Ortak Lisans Programları Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 20 Kasım 2010/27761

- Gümüşhane Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 21 Kasım 2010/27762

- İstanbul Kültür Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 22 Kasım 2010/27763

- İstanbul Medipol Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği

RG 23 Kasım 2010/27764

- Ses ve Gaz Fişegi Atabilen Silahlar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zirai Karantina Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. (BOTAS) Genel Müdürlüğüne Ait Taşınmazların Satışı ve Kiraya Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik
- Çankırı Karatekin Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

RG 24 Kasım 2010/27765

- Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği
- Uşak Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Kasım 2010/27766

- Özürlüler Uzman Yardımcılığı ve Özürlüler Uzmanlığı Sınav, Atama, Yetiştirilme, Görev ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Denizyolu ile Yapılacak Düzenli Seferlere Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Uzaktan Eğitim Ön Lisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Sistemine Göre Öğretim Yapan Fakültelerin Kredili Sisteme Dayalı Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 26 Kasım 2010/27767

- Bingöl Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dokuz Eylül Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Turgut Özal Üniversitesi Ekonomik, Sosyal ve Siyasal Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 27 Kasım 2010/27768

- İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik
- İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik
- İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği

RG 29 Kasım 2010/27770

- Maliye Bakanlığı Tasfiye Kontrolörleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğal Mineralli Sular Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Kasım 2010/27771

- Hafif Yolcu ve Ticari Araçlardan Çıkan Emisyonlar (Euro 5 ve Euro 6) Bakımından ve Araç Tamir ve Bakım Bilgilerine Erişim Konusunda Motorlu Araçların Tip Onayına İlişkin Yönetmelik (AT) 715/2007)'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Araçların İmal, Tadil ve Montajı Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Barolar Birliği Staj Kredi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*
- Gediz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 01 Aralık 2010/27772

- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Kadir Has Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği

RG 02 Aralık 2010/27773

- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı İmam-Hatip Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Aralık 2010/27774

- Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretimine İlişkin Yönetmelik

* Bkz. Ekler

- Düzce Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde Görevlendirilme ve Şirket Kurabilmelerine İlişkin Yönetmelik
- İnönü Üniversitesi Kadın Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 04 Aralık 2010/27775

- Zeytin Lisanslı Depo Yönetmeliği
- Zeytinyağı Lisanslı Depo Yönetmeliği

RG 05 Aralık 2010/27776

- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim Uzman Yardımcılığı Giriş ve Uzmanlık Yeterlik Sınavları Hakkında Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Türk Dili Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 06 Aralık 2010/27777

- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Personeli Atama, Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Nişantaşı Meslek Yüksekokulu Satın Alma ve İhale Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Aralık 2010/27778

- İyi Tarım Uygulamaları Hakkında Yönetmelik
- Et ve Balık Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Ardahan Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Kırklareli Üniversitesi Türkçe Öğretim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 08 Aralık 2010/27779

- Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Beykoz Lojistik Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yıldız Teknik Üniversitesi Ders Dışı Öğrenci Faaliyetlerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 09 Aralık 2010/27780

- Ulaştırma Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Ulaştırma Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü Mamullerinin Toptan Satışıyla İlgili Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Elektrik Mühendisleri Odası En Az Ücret ve Mesleki Denetim Uygulama Esasları Yönetmeliği
- Nişantaşı Meslek Yüksekokulu Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Yönetmeliği
- Nişantaşı Meslek Yüksekokulu Yaz Öğretimi Yönetmeliği

RG 10 Aralık 2010/27781

- Ulaştırma Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Ulaştırma Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü Mamullerinin Toptan Satışıyla İlgili Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Elektrik Mühendisleri Odası En Az Ücret ve Mesleki Denetim Uygulama Esasları Yönetmeliği

- Nişantaşı Meslek Yüksekokulu Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Yönetmeliği
- Nişantaşı Meslek Yüksekokulu Yaz Öğretimi Yönetmeliği

RG 11 Aralık 2010/27782

- Kalkınma Ajansları Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kalkınma Ajansları Denetim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tersane, Tekne İmal ve Çekerek Yerleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Oda Muamelat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Borsa Muamelat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Aralık 2010/27783

- Düzce Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 13 Aralık 2010/27784

- Bilkent Üniversitesi Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çağ Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliği

RG 14 Aralık 2010/27785

- Türk Silahlı Kuvvetleri Ödül Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Aralık 2010/27786

- Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi Kadrolu Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Memurları Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi Sözleşmeli Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bartın Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Bartın Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'nin "Ekler" bölümü, gözümüzün önünde bulunmasını istemediğimiz ancak elimizin altında bulunmasını istediğimiz önemli metinleri bünyesinde saklayacaktır.

Ayrıntılı bilgi isteyenler için 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 STAJ KREDİ YÖNETMELİĞİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK

MADDE 1 - 19/12/2001 tarihli ve 24615 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Staj Kredi Yönetmeliğinin 5 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"**MADDE 5** - Vekaletname, yetki ve benzeri belgelere yapıştırılacak pulun bedeli, pulun yapıştırıldığı tarihte yürürlükte olan Avukatlık Kanununun 27 nci maddesinde düzenlenmiş pulun değeridir."

MADDE 2 - Aynı Yönetmeliğin 12 nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Staj listesinde yazılı stajyere kredi, staja başlama tarihinden başlayarak öngörülen yasal staj süresince verilir."

MADDE 3 - Aynı Yönetmeliğin 18 inci maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Faiz basit faiz olup, ödeme tarihine göre günlük faiz hesaplanır ve Yönetmeliğin 19 uncu maddesinde belirtilen süre içinde borcun tamamı ödendiği takdirde faiz talep edilmez."

MADDE 4 - Aynı Yönetmeliğin 19 uncu maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Bu Yönetmeliğin 18 inci maddesi uyarınca hesaplanan toplam borç, muacceliyet tarihinden itibaren on iki aylık taksitle geri ödenir."

MADDE 5 - Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 6 - Bu Yönetmelik hükümlerini Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu yürütür.

RG, 30 Kasım 2010, S. 27771

Coşkun ONGUN
YARGI KARARLARI
İŞİĞİNDA MEDYA
HUKUKU

Legal Yayınları, İstanbul 2010

Yazılı ve görsel basın yani “medya”, geçmişten günümüze dördüncü kuvvet olarak tanımlanır. Halkın bilgi alması ve bilinç oluşturmaya büyük ölçüde medya sayesinde. Bu bilincin oluşturulmasında ortaya çıkabilecek olumlu veya olumsuz süreç ve olgularda medyanın sorumluluğu artmaktadır. Bir haberin verilmiş biçimi, ilgili haberin önüne geçebilmektedir. Kullanılan başlıklar, seçilen sözcükler, atılan manşetler ya da yayına eşlik eden resim ve görüntüler kamuoyunu derinden etkileyebilir; dahası yönlendirici olabilir.

Basın özgürlüğü çerçevesinde kullanılan hakkın ve yerine getirilen görevin sınırları Yasa ile açıkça çizilmiş, öğretici ve uygulama da bu çizilen soyut sınırlamaları somutlaştırmıştır.

Av. Coşkun Ongun tarafından hazırlanan çalışmada, medyanın hukuksal yönü belirleniyor. Yargı kararları eşliğinde derin yorum ve tartışmalara girilmeden mevzuat ve yargı kararları çoğu zaman aynen alıntılanarak ‘medya hukuku’nun çerçevesi yalın biçimde çiziliyor.

Gazete, radyo ve televizyonların yanı sıra İnternet ortamındaki yayınlar da hukuki boyutuyla ele alınıyor.

Basın özgürlüğünün sınırları kişilik haklarının başladığı yerde sonlanıyor. Kişilik hakları sınırının nerede başladığı, özgürlüğün sınırlarının nerede sonlandığı ise kitapta yer verilen yargı kararlarıyla belirgin hale geliyor.

