

AVUKATIN İNTERNETTEKİ YERİ

UBAP

Ulusal
Baro Ağı
Projesi



www.barobirlik.org.tr



UBAP ile

- Bilgilerinizi anında güncelleyebilir,
- Ücretsiz "av.tr" uzantılı e-posta hesabı oluşturabilir,
- CMK görevlendirilmelerinizi takip edebilir,
- Sosyal yardım başvurunuzu yapabilir,
- Staj kredisi bilgilerinizi takip edebilir,
- "av.tr" alan adı başvurunuzu yapabilir,
- TBB ile hızlı iletişime geçebilirsiniz.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
BİLGİ İŞLEM MERKEZİ

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. Özdemir Özek Sokağı 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

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

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

- 7 EDITÖRDEN / FROM THE EDITOR**
- 9 HABERLER / NEWS**
- 25 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT**
- 28 Atilâ SAV**
Avukat Rahmi Mağat Bir Meslek Ustasının Anısına
- HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES**
- 35 Halit YILMAZ**
Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülâkat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar /
Legal Problems of Oral Examination in Process of Recruitment of Judges
- 53 Sedat ÇAL**
İdare Hukukunda Bilimsel Yaklaşım Sorunu -II / The Issue of Scientific Approach
in Administrative Law -II
- 82 Kutluhan BOZKURT / Murat TÜRE**
Avusturya ve İsviçre Sistemlerinde Hukuk Eğitimi / Legal Training in Austrian
and Swiss Systems
- 108 Denizhan HOROZGİL**
Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli (TCK m. 103/1) / The Basic Form of
Crime of Child Sexual Abuse (TPC article 103/1)
- 147 Mehmet AKBAL**
Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım / Legal Aid in Civil Procedure Law
- 174 Metin TOPÇUOĞLU / Ömer ÇON**
Ticari İşletme Rehninde Rehin Alacaklısının Korunması / Protection of the Pledge
Creditor in the Undertaking Pledge
- 215 Sinan BAYINDIR**
Sermaye Piyasası Kanunu'nun 49. Maddesinde Yer Verilen "Yazılı Başvuru
Şartı"nın Hukuki Mahiyetine ve Sonuçlarına İlişkin Bir Değerlendirme / A Study
Over the Legal Nature and Effects of the Provision of the Provision of Written
Application Stated in Article 49 of the Law on Capital Market
- 239 Kerem CANBAZOĞLU / Dilhun AYAYDIN**
İmar Planlarının Yargısal Denetimi -I / Judicial Review of Zoning Plans -I

MAKALELER / ARTICLES

- 283 Ahmet İYİMAYA**
Siyaset Kurumunun Ortak Günahı: Yasama Reformu / Common Sin of the Political System: Legislative Reform
- 340 M. Serhat KAŞIKARA**
Avukatsız Yargı Reformu / Judiciary Reform Without Advocate
- 361 Vehbi Kadri KAMER**
Amerika Birleşik Devletlerinde Bulunan İki Yıl ve Daha Kısa Süreli Hapis Cezasının Yerine Getirildiği Ceza İnfaz Kurumlarında Ölen Hükümlü ve Tutuklular ile İlgili Araştırma / Study on the Report Concerning 'Mortality in Local Jails, 2000 - 2007'
- 383 Serkan CENGİZ**
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı / Right to Life in the Light of the Case-Law of the European Court of Human Rights
- 405 Hasan DURSUN**
Fuhşa ve Fuhuş Hakkındaki Temel Türk Hukuk Normlarına Genel Bir Bakış / A General Perspective on Prostitution and Basic Turkish Law Related with Prostitution
- 443 Mesude ALTUNEL**
Sivil İtaatsizlik ve Mohandas K. Gandhi / Civil Disobedience and Mohandas K. Gandhi

KARARLAR / DECISIONS

- 459 Yargıtay Kararları / Decisions of the Court of Cassation**
- 471 Disiplin Kurulu Kararları / Decisions of the Disciplinary Committee**
- 481 YASALAR, TÜZÜKLER, YÖNETMELİKLER / LEGISLATION**
- 500 EKLER / APPENDIX**
- 510 KİTAPLAR, DERGİLER / BOOKS, PERIODICALS**

editör'den

Yargıtay ve Danıştay yasalarında yapılan değişiklikler bağlamında en çok duyulan söz/gerekçe, "aşırı iş yükü" oldu. Yasaların çıktığı ve ortalığın durulduğu günlerde Mustafa Tören Yücel, "Yeni Türk Ceza Siyaseti" adlı bir kitap yayınladı. (Kitap için Kitaplar-Dergiler bölümüne bkz.)

Mustafa Tören Yücel'in kitabından tartışma konusu "aşırı iş yükü" konusunda can alıcı bazı sonuçlar çıkarılabilir:

a. "Aşırı iş yükü", ancak, metropol adliyeleri için söz konusudur.

b. "Zor/çetin davalar" (*hard cases*) sayısı çok değildir.

c. Yargıtay ceza dairelerinde meydana gelen iş yığılması yasama faaliyetinin özensizliği yanında Yargıtay'ın yasama faaliyetine uygun bir strateji saptayamamasının da etkisi bulunmaktadır. Yargıtay dairelerinde 10. Ceza Dairesi uygulamasında olduğu gibi bir "ön inceleme" mekanizması bile "aşırı iş yükü" açısından rahatlık sağlayabilmiştir. (s. 84)

Özellikle ilk iki tespit, yargı reformu konusunda fikir üretmeler açısından büyük önem taşımaktadır. Öncelikle çözüm önerilerinin önceliği bu tespitlere göre yapılmalıdır. İkinci olarak "aşırı iş yükü" bahanesi altında "makul süre" aşımını ve davaların "zamanaşımı"na uğramasını hoş görmenin mümkün olmadığını ortaya koyan bu gerçekler büyük önem taşımaktadır.

* * *

Dergimiz 2003 yılının Eylül ayında çıkan 48. sayısından beri aynı format ve anlayışla yayını sürdürmektedir. Elinizde bulunan 93. sayıda bilimsel ağırlıklı ve uygulamada faydalanılabilecek makaleler yer almaktadır. Yazarlarımızın bizi tercih etmelerinden dolayı teşekkürlerimi sunarım.

Bu sayımızda özellikle Av. Ahmet İyimaya'nın "Siyaset Kurumunun Ortak Günahı Yasama Reformu" ve M. Serdar Kaşıkara'nın "Avukatsız Yargı Reformu" başlıklı incelemeleri alanlarında önemli yazılardır. "Reform" sözünün sıkça tekrarlandığı, ancak sadece yerinde sayan "patinaj" yaptıran sıradan ve hatta sistemi daha "geriye götüren" değişikliklerin "reform" zannedildiği ve "reform" diye sunulduğu ülkemizde, bu yazıların gerçek reformun nasıl olması gerektiği açısından anlamı bulunmaktadır. Saygılarımla.

Teoman Ergül



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

"TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ FARUK EREM ÖDÜLÜ"

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu 2011 yılında
Türkiye Barolar Birliği Kurucu Başkanı Faruk Erem adına
"ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAşVURU"
konusunda

"TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ FARUK EREM ÖDÜLÜ"

için yarışma düzenlemiştir.

- ✓ Yarışmaya sadece hukukçular katılabilecektir.
- ✓ Yarışmada yaş sınırlaması yoktur.
- ✓ Yarışmaya katılacak yapıtlar daha önce yayınlanmamış olmalıdır.
- ✓ Katılımcılar yarışmaya gönderilecek yapıtlarını rumuz veya takma adla göndermeli, gerçek ad ve kimliklerini kapalı bir zarf içinde bildirmelidirler.
- ✓ Yarışmaya katılacak yapıtlar elektronik ortamda ve ayrıca dokuz çıktı halinde (Türkiye Barolar Birliği, Oğuzlar Mahallesi Özdemiş Ök sokak No:3, 06520 Balgat / ANKARA) adresine gönderilmek üzere,

01 Temmuz 2011 Cuma günü Saat:17.00'ye kadar

- ▶ Taahhütlü olarak postaya veya kargoya teslim edilmelidir.
- ▶ Elden verilecek makaleler değerlendirmeye dahil edilmeyecektir.

- ✓ Yarışmaya katılacak yapıtlar en az A4 ebadında 1.5 aralıkla ekleri hariç otuz sayfa olmalıdır
- ✓ Yarışmada birinciliğe layık görülen yapıta 5.000.-TL ödül verilecektir
- ✓ Ödül kazanan ve yayımlanması uygun görülen yapıtların yayım, gösterim ve çoğaltma hakları Türkiye Barolar Birliği'ne aittir.
- ✓ Değerlendirme Kurulu Üyeleri yarışmaya katılamazlar.

YARIşMA SONUCU 09 AĞUSTOS 2011 GÜNÜ AÇIKLANACAKTIR.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ YÖNETİM KURULU TUTUKLAMA VE TAHLİYELERLE İLGİLİ BASIN AÇIKLAMASI YAPTI

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, 4 Ocak 2011 tarihinde tutuklamalar ve TCK'nın 102 ve 252. maddeleri gereğince yapılan tahliyelerle ilgili olarak aşağıdaki basın açıklamasını yaptı:

“Evrensel ceza yargılaması ilkeleri bağlamında ve “suçsuzluk karinesi” uyarınca tutuklama, ceza niteliğinde olmayan, istisnai nitelikte olan, sadece “son çare” olarak başvurulabilen ve mutlak surette “makul sürede” sona erdirilmesi gereken bir tedbirdir. Bu niteliği göz önüne alındığında, “tutuklamada azami süre” kavramının, “mutlak olarak tüketilmesi gereken süre” olarak kabul edilmesi ve bu şekilde uygulanması hukuka ve adalet ilkesine uygun değildir.

Her ne kadar iç hukukumuzun bir parçası olan ve o nedenle uygulanması zorunlu bulunan AİHS'nin 5. maddesinde azami bir tutukluluk süresi öngörülmemiş ise de, sözleşmenin 5/3. maddesinde tutukluluk süresinin “makul süreyi aşmaması gerektiği” hususuna; “... sanık makul bir sürede yargılanma veya yargılama sürerken salıverilme hakkına sahiptir. Salıverme, bu kimsenin duruşmada hazır bulunması için güvenceye bağlanabilir” denilmek suretiyle yer verilmiş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin emsal kararlarında da bu hükme işlerlik kazandırılmıştır.

Yine bu husus, iç hukukumuzda “Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır ...” hükmünü içeren Anayasa'mızın 19/8.maddesinde ifade edilmiştir.

Hal böyle iken 31 Aralık 2010 tarihinde yürürlüğe giren “tutuklulukta azami süre”ye ilişkin CMK'nın 102. maddesi ile yine “CMK'nın 252. maddesi kapsamındaki suçlarda tutuklulukta azami süre” konusunda, kimi yerel mahkeme kararları ile Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin kamuoyuna dün açıklanan “tutuklamada azami süreyi, temel süre üzerinden değil de, uzatılan süreyi de temel süreye eklemek suretiyle belirlediği azami tutuklama süresine” ilişkin kararı ve yine bu kararlar referans gösterilmek suretiyle yapılan hukuki değerlendirmeler; ceza hukukunun evrensel ilkelerine, AİHS ile Anayasa'mızdaki düzenlemelere, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun amacına, temel hak ve özgürlüklerle ilgili yorumların dar kapsamlı ve kişiler aleyhine değil, geniş kapsamlı ve kişiler lehine yorumlanması ve yine “Güvenlik Hakkı/ Adil Yargılanma Hakkı”nın bir güvencesi olarak önceki uygulamalardaki sakıncalar göz önüne alınarak tutukluluk süresine yasa ile getirilen bu sınırlamaların, yasanın amacı aşılarak ve hakkın özüne zarar verir biçimde yorumlanmaması gerektiği ilkesine açıkça aykırıdır.

Bu hususlar ile ceza mevzuatının yoruma kapalılığı ilkesi, yine herkesin anlayabileceği açıklıkta olması gerektiği hususları göz önüne alınmak suretiyle CMK'nın 102 ve 252. maddelerinin Yüce Meclis tarafından ivedilikle ele alınarak yeniden düzenlenmesi gerekir.”

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ YÖNETİM KURULU VE İHM TARAFINDAN GÖRÜLMEKTE OLAN DAVALAR TAKİP EDİLMEYE DEVAM ETMEKTEDİR

Türkiye Barolar Birliği ve İnsan Hakları Merkezi (İHM) tarafından daha önce takip

edilmekte olan davaların takibine dair bir basın duyurusu yayımladı. Bu basın duyurusunun bir bölümü aşağıya alınmıştır:

“Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu’nun önceki kararları çerçevesinde, Yönetim Kurulu üyeleri ve TBB İnsan Hakları Merkezi üyeleri tarafından takip edilmekte olan;

- **Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi’nde** görülen ve kamuoyunda KCK Davası olarak bilinen davanın 13 Ocak 2011 tarihli duruşması,

- **İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi’nce Silivri Ceza İnfaz Kurumları Yerleşkesi’nde** görülen ve kamuoyunda 2. Ergenekon Davası olarak bilinen davanın 17 Ocak 2011 tarihli duruşması,

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. V. Ahsen Coşar başkanlığındaki heyet tarafından izlenecektir.

Ayrıca; Türkiye Barolar Yönetim Kurulu; Agos Gazetesi Genel Yayın Yönetmeni Hrant Dink’in öldürülmesine ilişkin İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi’nde görülmekte olan davanın,

- **İnsan haklarının korunması kapsamında** değerlendirilmek üzere; Türkiye Barolar Birliği tarafından takip edilmesine,

7 Şubat 2011 tarihli duruşmasının Başkan Av. V. Ahsen Coşar ile yönetim kurulu üyelerince izlenmesine karar vermiştir.

Avukat Vedat Ahsen Coşar başkanlığındaki Türkiye Barolar Birliği heyeti, yukarıdaki karar uyarınca, Silivri’de görülmekte olan “2. Ergenekon Davası”nı izledi. Bu münasebetle gazetecilerin sorularını cevaplandıran Türkiye Barolar Birliği Başkanı Vedat Ahsen Coşar, şu açıklamayı yaptı:

“Türkiye Barolar Birliği hem bir meslek

kuruluşu, hem de bir hukuk kuruluşudur. Dolayısıyla hukukla veya hukuksuzlukla ilgili her konuyla ilgilenmek durumundadır. Ayrıca Avukatlık Kanunu’nun 76. maddesi gereğince insan hakları ile ilgilenmek de Baroların ve Türkiye Barolar Birliği’nin görevidir. Adil yargılanma hakkı, insan haklarının bir parçası olmakla bu konuyla da ilgilenmek, Baroların ve Türkiye Barolar Birliği’nin görevidir. Bu nedenle Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından alınan karar gereğince kamuoyunu ilgilendiren davaları izliyoruz. Geçen hafta, 13 Ocak 2011 Perşembe günü Diyarbakır’da “KCK Davası”nı izledik. Bugün bu davayı izliyoruz. Önümüzdeki günlerde “Hrant Dink Davası”nı, “Hayata Dönüş Operasyonuyla İlgili Dava”yı, «Şemdinli Davası»nı izleyeceğiz. Biz sadece izliyoruz. Hiç kimsenin destekçisi değiliz. Bu davaları izledikten sonra, bütün bunları bir rapor haline getireceğiz. Esasen raporlamaya “Tutuklama Raporu”yla başladık. Kamuoyu tarafından çok ilgi gören ve 1. baskısı tükenen “Tutuklama Raporu”nu güncellemek suretiyle 2. baskı olarak yeniden yayınladık.”

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ ANAYASA MAHKEMESİ’NİN “SÜPER MAHKEME” OLMASINA KARŞI ÇIKTI

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. V. Ahsen Coşar 31 Ocak 2011 günü düzenlediği basın toplantısında aşağıdaki sunumu yaptı:

“Anayasamızda yapılan değişiklik gereğince, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunma hakkının kabul edilmesinden amaç; insan hakları ihlallerine karşı ulusal düzeyde hak arayışını güçlendirmek, bu yolla insan hakları ihlallerinin önüne geçmek, Av-

rupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin giderek artan iş yükünü hafifletmek, bu mahkemece Türkiye aleyhine hükmedilen tazminat miktarlarını azaltmaktır.

Bu olgu karşısında, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetki alanı ile bireysel başvuru hakkının kullanılma çerçevesinin, Anayasa'da yapılan değişiklik hükmüne, bu değişikliğin amacına, bireysel başvuru hakkının niteliğine uygun biçimde belirlenmesi gerekir.

Bu biçimde değil de, Anayasa Mahkemesi'ni, Yargıtay'ın, Danıştay'ın ve diğer yüksek mahkemelerin üzerinde ve bu mahkemeler tarafından verilecek tüm kararların son inceleme mercii olarak yapılandırmak son derece yanlış olacaktır.

Kaldı ki, yargı sistemini bir daha düzeltilemeyecek biçimde tahrip edecek olan böyle bir düzenleme, Anayasa'nın 148. maddesi hükmüne de açıkça aykırıdır.

Diğer taraftan, Türkiye'nin çok ciddi ve radikal ölçekte bir yargı reformuna ihtiyacı olduğu açık ve tartışmasızdır. Bu ihtiyacın giderilmesi için öncelikle yerel mahkemeleri, gerek sayı, gerekse kaliteli yargıç bazında güçlendirmek, istinaf mahkemelerini aynı şekilde tahkim ederek bir an önce işler duruma getirmek ve dolayısıyla Yargıtay'a ve Danıştay'a gidecek iş sayısını azaltmak suretiyle bu mahkemeleri kuruluş amacına uygun biçimde bir içtihat mahkemesi konumuna döndürmek gerekir.

Bu çerçevede işaret etmek gerekir ki, İtalya hariç bugün dünyanın hiç bir ülkesinde üye sayısı bizdeki kadar olan bir yüksek mahkeme yoktur. Yapılması düşünülen değişikliklerle bu sayıyı daha da artırmak bu mahkemeleri yüksek mahkeme statüsünden çıkarmak demektir. Kaldı ki, yargının sorunlarını çöze-

bilmek için Yargıtay'ın ve Danıştay'ın üye ve daire sayısını artırmak çözüm olmadığı gibi, böyle bir düzenleme içtihat birliğini ortadan kaldırma tehlikesini içermekle, hukuk güvenliği yönünden de son derece sakıncalıdır.

Yargının yükünün azaltılabilmesi için, yerel mahkemeleri, gerek sayı, gerekse kaliteli yargıç bazında güçlendirmenin, istinaf mahkemelerini aynı şekilde tahkim ederek bir an önce işler duruma getirmenin yanı sıra yapılması gereken bir diğer husus; tahkim, arabuluculuk, uzlaşma gibi klasik yargılama faaliyetlerine alternatif çözüm yollarını bir an önce işler duruma getirmek ve yine kamu kurum ve kuruluşlarının ihtilaf yaratma becerilerini köreltmektir. Diğer bir deyişle idarenin her türlü eylem ve işlemini hukuka uygun biçimde yapmasını sağlamaktır.”

CHP'nin halkı direnişe çağırması konusundaki düşüncesi sorulan Türkiye Barolar Birliği Başkanı, bu konuda şunları söyledi:

“Herhalde şaka yapmışlardır. Şaka yapmamışlarsa eğer, demokrasilerde protesto hakkı, gösteri ve toplantı yürüyüşü yapma hakkı ve hatta koşulları var ise sivil itaatsizlikte bulunma hakkı vardır, ama direniş veya isyanda bulunma hakkı yoktur. Demokrasilerde seçim vardır.” dedi.

“Yüksek yargıda üye sayısının artırılması konusunda hükümetin kafasında başka bir şey mi var?” biçimindeki soruya Birlik Başkanı; “Hükümetin saikini bilemem, saik sorgulaması yapmak da istemem” yanıtını verdi.

Yargının ve siyasi iktidarın bir kaç yıl öncesine göre bugün farklı pozisyonda oldukları konusundaki soru üzerine Birlik Başkanı şunları ifade etti: “Gerek iktidarıyla, muhalefetiyle siyasiler, gerekse Yargıtay ve Danıştay ile diğer sivil toplum kuruluşları bu konuda istikrar-

lı ve tutarlı değiller. Bütün bu aktörler, siyasi konjonktüre göre, ülkedeki gelişmelere göre pozisyon alıyorlar. Dün hükümet, Yargıtay ve Danıştay'ın üye ve daire sayısını indirmek için girişimde bulunmuştu. Şimdi tamamen tersini yapıyor. Dün üye ve daire sayısının artırılmamasını isteyenler bugün bunu istemiyorlar. Oysaki halk nezdinde inandırıcı olabilmek için önce tutarlı olmak gerekir.”

“İstinaf mahkemelerinin bir an önce işler hale getirilmesi gerektiğini” ifade eden Birlik Başkan devamla; “İstinaf mahkemelerinin kurulması halinde Yargıtay ve Danıştay'a ilave daire kurmanın bir anlamı ve işlevi kalmayacak”.

Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun “eldeki dosyaların 1-2 senede bitirilebileceği” yönündeki açıklamasının hatırlatılması üzerine Birlik Başkanı; “Hiç iş gelmezse bu kadar dosyanın bitirilmesinin olağanüstü bir çabayla mümkün olabileceğini” belirtti.

“Yargıtay ve Danıştay'a yeni daireler kurulmasına ilişkin tasarının görüşüldüğü komisyondan CHP'li milletvekillerinin istifası, tasarının yasal dayanağı konusunda tartışmaları gündeme getirdi” denilmesi üzerine Birlik Başkanı “Komisyondan bazı üyelerin çekilmesi, komisyonun görevini devam ettirmesine engel değildir kanısındayım. Bu konuda yasal bir engel yok. Çekilmeleri durumunda komisyon, kalan üyeleriyle birlikte çalışmalarını devam ettirebilir” dedi.

Birlik Başkanı'nın, Türkiye Barolar Birliği olarak komisyon toplantısına katıldıklarını, toplantılarda Türkiye Barolar Birliği'ni Başkan Yardımcısı Talay Şenol'un temsil ettiğini ifade etmesi üzerine, komisyon toplantılarına katılan Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Talay Şenol; “Konuyla ilgili farklı

görüşler olduğunu, TBMM İç Tüzüğü'ne göre bireysel istifaların bir boşluk doğurmadığı yönünde iddialarda bulunulduğunu, kurumsal olarak çekilme durumunda bir boşluk doğarmı, doğmaz mı hususunun ise tartışıldığını, bunu kendilerinin de araştıracağını” ifade etti.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ'NİN DÜZENLEDİĞİ MESLEK İÇİ EĞİTİM SEMİNERLERİ DEVAM EDİYOR

Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Bera Besler başkanlığında yürütülmekte olan meslek içi seminerler devam etmektedir.

Bu seminerlerde Ceza Muhakemesi Kanunu, İcra ve İflas Kanunu ve aile hukuku uygulamaları tartışılmaktadır. 2011 yılının ilk iki ayında, Bursa, Edirne, Samsun, Diyarbakır, Aydın, Gaziantep, Antalya, Bolu, Düzce, Sakarya, Balıkesir, Çanakkale, Denizli, Manisa, Tekirdağ ve Kocaeli'de komşu baroların da katılımı ile yapıldı. 2010 yılında da 13 baroda eğitim çalışması yapılmıştır. Seminerler meslektaşlarımız tarafından ilgi ile izlenmektedir.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ STAJYER EĞİTİM PROGRAMI DEVAM EDİYOR

Türkiye Barolar Birliği Sayman üye Av. Sitare Sağsen başkanlığında yürütülen staj eğitimi veremeyen barolara staj eğitiminde belli bir standardı sağlamak üzere eğitim desteği vermek, suretiyle fırsat eşitliği tanımak amacıyla hızlandırılmış avukat stajyeri eğitim programı başlatmış bulunmaktadır.

İlk aşamada Malatya, Adıyaman, Bingöl, Kars, Muş, Kastamonu, Bitlis, Diyarbakır, Şanlıurfa, Şırnak, Ağrı, Erzincan, Hakkari, Düzce ve Niğde'den 47 stajyere iki grup ha-

linde eğitim verildi. Eğitimin yanında Anıtka- bir ziyareti, yaratıcı drama, Sincan Cezaevi gezisi, bowling turnuvası, tiyatro ve sinema organizasyonları da düzenlenmektedir.

“TORBA KANUN” İLE AVUKATLIK MESLEĞİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER YAPILDI

Birliğimizin çalışmaları neticesinde “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”na eklenen avukatlık mesleğine ilişkin hükümler TBMM Genel Kurulu’nda kabul edilerek 13.2.2011 gün ve 6111 sayılı Kanun’la yasalaştı.

Tasarı avukatlara aşağıdaki kazanımları getirmektedir:

- Avukatların işyeri açma ruhsatı alma zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır,
- Tapuda mesken olarak kayıtlı bağımsız bölümlerde avukatların kat maliklerinden izin alma zorunluluğu olmaksızın faaliyetlerine devam etmeleri sağlanmıştır,
- Tüm avukat stajyerlerinin genel sağlık sigortası kapsamına alınması ve primlerinin TBB tarafından ödenmesi sağlanmıştır,

Geri ödemesi yapılmayan staj kredileri ile baro keseneklerinin faizlerinin silinmesi ve ana para borcunun yeniden yapılandırılması- na imkan sağlanmıştır.

TÜRK BORÇLAR KANUNU, TÜRK TİCARET KANUNU İLE HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU RESMİ GAZETE’DE YAYIMLANDI

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun 4 Şubat

2011 günlü 27836 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlük tarihi ise 1 Ekim 2011’dir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve 6110 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, *Resmi Gazete*’nin 14 Şubat 2011 ve 27846 no.lu sayısında yayımlanmıştır. Kanunun 1534. maddesine göre; “(1) Kenar başlıkları metne dâhil olan bu Kanun 1.7.2012 tarihinde; geçici 2. ve geçici 3. maddeler ise bu Kanun’un yayımı ile birlikte yürürlüğe girer. 1524. madde, bu Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girer. Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun hükümleri saklıdır.

2. Bu Kanunun Türkiye Muhasebe Standartları ile ilgili hükümlerinin yürürlüklerine aşağıdaki hükümler uygulanır. Bu Kanun;

a. 1523. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında tanımlanan büyük ölçekli sermaye şirketleri ile bunların konsolidasyon kapsamına giren bağlı şirketleri, iştirakleri ve şirketler toplulukları,

b. Sermaye Piyasası Kanunu’na göre, ihraç ettikleri sermaye piyasası araçları bor-sada veya teşkilatlanmış diğer bir piyasada işlem gören şirketler, aracı kurumlar, portföy yönetim şirketleri ve konsolidasyon kapsamına alınan diğer işletmeler,

c. Bankacılık Kanunu’nun 3. maddesinde tanımlanan bankalar ile bağlı ortaklıkları,

d. 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda tanımlanan sigorta ve reasürans şirketleri,

e. 28/3/2001 tarihli ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanununda tanımlanan emeklilik şirketleri, bakımından 1/1/2013 tarihinde yürürlüğe girer.

3. Küçük ve orta ölçekli sermaye şirketleri ile bu maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar dışında kalan her ölçüdeki gerçek ve tüzel kişi tacirler için yayımlanan ve yayımlanacak olan özel Türkiye Muhasebe Standartları 1.1.2013 tarihinde yürürlüğe girer.

4. Bu Kanun'un anonim şirketlerin denetlenmesine ilişkin 397 ilâ 406. maddeleri 1.1.2013 tarihinde yürürlüğe girecektir."

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ, KABUL EDİLEN TEMEL KANUNLAR KONUSUNDA TANITIM PROGRAMLARI DÜZENLEDİ

Türkiye Barolar Birliği, TBMM tarafından kabul edilen Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hukuk yaşamına getireceği yenilikler ile uygulamada karşılaşılabilecek sorunların çözülmesinde yardımcı olmak üzere tanıtım toplantıları düzenlemeye karar vermiştir.

Başkan Yardımcısı Talay Şenol başkanlığında yürütülecek program çerçevesinde ilk toplantı 19.2.2011 tarihinde Çankırı barosu ile müştereken yapılmıştır. Toplantıya Türkiye Barolar Birliği Başkanı ile Kastamonu, Karabük, Çorum, Kahramanmaraş, Konya, Yozgat, Eskişehir, Afyon, Aksaray, Sivas, Kırklareli, Gümüşhane ve Tokat Baro Başkanları katıldılar.

Prof. Dr. Nevzat Koç, Prof. Dr. Gökhan Antalya, Prof. Dr. Turgut Öz, Yrd. Doç. Dr. Mürsel Başgöl ile TBB Başkan yardımcısı Talay Şenol'un sunum yaptığı toplantıyı hakim ve savcılar ile Çankırı Barosu avukatları ilgi ile izlediler.

İkinci toplantı Aydın'da yapılacaktır.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ, AVUKATLARIN SİGORTA SORUNLARI İLE İLGİLİ GİRİŞİMLERDE BULUNDU

5510 sayılı Kanunu ile serbest çalışan avukatların sigortalılık statülerinde yapılan değişiklik, 1 Ekim 2008 tarihi öncesinde serbest çalışmaya başlayan avukatların emeklilik şartlarında aleyhe değişiklikler getirmiştir.

Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Noterler Birliği, avukat ve noterler aleyhine olan hususların giderilmesi için, Türkiye Büyük Millet Meclisi nezdinde, ortak girişimde bulunmuşlardır. Bu bağlamda; Kanun'un yürürlüğe girmesiyle malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları bakımından Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılan avukatların, Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmaları için çalışmalar sürdürülmektedir.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ, ADALET BAKANLIĞI TARAFINDAN YÜRÜTÜLEN TASLAK KANUN ÇALIŞMALARI İLE İLGİLİ BASIN AÇIKLAMASI YAPTI

Adalet Bakanlığı tarafından adli ve idari yargının yükünün azaltılması amacıyla bazı taslak kanun çalışmaları ile yargı faaliyeti gerektiren bazı konuların noterlere verilmesi ile çalışmalar yapıldığı basında yer alan haber-

lerden öğrenilmesi üzerine aşağıdaki basın açıklaması yapılmıştır:

“4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 598.maddesinde düzenlenen ve sulh hukuk mahkemeleri tarafından verilmesi gereken mirasçılık belgesinin/veraset ilamının ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 164. maddesinde düzenlenen ortak konutu terk eden eşe gönderilecek ihtarnamenin, verilmesi/gönderilmesi görevinin noterlere verileceği öğrenilmiş olmakla, Türkiye Barolar Birliği olarak bu yönde yapılacak olan düzenlemelerin doğru ve yerinde olmadığı görüşünde olduğumuzu, dahası her iki düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğunu kamuoyunun bilgisine özellikle sunmak isteriz. Şöyle ki;

a. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 164. ve 598. maddelerindeki düzenlemelere konu mirasçılık belgesi verilmesi ile ortak konutu terk eden eşe ihtarname gönderilmesi niteliği itibarı ile bir yargısal tasarruf ve faaliyet

b. Bu nitelikteki yargı yetkisi kapsamında olan tasarruf ve faaliyetlerin yargı kurumu olmayan noterlere verilmesi Anayasa'nın 9.maddesi hükmüne aykırıdır.

c. Her iki tasarruf ve faaliyet yapılacak yargılama sonucunda verilecek bir yargı kararını gerektirmekle, yargılama ve karar verme yetkisine sahip olmayan noterlere bu yetkinin verilmesi yargı güvenliği ile hukuki güvenlik ilkelerine aykırıdır.

d. Diğer taraftan miras paylarının belirlenmesi kimi özel durumlarda “Eshab-ı Feraiz”, “Asabe” ve “Zevil Erham” hesaplamaları gibi uzmanlığı gerektirmekle, bu uzmanlığa sahip olmayan noterlere veraset ilamı/mirasçılık belgesi düzenleme yetkisi verilmesi hak kaybına neden olmasının yanı sıra “ni-

zasız yargılama”ya tabi olan bu işlemi nizali hale getirecek ve böylelikle yargılama sürecinin uzamasına neden olacaktır. Dahası bu nitelikteki veraset ilamı/mirasçılık belgesi verilmesi bilirkişi incelemesini gerektirmekle, yargıç yerine noterlere bilirkişi tayin etme görevinin verilmesi hak sahiplerini yargıç güvencesinden de yoksun bırakacaktır.”

BARO BAŞKANLARI TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ'Nİ ZİYARET ETTİLER

Çankırı Baro Başkanı Sayın İdris Şahin, Yozgat Baro Başkanı Sayın Yusuf Başer, Batman Baro Başkanı Sayın Yusuf Tanrıseven ve Sivas Baro Başkanı Sayın Hilmi Bilgin, Siirt Baro Başkanı Sayın Mehmet Cemal Acar, Mardin Baro Başkanı Sayın Azat Yıldırım ve Şanlıurfa Baro Başkanı Sayın İrfan Güven Türkiye Barolar Birliği'ni ziyaret ettiler.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı ve mevcut Yönetim Kurulu üyeleri ile çeşitli konularda görüş alışverişinde bulundular..

“AV. PROF. DR. FARUK EREM AVUKAT EVİ” AÇILDI YARGITAY AVUKAT ODASI YENİDEN DÜZENLENDİ

Türkiye Barolar Birliği'nin Kızılay Karanfil Sokak'ta bulunan eski binasında “Av. Prof. Dr. Faruk Erem Avukatlar Evi” yeni yılın ilk ayında hizmete açıldı.

TBB Başkanı Av. V. Ahsen Coşar, açılış konuşmasında şunları söyledi:

“Vefa sadece kişilere değil, kurumlara da ait olan bir duygudur. Vefa duygusu erdemli insanlarda, erdemli kurumlarda olur. Türkiye

Barolar Birliđi vefalı ve erdemli bir kurumdur. O nedenle Őimdi aĥtıđımız bu avukat evinin adını mesleđimize, Tűrkiye Barolar Birliđi'ne bűyűk emeđi geĥmiŐ ve aynı zamanda Tűrkiye Barolar Birliđi'nin de ilk baŐkanı olan "Av. Prof. Dr. Faruk Erem Evi" olarak koyduk.

Buranın Őimdiki haliyle meslektaŐlarımızın hizmetine sunulması, rahmetli baŐkanı-mız Őzdemir Őzok'un fikriydi. Bir anlamda burayı bu Őekilde dűzenleyip aĥmakla, O'nun da vasiyetini yerine getirmiŐ oluyoruz. Bu mekânın Őimdiki hale getirilmesinde en bűyűk pay ve emek, deđerli Yűnetim Kurulu űyelerimiz Sayın Kadri Necati Markoĥ'un, Sayın Ahmet Gűrel'in, Sayın Mehmet Zeki Durmaz'ın, Sayın Turgay Bilge'nin ve yine Birliđimiz ĥalıŐanlarından műhendis Sayın Serkan AvŐar'ın, mimar Gűlbin İlgűn'űn, BaŐkan DaniŐmanları Sayın Orhan Ekmekĥiođlu ve Sayın Ođuzhan Buhur'undur. Kendilerine yűnetimimiz adına, kendi adıma teŐekkűr ediyorum.

Sizlerin de duygu ve dűŐűncelerine tercűman olduđuna inandiđım bu duygu ve dűŐűncelerle ve hep birlikte kurdeleyi keserek aĥıyoruz. Hepimize hayırlı olsun."

Bu gűnlerde Yargıtay Binası iĥindeki Birliđimize ait "Avukat Odası" yenilenerek meslektaŐlarımızın hizmetine sunulmuŐtur.

TűRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŐKANI V. AHSEN COŐAR ERZURUM BAROSU'NU ZİYARET ETTİ

Tűrkiye Barolar Birliđi BaŐkanı Vedat Ahsen CoŐar, Erzurum'da dűzenlenen 25. Dűnya Ŭniversiteler Arası KıŐ Oyunları'nın 27 Ocak 2011 tarihindeki aĥılıŐına Erzurum Barosu BaŐkanı Mehmet Gűzel'in daveti űzerine katıldı.

Erzurum Barosu'nu ziyaret eden TBB BaŐkanı, avukat ve stajyerleri ile meslek sorunları űzerine sohbet etti.

TűRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ HİZMET ARACI OLMAYAN BAROLARA HİZMET ARACI KAMPANYASI BAŐLATTI

Tűrkiye Barolar Birliđi tarafından baŐlatılan "Hizmet Aracı Olmayan Barolara Hizmet Aracı Kampanyası" kapsamında Yűnetim Kurulu kararıyla 15 Őubat'a kadar 39 baroya araba teslim edilecektir. İlk iki araĥ Çanakkale ve Kırklareli Baro baŐkanlarına, dűzenlenen tűrenle teslim edildi.

PROF. DR. MUAMMER AKSOY MEZARI BAŞINDA ANILDI

Ankara Barosu űnceki baŐkanlarından Av. Prof. Dr. Muammer Aksoy mezarı baŐında anıldı. Anma etkinliđine Tűrkiye Barolar Birliđi'ni temsilen katılan Tűrkiye Barolar Birliđi BaŐkan Yardımcısı Av. Talay Őenol bir konuŐma yaptı:

"Değerli dostlar,

Atatűrk ilke ve devrimlerine dayalı demokratik laik cumhuriyetin yılmaz savunucusu dűŐűn ve bilim adamı, Ankara Barosu'nun ve Tűrk Hukuk Kurumu'nun unutulmaz baŐkanı Prof. Dr. Muammer Aksoy hocamızı bundan 20 yıl űnce bugűn 31 Ocak 1990 da alĥakĥa dűzenlenmiŐ bir saldırı sonucu yitirdik.

Yine aynı deđerlerin savunucusu hukukĥu, dűŐűn adamı, gazeteci yazar ve Tűrk Hukuk Kurumu'nda uzun sűre yűnetim kurulu űyeliđi yapmıŐ bulunan Uđur Mumcu'yu da yine bir Ocak ayı gűnű 24 Ocak 1993'te benzer bir saldırı sonucu kaybettik.

Onların kaybindan duyduğumuz üzüntüyü bugün de yoğun bir şekilde yaşıyoruz. Geçen bunca zamana rağmen bu alçakça cinayetlerin bugüne kadar aydınlatılmamış ve gerçek katillerinin ortaya çıkarılıp cezalandırılmış olmaması, üzüntümüzü acıya, utanca ve zaman zaman da önlenilmesi güç öfkeye dönüştürüyor.

Ancak yılmaya, umutsuzluğa kapılmaya hakkımız yok. Onlar da yılmadılar, umutsuzluğa kapılmadılar. Umudu bir ilke olmaktan çıkarıp eyleme, yaşanan olgu haline dönüştürmek için mücadele ettiler.

Yapacağımız mücadeleyi onların bıraktıkları yerden devam ettirmektir. Ancak bu şekilde onların ölümlerine anlam kazandırabiliriz.

Biz 70.000 avukatın ve onların temsilcisi barolar ve Türkiye Barolar Birliği olarak bu gün de bu mücadeleyi sürdürme azim ve kararlılığımızdayız.”

BARO BAŞKANLARI TOPLANTISI 11-12 MART GÜNLERİ ANKARA’DA YAPILACAK

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunun 03-04 Şubat 2011 günlü, 2011-143 sayılı kararı ile 11-12 Mart 2011 tarihlerinde Baro Başkanları toplantısı yapılacaktır.

11 Mart 2011 günü 10:00 ile 18:00 saatleri arasında uzmanlar tarafından Arabuluculuk Kurumu ile ilgili olarak bilgilendirme yapılacak, 12 Mart 2011 günü ise Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin gündeminde bulunan “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı*” tartışmaya açılarak Avukatlık Kanunu’nun 110/1. maddesi çerçevesinde ortak görüş oluşturulmaya çalışılacaktır.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANI V. AHSEN COŞAR “İHİRAP” TANITIM TOPLANTILARINDA KONUŞTU

TBB İnsan Hakları Merkezi tarafından yürütülmekte olan İHİRAP, insan hakları ihlallerinin izlenmesini, araştırılmasını, rapor haline getirilerek öneriler geliştirilmesini ve çalışmalarından elde edilecek sonuçların kamuoyu ile paylaşılmasını hedeflemektedir.

Projenin tanıtımı, tartışılması ve çalışmalara eylemli katılımın sağlanması amacıyla yapılması İHM tarafından planlanan bölge toplantılarının ilki, 18 Aralık 2010 günü İzmir’de gerçekleştirilmiştir. Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. V. Ahsen Coşar, Mardin’de yapılan İnsan Hakları İzleme, Raporlama ve Arşivleme Projesi - İHİRAP’ın 2. Bölge Toplantısı’na katıldı. Ayrıca Mersin, Artvin/Hopa ve İstanbul’da da toplantılar yapıldı.

TBB Başkanı Vedat Ahsen Coşar’ın bu toplantılarda yaptığı açılış konuşmalarının tam metni www.barobirlik.org.tr sitesine bulunmaktadır.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ, UNDP İLE “MUTABAKAT METNİ” İMZALADI

Undp/Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı’nı temsilen Birleşmiş Milletler Daimi Koordinatörü ve Türkiye Daimi Temsilcisi Shaid Najam ile Türkiye Barolar Birliği’ni temsilen Birlik Başkanı Av. V. Ahsen Coşar arasında imzalanan “*Mutabakat Metni*” ile taraflar; adli yardım ve alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının geliştirilmesi projeleri ile sınırlı olmaksızın, adalete erişim ve hukukun üstünlüğünün güçlendirilmesi konularında işbirliği yapmayı kararlaştırdılar.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ İKİ ESKİ YÖNETİCİSİNİ YİTİRDİ



Türkiye Barolar Birliği'nin kuruluş aşamasında Ankara Barosu Başkanı sıfatıyla 1169 Barosu sayılı yasanın geçici 10. maddesi gereğince kuruculuk görevi yapmış olan Av. Rahmi Mağat, 4 Ocak 2011 tarihinde Ankara'da vefat etti.

1927 doğumlu olan Rahmi Mağat, Ankara Barosu Başkanlığı (1968-1970), TBB Saymanlığı (1972-1973) ve Genel Sekreterliği (1974-1975) yanı sıra Türkiye Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu üyeliği de yapmıştı.

Üstadımız Rahmi Mağat'ın mesleki geçmişi ve TBB kuruculuğu dışında yönetimde görev aldığı günlerdeki çalışmaları hakkında, önceki TBB Başkanlarından Av. Atilla Sav'ın yazısını yayımlamaktayız.*

Merhum, 5 Ocak 2011 günü Kocatepe Camii'nde kılınan cenaze namazını takiben Cebeci Asri Mezarlığı'nda toprağa verildi.

* * *

2005-2009 yılları arasında Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu üyeliği yapmış bulunan İzmir Barosu avukatlarından Ahmet Muhsin Ergazi, 25.1.2011 günü İzmir'de vefat etti.

Ahmet Muhsin Ergazi, Manisa Kula İlçesi'nde 29 Nisan 1944 günü doğdu. 3.8.1968 tarihinde Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirdi ve 8.10.1069 tarihinde İzmir Barosu'na kaydoldu. Ölünceye kadar İzmir'de serbest avukatlık yaptı.

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu üyeliği yanında Altay Kulübü'nde de yöneticilik yapan meslektaşımız, İzmir Barosu Başkanlığı'na da aday olmuştu.

Eski yöneticilerimize Allah'tan rahmet, eş ve çocukları ile yakınlarına, dost, arkadaş ve meslektaşlarına başsağlığı ve sabırlar dileriz.



* Bkz. s. 28.

AVRUPA BİRLİĞİ'NDEN VE DÜNYADAN HABERLER*

• Değişen Roller ve Macaristan'ın Dönem Başkanlığı

1 Ocak 2011 itibariyle AB Konseyi dönem Başkanlığı Macaristan'a geçmiş olup, başkanlık dönemi Ocak - Haziran 2011 dönemini kapsamaktadır. AB'nin üçlü başkanlık olarak anılan son döneminin üçlü başkanlığında; İspanya, Belçika ve Macaristan bulunmaktadır. Başkanlık Programı; "Güçlü Avrupa" olarak belirlenmiş olup, Avrupa'da sürmekte olan ekonomik kriz bu dönemde gündemin önemli maddelerinden biri olarak ele alınacaktır. Bu dönemin hedefleri; Avrupa sosyal yapısını korumaya yönelik büyüme ve istihdam, daha güçlü Avrupa, vatandaş yanlısı Birlik, genişleme ve komşuluk politikaları olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda, 1 Ocak 2011 tarihinden itibaren Macaristan Başkanlığı'nın görevi, gündemdeki konuları 27 üye devletin çıkarları doğrultusunda şekillendirmek olacaktır. Macaristan Başkanlığı bu altı aylık dönem içinde yukarıda belirtilen dört öncelik üzerinde çalışmalarını sürdürülecektir. Bu itibarla; Romanya ve Bulgaristan'ın Şengen bölgesine dahil edilmesi, 35 başlık üzerinden müzakerelerini tamamlamış bulunan Hırvatistan'la yıl ortası itibariyle bütün müzakereleri tamamlamak ve Hırvatistan'ın AB'ne tam üyelik tarihini belirlemek(bu tarih 2013 olarak öngörülmektedir) olacağı gibi, Başkanlık Türkiye ile yapılmakta olan müzakerelerde ilerleme kaydetmek istemektedir. Bu dönem, Macaristan'ın tanıtılması bakımından da etkili bir dönem olacaktır. Macaristan Başkanlığı'nın önemli görevleri aşağıdaki gibi dağıtılmış bulunmaktadır;

- Viktor Orban, Baş Bakan
- Zsolt Semjen, Bakan

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

- Tibor Navrascis, Kamu Yönetimi ve Adalet Bakanı
- Csaba Hende, Savunma Bakanı
- Janos Martonyi, Dış İşleri Bakanı
- György Matolcsy, Ulusal Ekonomi Bakanı
- Sandor Pinter, İç İşleri Bakanı

Macaristan Posta idaresi, dönem başkanlığı onuruna 7 Şubat 2011 tarihinde bir posta pulu çıkarmıştır.

• AB Birleşmiş Milletler Sözleşmesini Onaylamıştır

AB tarihinde bir ilke imza atılmış ve AB tarihinde ilk defa uluslar arası insan hakları sözleşmesine taraf olmuştur. AB tarafından 2007 yılında imzalanan; “Özürlü Kişilerin Haklarının Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu”nu (UN Convention on the Rights of People with Disabilities) onaylamış bulunmaktadır. Söz konusu Sözleşme 27 AB devleti ve 120 devlet tarafından imzalanmış bulunmaktadır. 16 AB Devletince de onaylanan Konvansiyon; özürlü kişilerin siyasi, medeni, sosyal ve ekonomik haklarını korumak ve güvence altına almak için asgari standartları belirlemektedir. Diğer bir ifade ile Sözleşme ile taraf devletler; özürlü vatandaşlarına da diğer vatandaşlara sağlanan ve yararlandıkları hakları sağlamayı taahhüt etmektedirler. Bu bağlamda, AB bütün yasal düzenlemelerini, politika ve programlarını bu Sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirmekle yükümlü bulunmaktadır.

• Verilerin Korunması

Bilineceği gibi, Lizbon Antlaşması herkese, kişisel verilerinin korunması hakkını vermektedir. Bu doğrultuda, 4 Kasım 2010 tarihinde AB, kişisel verilerin korunmasının güçlendirilmesi için bir Strateji planı yayımlamıştı. Bu bağlamda 2009 yılında konuya ilişkin olarak başlatılan çerçeve düzenlemenin, gözden geçirilmesinin 2011 yılı itibarıyla tamamlanması ve bir yasal düzenleme önerisi olarak sunulacağı tahmin edilmektedir. Sunulacak düzenleme taslağı, 1995 tarihli Verilerin Korunması Direktifi’ne değişiklik getirecektir. Diğer taraftan, Komisyon bu konudaki stratejiyi kamuoyu görüşüne sunmuş olup, 15 Ocak 2011 tarihine kadar öneriler beklenmektedir. Görüşler yapılacak yeni düzenle-

me bakımından ışıktutacaktır.

Bu bağlamda, bir diğer girişim de 8 Şubat'ın daha güvenli internet günü olarak kutlanmasıdır. Günün amacı, çocuklar, öğretmenler, veliler ve meslekler bakımından internet kullanımında güvenlik, sorumluluk ve kullanım şekli konusunda farkındalık yaratmaktır. Anma günü dünya genelinde 65 ülkede kutlanmaktadır. *Avrupa Dijital Gündemi'nin (Digital Agenda for Europe)* en önemli konularından birini oluşturmaktadır.

- **Alternatif Çözüm Yolları
(Alternative Dispute Resolution) (ADR)**

Ticari işlemler ve uygulamalarda ADR yoluna başvurulması gündemde bulunmaktadır. Avrupa Birliği Komisyonu konuya ilişkin olarak uygulamacılar, sanayiciler, ticari iş ve işlemlerde bulunanlar ile tüketicilerin görüşlerine başvurmuştur. Bu doğrultuda 18 Ocak tarihinde bir kampanya başlatılmış olup, söz konusu ilgili grup görüşleri 15 Mart tarihine kadar beklenmektedir. Komisyon, mahkemeler nezdinde dava açmaktan daha esnek, ucuz, hızlı ve resmiyeti daha az bir yöntem olarak değerlendirdiği ADR'yi, sınır ötesi ihtilafların giderilmesinde de etkili bir yöntem olarak görmektedir.

- **Hizmetlerin Sınır Ötesi Sunulması**

Avrupa Parlamentosu, Hukuk İşleri Komitesi 26 Ocak tarihinde gerçekleştirdiği toplantıda; üye devletlerin Hizmetler Direktifi'ni bir an önce yürürlüğe koymalarının önemini altını çizmiştir. Konuya ilişkin olarak çeşitli konferanslar düzenlenmiş ve şirket ve kuruluşların söz konusu Direktifin uygulanması ile daha iyi işleyen bir ekonomi ve tek pazarın yararlarından daha fazla istifade edecekleri belirtilmiştir.

- **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) 2010 yılı ihlaller raporu yayımlanmıştır. Rapora göre, Türkiye, 2010'da yargı alanında en çok ihlal yapan ülke sıralamasında önde gelen ülkeler arasında yer almaktadır. . 2010 raporunda Türkiye hakkında

verilen 278 karardan 228'inde en az bir ihlal tespit edildiği belirtilmektedir. İhlal kararlarının 83'ünde uzun süren yargılamalar en başta gelirken, bunu 80'le özgürlük ve güvenlik ihlali, 42 ile adil yargılanma hakkı oluşturmaktadır. 2009 rakamlarında da uzun yargılamalardan kaynaklanan şikâyetler dikkat çekmektedir. AİHM'nin daha önceki raporlarındaki bilgiler ise 2010'da birinci sıraya yerleşen uzun yargılama şikâyetlerinin geçmiş dönemlerde çok az yer aldığını göstermektedir.

• İngiltere ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

İngiltere'de bir düşünce kurumu olan "*Policy Exchange*" ulusal mahkemelerin yararın almak üzere ülkenin AİHM'den çekilmesi konusunda çalışmalar yapmak üzere bir çağrı yapmıştır. İngiltere AİHS'yi yasal düzenlemesinin bir parçası haline getirmiştir. Ülke söz konusu Mahkemeden çekildiği takdirde insan hakları konusunda son söz yerel mahkemelere ait olacak ve bu kararlara karşı AİHM nezdinde temyiz hakkı da olmayacaktır. Konuya ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerde, AİHM'den çekilmenin İngiltere'nin insan haklarını koruma konusundaki ve Avrupa Konseyi ile AB kurumlarına karşı taahhüdünü zedeler nitelikte bulunmuştur.

• Ceza Hukuku

AB üyesi devletlerin adalet bakanları, 3 Aralık 2010 tarihinde bir araya gelerek ceza yargılamasında bilgi edinme hakkına ilişkin olarak bir Direktif önerisinde bulunmuşlardır. Bu inisiyatifin amacı, sanıkların; anlayabildikleri kendi dilleri ile sahip oldukları hakları hakkında bilgi sahibi olabilmelerini sağlamaktır. Katılan Bakanlar söz konusu yaklaşımı olumlu bulmuştur. Bu bağlamda, Direktif kapsamında yapılan öneri doğrultusunda anlaşma sağlanabilmesi için konu Avrupa Parlamentosu'na iletilmiştir. Bu Direktif önerisi; yol haritasından olarak bilinen haklara ilişkindir. Diğerleri, sanığın tutuklanma sebebini bilme hakkı, avukat tutma hakkı ile anlamadığı dildeki belgelerin anlayabileceği dile çevrilmesi hakkına ilişkin haklar olarak sıralanmaktadır.



- **Adli Yargı**

AB komisyonu, 14 Aralık 2010 tarihinde Brüksel I olarak bilinen ve medeni ve ticari davaların tanınma ve tenfizine ilişkin olan Yönetmeliği gözden geçirmek üzere ele almış ve konuya ilişkin bir öneri sunmuştur. Bu öneri; “*tenfiz*” usulünün ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Öneriye göre; başka bir ülke mahkemesince verilen kararlar tenfiz usulüne tabi olmaksızın otomatik olarak icra edilebilecektir. Öneride ayrıca AB ülkesi dışında ihtilaf yaşayan tüketicilere ilişkin kolaylıklar, mahkeme ve tahkim seçimine konusunda açıklıklar da getirilmektedir. Bu önerinin temel amacı masrafların düşmesi, sınır ötesi dava açma usulünü mümkün kılmak ve uzun yazışmaları önlemek olarak belirtilmektedir. Konuyla ilgili olarak yayımlanan Yeşil Kitaba karşı görüş bildirmek için 30 Nisan 2011 tarihine kadar süre verilmiştir.

- **Fikri Haklar**

12 AB üyesi devlet, AB patenti oluşturulmasına yönelik taleplerini AB Komisyonu’na bildirmişlerdir. Bu talebin yapılma sebebi 27 üye devletin bu konuda anlaşamamasıdır. Bu doğrultuda talep edilen mevzuat sadece talepte bulunan 12 devlet arasında geçerli olacaktır. Bu ülkeler; Danimarka, Almanya, Estonya, Fransa, Finlandiya, Litvanya, Lüksemburg, Hollanda, Polonya, Slovenya, İsveç ve İngiltere’dir. 13 ülke daha bu girişime katılma isteği belirtmişse de İspanya ve İtalya bu yöntemin en son başvurulacak yol olduğunu ifade ederek bu oluşuma katılmamak istemektedir. Parlamento’nun öneriyi kabul etmesi ve görüşmelerin planlandığı şekilde sürdürülmesi halinde 60 yıllık serüvene 2011 yılında bir nokta konulabilecektir.

- **Avrupa’da Çocuk Hakları**

Avrupa Parlamentosu üyeleri kendi ülkelerinin parlamenterleri ile birleşerek ayrı ülkelerde yaşayan ailelerin sorunlarına çözüm getirmek için ortak güç oluşturdular. Bu bağlamda; “*Avrupalı aileler ve vatandaşların yaşamını nasıl kolaylaştırabiliriz?*”

başlıklı çalıştayın başlangıç noktası giderek daha çok Avrupa vatandaşının kendi ülkesi dışındaki bir ülkede çalışması, evlenmesi ve yaşaması olmuştur. Bu çalıştayda ele alınan ve Stockholm Programı'nın öncelikleri arasında sayılan çocuk hakları konusu olmuştur. Bu oturumda çocuk kaçırma olayları ve ilgili düzenlemeler ele alınmıştır. Bu konuda en önemli yasal düzenleme 1980 tarihli La Hey Konvansiyonu ile Brüksel II (*Brussels II*) olarak söz edilen 2201/2003 sayılı Yönetmeliktir. Bu Yönetmelik önümüzdeki yıl ele alınarak gözden geçirilecektir. Diğer taraftan, aile hukuku konusunda arabuluculuk yolunun kullanılması ve bunun geliştirilmesi konuları tartışılmıştır.

- **Suriye'de Yasak Kalktı**

Suriye'de; Facebook, You Tube gibi sosyal iletişim sitelerine ulaşım 2007 yılında yasaklanmıştı. 8 Şubat 2011 tarihi itibariyle söz konusu iki siteye uygulanan yasak kaldırılmıştır. Bununla beraber Amazon ve Wikipedia gibi sitelere uygulanan yasak devam etmektedir.

- **ABD'de Hâkimin Yolsuzluğa Karışması**

ABD Penisilvanya eyaleti orta bölge hâkimlerinden hâkim Mark Ciavarella yolsuzlukla suçlanmaktadır. Söz konusu yolsuzluk suçlamasına göre adı geçen hâkim dolandırıcılık, kara para aklama, rüşvet, dinleme ve vergi kaçakçılığını da içeren yolsuzlukla suçlanmaktadır.

- **Küba'da İnsan Hakları**

İnsan hakları ihlalleri konusunda sürekli tenkit edilen Küba'da tutuklu bulunan iki politikacı daha serbest bırakılmıştır. Küba yetkilileri 52 politik tutukluyu serbest bırakmayı kabul etmiştir.

YAŞAM SORUN ÇÖZME SANATIDIR

Vedat Ahsen COŞAR*

başkandan / from the President

Özel ya da meslek yaşamımızda her zaman sorunlar olmuştur. Yaşam devam ettikçe, yaşamımız devam ettikçe sorunlar olmaya yine devam edecektir. Eğer yaşam sorun çözme sanatı ise -ki öyledir- önemli ve gerekli olan sorunları çözme iradesini ve becerisini gösterebilmektir.

Bu bağlamda, avukat olarak mesleğimizi icra ederken karşılaştığımız, ama yıllardır çözemediğimiz sorunlarımız vardı. Geride kalan süre içerisinde bu sorunları çözmeye odaklanan yönetimimiz, yoğun bir çalışma ve kurulan iyi diyaloglar sayesinde bu sorunların önemli bir kısmını çözme başarısını gösterdi.

Bu sorunların başında Katma Değer Vergisi Kanunu ile Gelir Vergisi Kanunu arasındaki düzenleme farklılığından doğan mağduriyet geliyordu. Öyle ki, her iki kanun arasındaki düzenleme farklılığı nedeniyle tahsil etmediği avukatlık ücretinin Katma Değer Vergisi'ni ödemek durumunda kalan ve gerek bundan, gerekse vergi denetimleri sonrasında tarh ve tahakkuk ettirilen katma değer vergilerinden dolayı mağdur duruma düşen çok sayıda meslektaşımız vardı. Bu konumda bulunan meslektaşlarımızın sorunu TC Maliye Bakanlığı ile yapılan görüşmeler sonrasında yayımlanan Maliye Bakanlığı Gelir

* Av., Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

İdaresi Başkanlığı'nın 14 Ekim 2010 tarih, 2010/1 sıra no.'lu "Vergi Denetimi ve Koordinasyonu İç Genelgesi" ile çözümlenmiştir.

Aynı şekilde soruşturma aşamasında müdafii/avukatın soruşturma dosyasını inceleyebilmesini, görevlendirme yazısı veya vekaletname ibraz etmesi koşuluna bağlayan Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 45. maddesinin ikinci fıkrası hükmü "şüpheli ya da müdafii soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir" şeklinde düzenlenmek suretiyle bu hususa ilişkin sorun çözümlenmiştir.

Yine kamuoyunda "Torba Yasa" olarak bilinen ve 25 Şubat 2011 tarih, 27857 mükerrer sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren "6111 sayılı Bazı Alacakların Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile;

- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümlerine göre avukatların baro kesenek borçları ile stajyer avukatların staj kredi borçları yeniden yapılandırılmış, bu bağlamda borç asıllarının ödenmesi koşulu ile faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi fer'i alacakların tahsilinden vazgeçilmiştir.
- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca avukatlık stajı yapmakta olanlardan bu kanuna göre genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi konumunda olmayanlar staj süresi ile sınırlı olmak üzere genel sağlık sigortalısı kapsamına alınmış olup bu konumda olanların sigorta primleri Türkiye Barolar Birliği tarafından ödenecektir.
- Yargıtay'ın değişen içtihadı sonrasında tapuda mesken olarak kayıtlı olan taşınmazlardaki avukatlık bürolarının karşı karşıya kaldıkları sorun, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 24. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen hükümlerle iki yıllık bir süreyle sınırlı olarak da olsa aşılmıştır.
- Avukatlık bürolarının işyeri açma ve çalışma ruhsatı alma zorunlulukları 34572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabu-

lüne Dair Kanunu'nun 2. maddesine eklenen fıkra ile kaldırılmıştır.

Bütün bu sorunların çözümlenmesinde ve kazanımların elde edilmesinde; Sayın Başbakan başta olmak üzere, Sayın Adalet Bakanı'nın, Sayın Maliye Bakanı'nın, Sayın Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı'nın, TBMM Plan ve Bütçe Alt ve Üst Komisyon Başkanları ile Komisyon üyelerinin, AK Parti Grup Başkan vekili Sayın Bekir Bozdağ'ın, Adalet Komisyonu Başkanı Sayın Ahmet İyimaya'nın, AK Parti İstanbul milletvekili Sayın Kadir Tıngıroğlu'nun, iktidar ve muhalefet partilerine mensup tüm milletvekillerinin, SGK Genel Müdürü Sayın Emin Zararsız'ın çok büyük emeği ve katkısı olmuştur. Bu emek ve katkılardan dolayı kendilerine Türkiye Barolar Birliği adına, tüm Barolarımız ve meslektaşlarımız adına, kendi adıma teşekkür ederim.

Önümüzdeki süreçte çözmek durumunda ve hatta zorunda olduğumuz en önemli sorun, Avukatlık Kanunu'nun, meslek kurallarının, Reklam Yasağı Yönetmeliği başta olmak üzere diğer yönetmeliklerin, günün ve mesleğin gereksinimlerine uygun biçimde değiştirilmesi, hukuk eğitiminin dünyanın uygar ülkelerinde uygulanmakta olan standartlara uygun biçimde yapılandırılmasıdır.

Yönetimimizin bütün bu konular üzerindeki çalışmaları yoğun biçimde devam etmektedir. Önümüzdeki günlerde baro başkanlarımız ve Türkiye'deki tüm hukuk fakültelerimizin dekanları ile yapılacak toplantılarda hukuk eğitiminin yeniden yapılandırılması ile Avukatlık Kanunu değişikliği tartışmaya açılacak, bu toplantıların geri beslemeleri de göz önüne alınmak suretiyle hazırlanacak taslak Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulacaktır.

Saygılarımla.

AVUKAT RAHMİ MAĞAT BİR MESLEK USTASININ ANISINA

Atilâ SAV*



İnsan, çok sevdiği, saydığı, güvendiği bir çalışma arkadaşının sonsuzluğa geçmesi nedeniyle yazı yazma görevini yüklenince çok zorlanıyor. Duygular, düşüncelerle çatışıyor. Doğruyu bulmak güçleşiyor. Bu nedenle, Rahmi'nin sağlığında, kendisinin ve ailesinin de katıldığı bir toplantıda yaptığım konuşmayı esas almayı yeğledim.

Ankara Barosu'nun düzenlediği "Meslek Ustalarına Saygı" toplantılarından biri 14 Haziran 2007 günü Rahmi için yapılmıştı. O toplantıdaki konuşmamı yineliyorum şimdi. Rahmi de beğenmişti konuşmamı.

* * *

* Av., Türkiye Barolar Birliği önceki başkanlarından.

Böyle bir toplantı düzenlediği için önce **Yönetim Kurulunu**, **Sayın Başkanımı** kutlamak istiyorum. Teşekkür ediyorum. Ben, yıllardan beri avukatlık mesleğinin yüceliğini ve gelişimini daha iyi belirlemek için meslek ustalarımızın anılması gerektiğini, onların yaşam öykülerinden, meslek başarılarından, anekdotlarından her kuşaktan meslektaşımızın yararlanabileceğini düşünüp, dile getiriyorum. Baromuz Yönetim Kurulu'nun bunu kurumlaştırmasından dolayı mutlu oldum. Baromuzun kurumlaşması ve meslek dayanışmasının güçlenmesi bakımından bir adım olarak değerlendiriyorum.

Türkiye'de avukatlık Cumhuriyetin Hukuk Devrimi'nin bir kurumudur. Yirmili yıllarda art arda çıkarılan temel yasalar arasında yer alan 460 sayılı "*Mahamat Kanunu*" ile savunma mesleği evrensel anlamda bir "*meslek*" olarak gelişmeye başladı. O tarihten beri avukatlığın, çağdaş bir ulusal yargının gelişmesi için büyük katkılar yaptığına inanıyorum. Avukatlığı bir ülkü, bir yaşamı tarzı olarak benimseyen meslektaşlarıma, meslek ustalarına her zaman saygı ile bakıyorum. Onlardan bir şeyler öğrenmek için özen gösteriyorum. **Rahmi de onlardan biridir.**

Rahmi ile tanışıklığımızın başlangıcını hatırlamam zor. Yalnız 1942 yılında Türkiye Şampiyonluğu final maçı olan **Beşiktaş - Gençlerbirliği** maçını babalarımızla birlikte yan yana seyrettiğimizi hatırlıyorum. İkimizin babası da Gençlerbirliği Kulübü'nün yöneticisi idi. Aşağı yukarı yetmiş yıllık süreçte hep dostluğumuz, oldu. Okulda, Kulüpte, fakültede ve meslek yaşamında işbirliği ve arkadaşlığımız sürdü. Rahmi Atatürk Lisesi'nde benden iki sınıf öndeydi. 1946 yılında liseyi bitirdi, hukuk fakültesine yazıldı. 1950'de fakülteyi bitirdi, bir meslek ustasının yanında stajını yaptı. Sonra İşkur Han'daki yazıhanesini açtı. İşkur Han'da da komşuluğumuz, yıllarca sürdü. İşkur Han tahliye edilinceye kadar aynı çatı altında çalıştık. Meslek örgütlerinde, özellikle Ankara Barosu'nda, Türkiye Barolar Birliği'nde halef selef olduk. Birbirini izleyen dönemlerde aynı görevlerde bulunduk. Aynı ilkeleri paylaştık, birbirimize oy verdik, destek olduk.

Meslek ustası olarak Rahmi'nin nitelikleri nelerdir diye düşündüğümde, biraz önce belirtmeye çalıştığım gibi başarılı, dürüst, güven

verici, dost, çalışkan, verimli, özgeci, örgütçü, yaratıcı, takipçi (avukatlık için çok önemli) araştırmacı, iyi hukukçu, devrimci, önyargılara teslim olmayan bir kişilik geliyor aklıma. Önyargılara teslim olmayan biri (Yargının önyargısı, kimi zaman toplumun önyargısına dönüşür. O zaman bir avukat için bu çok önemli bir nitelik olur). Ayrıca dost olarak da iyi insan, uyumlu arkadaş, iyi aile babası.

İşkur Han arkadaşlığımızdan -bu vesileyle- biraz bahsetmek isterim.

Sarıyorum, dünyada en gelişmiş yargı sistemlerinden birisi İngiliz (Anglo Sakson) yargısıdır. Avukatlık mesleğinin en gelişmiş olduğu ülkelerden birisi. İngiliz Barosu ve İngiliz avukatlığı. Hukuk öğrenimini zorunlu saymayan, ama meslek içi uygulama çıraklığını önemli sayan bir sistem. Dünyanın en iyi hukuk okulları İngiltere’de olabilir. Ama iyi avukat “inn”lerde yetişir. İngiltere’de avukatlık iki koldan yürüyor; “Sollicitor”lar ve Barrister’ler. Avukat adayları bürolarda yetişiyor. Gelenek hukukunun savunma boyutu bu “inn”lerde gelişiyor. Ben İşkur Han’ı -nedense- böylesi bir kurumlaşmaya yakın buldum hep. İşkur Han arkadaşlığı ve komşuluğu böylesi bir geleneği andırıyordu.

1948 yılında bir bina. Binanın ruhu olur mu? İlk adı Tarko Han. Bir mühendis-iş adamı yaptırmış. Sonradan adı İşkur Han oldu. (İşçi Sigortalar Kurumu aldığı için) Babamın yazıhanesi de İşkur Han’da. Hoş bir tesadüf, mesleği yüce bir ülkü, bir yaşam biçimi gibi gören değerli meslek adamlarının toplandığı bir kurum haline geldi zamanla. Orada dostluk, dayanışma son derece gelişmişti. Hatırlıyorum. Genç bir avukat, stajyer için bir okul. Hanın birinci katında Sahir Kurutluoğlu’nun yazıhanesi vardı. Ceza hukuku alanında çok birikimli bir eski siyaset adamı. Dostları gelir, bizim kattan da katılanlar olurdu. Biz genç hukukçu adayları o sohbetleri izlerdik. Bende o dinlemeler, hukuk fakültesinin dersleri kadar -hatta daha çok- iz bırakmıştır. Daha sonra daha genç kuşaktan meslektaşarımla katıldı. Hemen hepsi, meslek ve baro çalışmalarında dayanışmayı ve dostluğu birincil sayan meslektaşlar. İşkur Han o süreçte on bir baro başkanı çıkardı. Daha sonraları Barolar

Birliği kuruldu. Kuruluşta yine öncülük yapıldı. Dört de Birlik Başkanı yetişti İşkur Han'dan.

İşkur Han artık yok. Adliye Sarayı Sıhhiye'ye taşındı. Ankara'nın nüfusu 250-300 binlerden milyonlara çıktı. Avukat sayısı 700-750'den binleri açtı, on bine doğru gidiyor. Bürolar da yeni adliyeye göre konumlandı. Han odaları yerine apartman katlarına, dairelere kaydı. Daha konforlu, daha gösterişli. Ama odaların duygu yüklü dostluğu, meslek dayanışmasının yeri doldu mu?

Rahmi ile meslek kuruluşlarındaki işbirliği ve görev arkadaşlıklarımız böylesi bir ortamdan da güç almıştır. Yanılmıyorsam O, 1956 yılında -daha birkaç yıllık avukatken- Baro Yönetim Kurulu'na seçildi. Ben de 1958'de seçildim. O dönem, dönüşümlü çalışıyor. Her yıl kurulun beş üyesi değişiyor. Ankara Barosu Yardımlaşma Sandığı o dönemde kuruldu. Kuruluş kararında imzalarımız vardır. Daha sonra Abays'ın satın aldığı şimdi içinde toplantı yaptığımız ABEM binası, binada Ceylan Restoran vardı. Uç-dört katlı eski usul bir yapı. Bu binayı yıktıralım, yerine mevkiin değerine layık ve daha çok gelir getirecek bir yapı yapalım dedi arkadaşlar. Fakat Abays'ın o kadar birikimi yok. Rahmi Başkan. Ben yaparım dedi. Nereden bulacaksın parayı? Emlak Bankası ile görüştüm. Genel Müdür Yardımcısı tanıdığım. Bize kredi verebilecekler. Rahmi temeli attı. Benden sonraki başkan sen olacaksın. Gel temeli birlikte atalım dedi. Yani bu binanın ikimiz için öyle de bir anısı var.

Daha sonra, 1969'da yeni Avukatlık Kanunu çıktı. Türkiye Barolar Birliği kurulacak. Kanun'un geçici maddesi, Birlik Genel Kurulu'nu toplama görevini Ankara Barosu Başkanı'na veriyor. İyi ki Rahmi Başkan. O görevi de başarıyla yaptı.

Türkiye Barolar Birliği kuruluyor. İşkur Han'daki meslektaşların çekirdeğini oluşturduğu bir grup arkadaşına görev düştü. Toplantılar yapılıyor. Birlik Ankara'da kurulacağı için Birlik Başkanının Ankara'dan başka bir yerden olmasını düşünmüyoruz bile. Kendi baromuzun kadrolarını çekirdek için yeterli sayıyoruz. Birlik Başkanlığına kimi düşünmeliyiz dedik. Bir grup arkadaşımız o zaman baro se-

çimlerinde her şeyi kendine dert edinirdi. “Durumdan vazife çıkarırdı” moda değişiyse. O arkadaşlar toplanıyorlar, **üstatlarımız var, baro başkanlığı** yapmış, meslekte seçkinleşmiş. Biz de onlara destek olmuşuz, oy vermişiz. Hepsi düşünüldü. Ama Birlik bu. Görevi, işlevi barodan farklı. Olmalı. Artık meslek kuruluşundan öteye hukuk öncüsü, ufuk açıcı olmalı. Daha dünyaya dönük çalışmalı diye düşünüldü. Bu niteliklere uygun bir isim olarak önerilen aday Faruk hoca idi. Arkadaşlarımla “*Tamam: deneyelim. Gidin konuşun*” dedi. Kim konuşur? “*Rahmi ile Atilâ konuşur*” dendi. Randevu alındı. Hocanın Atatürk Bulvarı’nda Foto Apartmanı’ndaki yazıhanesine gittik. Arkadaşlarımızın önerisini anlattık. Kabul eder misiniz, diye sorduk. Hoca o kadar heyecanlandı ki. Ayağa kalktı, “*Ben de böyle bir görev bekliyordum. Üniversitede yapabileceğimi yaptım. Bunun için ölmeye hazırım. Kitaplarımın yazdım. Yerime genç arkadaşları, hocaları yetiştirdim. Emekliliğimi isteyeceğim; yaşam da uygun. Bu göreve hazırım*”. “*Hocam ölmeye gerek yok. Görev yeni bir bakış istiyor. Yalnız arkadaşların bir tereddüdü var. Cumhurbaşkanlığı Danışmanlığı acaba özgür ve bağımsızlığa engel olur mu?*” diye düşünüyorlar. “*Ben de öyle düşünürüm. O görevden ayrılacağım. Ama şimdiden açıklarsam, taviz diye yorumlanabilir. Seçim sonucu açıklanınca, ben de istifamı açıklayacağım.*”

Görev tamamlanmıştı. Döndük arkadaşlarımıza durumu açıkladık. **Çalışmalar yürüdü. Ankara delegeleri yedi kişi olacaktı. Bir açıklama** hazırlandı. Yedi aday birlikte imzaladı. Baro genel kurulunda bu liste kazandı.¹

Hoca, konuşmamızda demişti ki, ben görevi kabul ederim. Ama biriniz de benimle çalışacaksınız. Rahmi “*Ben Baro Başkanlığını bırakmak istemem. Görev süremi tamamladıktan sonra ayrılırım. Atilâ kabul ederse iyi olur.*” dedi. Böylece Rahmi’nin inhası ile Barolar Birliği’nin ilk genel sekreterliğine aday gösterilmiş oldum.

Gerçekten Rahmi görevini 1970’de tamamladı. O zaman Ankara Barosu’nda bir gelenek vardı. Başkanlar bir dönem görev yaptıktan

¹ Türkiye Barolar Birliği’nin ilk Genel Kurulu’na aday olan yedi delege için arkadaşlarımızın hazırladığı bildiriye, bir meslek anısı olarak yazının onunda sunuyorum. Delegasyonun başkanı da Baro Başkanı Rahmi Mağat’tı.

sonra ayrılırdı. Baro başkanlığı için beni görevlendirdi Baromuz.

Rahmi de ilk olağan genel kurulda Birlik Yönetim Kurulu'na girdi. Önce sayman üye, sonra da genel sekreterlik görevlerinde bulundu. Yani, Birliğin ilk genel kurulundan başlayarak kuruluş aşamasında ve sonraları Birliğin kurulmasında, gelişmesinde ve kurumlaşmasında büyük emek harcamış bir meslek adamıdır.

Rahmi Mağat, her türlü yapıcılığı yanında inşaat işinde de cesur ve girişimcidir. Barolar Birliği'nin Karanfil Sokağı'ndaki binasının alımında da öncülük etmiştir. Ben yönetimden ayrıldıktan sonra; bir gün Erdoğan Bigat telefon etti. Bir miktar paramız birikti. Kızılay'da uygun bir bina var. Ama Faruk hocayı ikna edemiyoruz. *"Dedikodu edilir, ben bu işlerden çekinirim"* diyormuş. Sen de gel, dördümüz birlikte bir yemek yiyelim hocamızı ikna edelim dedi. Gerçekten o yemekte ikna oldu hoca.

Kızılay'daki bina satın alındı. Rahmi ile Erdoğan'ın büyük katkısı vardır. (Bu vesileyle Erdoğan Bigat'ı rahmetle anıyorum). Onun da Birliğin kuruluş aşamasında büyük emeği geçmiştir.)

Rahmi'yi meslek ustası olarak arakken, stajyer eğitimindeki becerisini de unutmamak gerek. Aralarında Yekta G. Özden'in ve oğlu Egemen'in de bulunduğu kırk kadar meslektaşımız. O'nun bürosunda yetişmiştir.

Konuşmamı bitirirken bir İngiliz ozanının yazdığı bir kıtayı anmak isterim. Ozan yargıçlar için *"onlar kadife eldiven giyer, ama demir yumrukla vururlar"* demiş. Rahmi de bana, hep demir yumruklu ama kadife eldiven giymiş bir görev adamı olarak görünmüştür. Başta yaşam arkadaşı eşi olmak üzere mesleğini sürdüren oğluna ve torununa ve tüm ailesine başsağlığı dilerim.

“Sayın Meslektaşımız,

7 Temmuz 1969 günü yürürlüğe giren Yeni Avukatlık Kanunu’nun mesleğimizin gelecekteki gelişmesi için önemli bir adım olduğunu kabul ediyoruz.

Bu Kanunla Barolar, Anayasa’nın 122. maddesinin öngördüğü “kamu kurumu niteliğindeki bağımsız meslek kuruluşları” arasındaki yerini almakta ve gerçek bir Anayasa kuruluşu olduğu belirmektedir. Yeni Kanunun mesleğimize ve yurdumuza yararlı olmasını diliyoruz.

Ancak, Kanun’un çok eksik ve yetersiz yönleri bulunduğunu da görmezlikten gelemiyoruz. Çünkü çağdaş bir sosyal devlet düzeni portresi çizen Anayasamız klâsik güçler (yasama, yürütme, yargı) yanında denge unsuru olarak bu türlü kuruluşlarla toplumun hukukî, ekonomik ve kültürel gelişmesini sırf politik örgütler olan partilerin tekelinden kurtarıp daha geniş bir yetki ve sorumluluk alanına yaymaktadır. Böylece her yurttaşın seçimden başka yollarla da yönetimle ilgilenme yurdun gelişimini, kaderini etkileme imkânları sağlamaktadır.

Çağdaş demokrasilerde baskı grupları da denilen bu güçler arasında Barolar en önde gelmektedir. Yurdumuzda da böyle olmalıdır. Bünyesinde topladığı on bin kadar avukatın aydınlık gücü sayıdan çok daha büyük ağırlık ve değer taşımaktadır.

İşte bunun içindir ki, Türkiye Barolar Birliği’nin kuruluşu hem mesleğimiz açısından; hem de yurdumuzda hukukun üstünlüğü savaşı açısından önemlidir.

Her işte olduğu gibi Türkiye Barolar Birliği’nin kuruluşunda da ilk adım çok önem taşımaktadır. İnanıyoruz ki, iyi kurulmayan kurumların düzelmesi, sağlamlaşması çok güçtür. Birliğin ilk günden eski Kanun dönemindeki Barolar gibi etki gücünü yitirmemesine dikkat etmek gerekmektedir. Ancak bu sayede mesleğimiz ve kuruluşumuz ağırlığını kabul ettirebilecek, etkili olabilecektir.

Kuruluş döneminde büyük güçlüklerin bizi beklediğini biliyoruz. Ancak bu güçlükler bizi yıldırılmıyor. Çünkü bu güçlüklerin yenilmesiyle Baroların toplumun hukukî, ekonomik ve kültürel gelişimi içinde sözünü geçirebileceğine inanıyoruz.

Bu güç, fakat onurlu savaşta bütün varlığımızla çalışmak istediğimiz için bir araya gelerek, arkadaşlarımızın desteğini, oyunu istemek gücünü kendimizde buluyoruz. Bu bir inanç, bir yetenek işi olduğu kadar dayanışma gerektiren çalışma işidir de. Bunun için sayın meslektaşlarımızın bize güvenleri varsa, oylarını ekibimizi görevlendirecek şekilde kullanmalarını rica ediyoruz.

Saygılarımızla.

Av. Faruk Erem

Av. Rahmi Mağat

Av. Mehmet Nomer

Av. Erdoğan Bigat

Av. Sabahattin Bilge

Av. Ayhan Erol

Av. Atilâ Sav

HÂKİM VE SAVCI ADAYI ALIMINDA MÛLÂKAT SINAVINA İLİŞKİN HUKUKSAL SORUNLAR

LEGAL PROBLEMS OF ORAL EXAMINATION IN PROCESS OF RECRUITMENT OF JUDGES

Halit YILMAZ*

hakemli makaleler / refereed articles

Özet: Yargı bağımsızlığı açısından kendine özgü boyutları bulunan hâkim ve savcı alımında mülâkat sınavları, anayasal gereklilikler ihmal edilerek bugüne kadar şeffaflığı sağlamaya dönük usul güvencelerinden mahrum kalmıştır. Bu konudaki eksiklikler Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın mülâkat sınavları konusundaki anayasal gereklilikleri kararlarına yeterince iyi yansıtamamalarından kaynaklanmıştır. Danıştay'ın son yıllarda gittiği köklü içtihat değişikliği ise bu konudaki eksiklikleri büyük ölçüde giderecek boyuttadır. Ancak kanun koyucunun Danıştay kararlarına olan tepkisi gecikmemiş, mülâkat sınavlarının yargısal denetimini güçleştirecek yasal düzenlemeler arka arkaya gelmeye başlamıştır. Mülâkat sınavlarında şeffaflığın sağlanmasına ilişkin kritik sorunun çözümü büyük ölçüde Anayasa Mahkemesi'nin Danıştay'ın ortaya koyduğu ilerici çizgiyi paylaşmasına bağlıdır.

Anahtar Sözcükler: Hâkim ve savcı alımı süreci, mülâkat sınavları, yargı bağımsızlığı, şeffaflık.

Abstract: Despite the requirements of the Constitution, transparency of oral examination either in recruitment process of judges which has distinctive dimensions of judicial independence or in recruitment process of other public officials have always been a problem in Turkey. One of the reasons for this deficiency of rules on transparency is that both the Constitutional Court and the Council of State have not sufficiently considered and assessed the requirements of the Constitution. The latest decisions on oral examination of the Council of State, which require administration to take necessary measures for transparency of oral examinations, seem to be an appropriate step to make up the deficiency of procedural rules.

* Yrd. Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD.

However, legislator negatively reacted to those convictions of the Council of State by proclaiming new procedural rules preventing the transparency of oral examinations. In consequence, the solution of the problem now depends on the future decisions of the Constitutional Court which is expected to share the same conviction with the Council of State.

Keywords: Recruitment process of judges, oral examination, judicial independence, transparency.

Danıştay'ın kamu personeli alımında mülâkat sınavlarına ilişkin olarak geliştirdiği son içtihatları önemli yenilikler içermesi bakımından sadece idare hukuku aktüalitesinde bir yer tutmakla kalmamış aynı zamanda siyasi bir takım tartışmalara da konu olmuştur. Mesele nin asıl yakıcı boyutu hâkim ve savcı aday alımında gerçekleştirilen mülâkat sınavlarına ilişkindir.

Mülâkat sınavlarının yargısal denetimi öteden beri önemli bir sorundur.¹ Ancak bu defa ilginç olanı, parlamentonun Danıştay'ın mülâkat sınavları hakkında vermiş olduğu son kararlarını etkisiz kı lacak yasal çözümler arayışı içinde olması ve bunun için yasalar çıkar masıdır.

Biz bu incelemeyi, tartışmalar bununla sınırlı olmasa da, büyük ölçüde hâkim ve savcı aday alımı ekseninde biçimlendireceğiz. Ancak hâkim ve savcı aday alımının hâkimlik teminatı ve yargı bağımsızlığı gibi kendine özgü boyutları bulunsa da, burada varacağımız sonuç ların diğer mülâkat sınavlarını ilgilendiren yönlerinin de olacağını be lirtmek gerekir.

Öncelikle, hâkim ve savcı alımında mülâkat sınavına ilişkin bu güne kadar yansıyan sorunları Anayasa hükümleri çerçevesinde ele alacağız (I). Burada elde ettiğimiz sonuçlardan hareketle, Danıştay'ın mülâkat sınavlarına ilişkin içtihat çizgisinin vardığı güncel noktayı belirleyeceğiz (II). Yasa koyucunun Danıştay'ın konuya ilişkin güncel kararlarına dönük tepkisinin Anayasa açısından değerlendirilmesi bu çalışmanın önemli unsurlarından birisini teşkil edecektir (III).

¹ Bkz. Turgut Tan, "Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi", *SBFD*, C. 51(1-4), 1996, s. 409-423.

I. ANAYASA VE MÜLÂKAT SINAVI

Bugün mülâkat ya da sözlü sınav ister eğitim aşamalarında olsun isterse personel alımında olsun bir bireyin belli bir statü için liyakat sahibi olup olmadığını değerlendirmek amacıyla kullanılan önemli bir ölçme değerlendirme tekniği olarak mevcudiyetini sürdürmektedir. Bireyin kendisini ve bilgisini yazılı ve sözlü olarak ifade etme yeteneği her zaman eşit düzeyde olmadığına ve sözlü ifade yeteneği liyakat belirlemede önemli bir unsur olduğuna göre,² kamuya personel alımında mülâkat sınavı yapılması kamu yararına uygun bir tercih olarak karşımıza çıkar. Bu tercih mülâkat sınavı öncesi yapılan, bilgi ölçme sınavının test biçiminde olması halinde daha da önem kazanmaktadır. Bu açıardan bakıldığında Anayasa'nın herhangi bir maddesinin genel olarak kamu personeli alımında, özeldede ise hâkim ve savcı adayı alımında mülâkat sınavı yapılmasını engelleyen bir içeriğe sahip olduğunu ifade etmek mümkün değildir. Bir başka ifadeyle kamu personeli alımı söz konusu olduğunda mülâkat sınavı aşamasının mevcudiyeti kanun koyucunun takdir yetkisi içerisindedir.

Bunu belirledikten sonra *nasıl bir mülâkat sınavı sorusunu cevaplandırmak gerekiyor*. Bu sorunun cevabını Anayasa'nın "*Kamu hizmetine girme hakkı*" başlığını taşıyan 70. maddesinden çıkarabiliriz. Buna göre, "*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir*" "*Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.*" Bu hükmün yargı alanı dâhil bütün kamu görevleri için getirilmiş olduğu açıktır.³ Gene derin yorumlara gerek kalmadan bu hükümden kamu hizmetlerine girme konusunda vatandaşların girmek istedikleri kamu hizmetinin gerektirdiği objektif nitelikler dışında herhangi bir ayırma tâbi tutulamayacakları sonucunu da çıkarabiliriz. Örneğin, kamu personeli adayları etnik açıdan veya belli siyasî, dinî ya da felsefî düşüncelere sahip olma ya da yakın olma özellikleri bakımından değerlendirmeye tâbi tutulamazlar. Bu tür değerlendirmelere tâbi tutulamayacakları gibi, bu tür değerlendirmelere yol açmaya müsait idari

² Tam da bu nedenlerle yazılı ve sözlü sınav arasındaki değerlendirme farklılığının, tek başına hukuka aykırılık sonucunu doğurmadığını belirtmek gerekir. Bkz. Danıştay, 8. D., E.: 2004/341, K.: 2004/3332, K.T.: 20/09/2004, [danistay.gov.tr].

³ E. Onur Aslan, *1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 109.

usuller içinde de kamu görevlerine kabul edilemezler. Mülâkat sınavı bir yönüyle “görevin gerektirdiği niteliklerin ölçülmesi”nin bir yoluken, diğer taraftan da yurttaşların görevin gerektirdiği nitelikler dışında bazı konularda değerlendirmeye tâbi tutulmasına vesile olma tehlikesi yaratmaktadır. Bu tehlikeyi bertaraf etmenin yolu mülâkat sınavlarını mümkün olduğu ölçüde şeffaf ve tarafsız olarak yapılmasını sağlayacak ölçütlere kavuşturmadır. Diğer bir açıdan Anayasa’nın 70. maddesinin kanun koyucuya ve idareye hem negatif nitelikte, yapmama şeklinde hem de gerekli tedbirlerin alınması için pozitif yükümlülükler yüklediği ifade edilebilir.

Bu aşamada kamu personeli alımında yazılı sınav yapılmaksızın, sadece mülâkat sınavının öngörülmesinin Anayasa açısından mümkün olup olmadığını belirlemek gerekir. Bu soruyu biraz daha farklı bir bağlamda verilmiş olsa da, bir Anayasa Mahkemesi kararı çerçevesinde ele alacağız. Kararın ele aldığı sorun staj eğitimlerini tamamlayan hâkim ve savcı adaylarının eğitim sonunda yazılı sınav yerine sadece sözlü sınava tâbi tutulmasıyla ilgili olarak gündeme gelmişti. Anayasa Mahkemesi kanun hükmünü amacı yönünden incelemiş, düzenlemede kamu yararı olmadığına karar vermiş ve kanun hükmünü Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı bularak iptal etmişti. Anayasa Mahkemesi’ne göre, “... herkesin eşit koşullarda yarışmasını sağlayan yazılı sınav yerine, kuşku uyandırabilecek öğeler taşıyan ve her zaman öznel değerlendirmeyi birliğinde getiren, sözlü sınavın, yeğlenmesini kamu yararı düşüncesiyle bağdaştırmak güçtür.” ... “Yeni düzenleme ile eskiden yazılı olarak yapılmakta olan sınavın sözlüye çevrilmesi, adayların bu işleme karşı dava haklarını biçim yönünden değilse de fiilen ortadan kaldırmaktadır. Çünkü sözlü sınava karşı açılan davada yargısal denetim, sınav kurulunun oluşumu, sınavın yöntemi, verilen notlarda maddi hata yapıldığı gibi konularla sınırlı olmaktadır. Sorularla bunlara verilen yanıtların delil tespiti ve bilirkişi incelemesi yöntemiyle yargısal denetim kapsamına aldırma olanağı güçtür.” “Yargıcın adalet dağıtma görevini noksansız yerine getirebilmesi için adaylık dönemi dâhil mesleğinin her aşamasında güven duyacağı bir ortam içinde bulunması zorunludur.” “Nesnelliği hususunda güven verebilecek ve adayların yalnız biçimsel değil fiilen de yargısal haklarını kullanmalarına olanak sağlayacak bir yöntem yerine öznel değerlendirmelere açık, sözlü sınavın tek başına sonucu etkilemesine izin vermek, Anayasa’nın hâkim ve savcılara adaylık döneminden itibaren tanıdığı güvence ile

bağdaşmamaktadır."⁴ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında mülâkat sınavıyla ilgili üç temel sorun gördüğü söylenebilir. Birincisi mülâkat sınavının öznel değerlendirmelere zemin teşkil etmesi, ikincisi mülâkat sınavına karşı açılacak olan davalarda yargı denetiminin sınırlı olması ve bunların sonucu olarak da mülâkat sınavının hâkimin bağımsızlığına ilişkin hassasiyetlerle çelişmesidir. Ancak bu üç eksen de ileri sürülen gerekçelerin yazılı sınav sürecinin tamamen kaldırılması açısından okunması gerekir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin yazılı sınav ve ardından da mülâkat sınavı öngörülmesine ilişkin bir süreci kamu yararına ve dolayısıyla da Anayasa'ya aykırı bulmayacağı tahmin edilebilir. Esasen kararda "öznel değerlendirmelere açık, sözlü sınavın tek başına sonucu etkilemesine izin verme"nin Anayasa açısından olanaklı olmadığına vurgu yapılmaktadır. Bununla birlikte mülâkat sınavının nesnellüğünden duyulan şüphe ve yargısal denetim güçlüğünden kaynaklanan sorunlara ilişkin gerekçe, bu incelemenin ele alacağı diğer başlıklar açısından son derece çarpıcıdır.

İptal kararı sonucu itibarıyla yerinde olmakla birlikte, gerekçesinde mülâkat sınavının şeffaflık ve tarafsızlığına ilişkin gerekliliklerin hiç dile getirilmemiş olması önemli bir eksikliklerdir. Şöyle ki, mülâkat sınavının doğası gereği sahip olduğu zayıflıkları kısmen de olsa bertaraf etmenin iki yolu vardır. Birincisi, sınavdan önce nesnel ve şeffaf bir yazılı sınav yapmak, ardından mülâkat sınavını da tarafsızlık ve şeffaflık ölçütlerine kavuşturaktır. Oysa Anayasa Mahkemesi'nin kararından, mülâkat sınavının özellikle şeffaf bir şekilde yapılmasının dolayısıyla da tarafsız bir mülâkat sınavının mümkün olmadığı gibi bir anlam çıkarmak mümkündür ki, buna katılmak olanaklı değildir. Hemen belirtmek gerekir ki, mülâkat sınavını tarafsızlık ve şeffaflık ölçütlerine kavuşturmak, bundan önce yazılı bir sınav yapılması gerekliliği ve ihtiyacını kesinlikle ortadan kaldırmaz. Bu anlamda şeffaflık ve tarafsızlık ölçütleri sağlansa dahi ölçme ve değerlendirme tekniği açısından mülâkat tek başına belirleyici bir yöntem olarak kabul edilemez. Yazılı sınav, mülâkat sınavının tarafsızlık ve şeffaflığına ilişkin önemli bir ilk adım olarak değerlendirilmelidir. Bunun da ötesinde liyakatin tespiti için yazılı sınav aşaması kaçınılmaz bir tekniktir. Nitekim Danıştay da bir kararında Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirme

⁴ Anayasa Mahkemesi, E.: 1990/13, K.: 1990/30, K. T.: 20/11/1990, AMKD, S. 27(1), s. 37-42.

Yönetmeliği'ne göre müdürlük görevlerine atamaların yapılmasında, ölçütleri objektif olarak belirlenmiş bir yazılı sınav yerine sözlü sınav düzenlenmesinde hukuka uygunluk bulunmadığını, eğitim kurumları müdürlüğüne atamalarda liyakatin, ölçütleri objektif olarak belirlenmiş bir yazılı sınavla saptanmasının gerektiğini belirtmiştir.⁵

Bir başka konu, mülâkat sınavının yargısal denetimine dair güçlüklerle ilgilidir. Yazılı sınavla karşılaştırıldığında mülâkat sınavının yargısal denetiminin doğası gereği bazı sorunlar içerdiği doğrudur. Ancak bu güçlükleri hafifletmenin yolu mülâkat sınavlarını şeffaflaştırmaktır. Şeffaflıktan yoksun bir mülâkat sınavının yargısal denetimi daraltması bakımından Anayasa'nın 36/1. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ile 125/1. maddesinde düzenlenen idarenin işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tâbi olacağına ilişkin kurullarla uyum içinde olmayacağı açıktır. Anayasa'nın söz konusu maddeleri açısından idarenin işlem ve işlemlerinin şekli olarak yargısal denetime açık olması yeterli değildir. Ayrıca, kanun koyucu idarenin işlem ve eylemlerinin etkin bir yargısal denetimini sağlamak için her türlü tedbiri almak zorundadır. İdare de kendi işlem ve eylemlerinin etkin yargısal denetimini sağlamak için her türlü idari önlemi almak zorundadır. Hiç şüphesiz bu zorunluluklar aynı zamanda Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesinden de kaynaklanmaktadır.

Özetle hâkim ve savcı alımına ilişkin süreçte tarafsızlık ve şeffaflığa ilişkin tedbirler alınsa bile, tek başına mülâkat sınavı yapılması, gerek Anayasa'nın 70. maddesi gerekse 138/1. maddesindeki yargı bağımsızlığına ilişkin gereklilikler karşısında mümkün değildir. Nesnel bir yazılı sınav süreci öngörülse bile, mülâkat sınavının tarafsız ve şeffaf bir biçimde yapılacağına dair tedbirler öngörülmeden yapılması, Anayasa'nın 70. ve 138/1. maddesi yanında 36/1. ve 125/1. maddeleriyle de uyum içinde olmaz.

Buraya kadar yaptığımız tespitler ışığı altında hâkim ve savcı adayları alımında mülâkat sınavına ilişkin mevcut düzenlemeleri değerlendirme aşamasına gelmiş bulunmaktayız. Ancak bunun için gene Anayasa Mahkemesi'nin 1995 yılında verdiği bir karardan yola çıkmak zorundayız. Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen olayda, 4087 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile değişik 2802 sayılı Hâkimler ve Savcı-

⁵ Danıştay, 2. D., E:2004/840, K:2007/1042, K.T.: 14/03/2007, [yayımlanmamıştır].

lar Kanunu'nun 39. maddesinin (b) bendindeki, sayılan koşulları taşıyan avukatların hâkimlik ve savcılık mesleğine kabulleri için gerekli yeterlik sınavının "Bakanlık" tarafından yapılacağı hükmünün iptali istenmiştir. Kanun'un aynı maddesinde bu sınavda başarılı olanların mülâkatlarının Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca yapılarak mesleğe kabullerine karar verileceği hükmü de yer almaktaydı. Bu kararda öncelikle "adaylığa kabul" ve "mesleğe kabul" arasında yargı bağımsızlığının gerekleri bakımından bir fark olup olmadığı belirlenmiştir. Kararda yargı bağımsızlığının gereklerine vurgu yapılmasının ardından mahkeme Adalet Bakanlığı'na sınav yapma yetkisini veren Kanun maddesini iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "...Anayasa, hâkimlik ve savcılık mesleğine verdiği özel önemin gereği olarak bu mesleğe girecekleri adaylığa alınış ve adaylık döneminden başlayarak güvenceye kavuşturmak istemektedir. Bu da hâkimlik ve savcılık mesleğine girmek isteyenlerin ... yeterlik sınavlarının yürütmenin etkili olamayacağı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca belirlenecek bir sınav kurulu tarafından objektif ölçme ve değerlendirme esaslarına göre yapılmasını zorunlu kılmaktadır... Yasada belirlenen biçimde Bakanlıkça yapılacak bir yeterlik sınavı öncelikle hâkimlik ve savcılık mesleğine alınacakların yürütme organına karşı bağımsızlığını gölgelemektedir. Ayrıca, mensubu olduğu partinin siyasal görüşünü gerçekleştirmek zorunda olan bir bakana hiyerarşik olarak bağlı olan bakanlık yöneticilerinin yaptıkları yeterlik sınavı sonucu mesleğe alınacak avukatların, kendilerini her türlü maddî ve manevî etkilerden uzak ve özgür hissetmeleri zorlaşacaktır. Onlar hâkimliğin gerektirdiği her türlü yüksek nitelikleri taşıyabilirler bile kamu vicdanında daima tarafsızlıkları konusunda kuşku duyulacaktır. Bu durum ise, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatını düzenleyen Anayasa'nın 138, 139, 140 ve 159. maddelerine aykırılık oluşturur. Dava konusu 'Bakanlıkça yapılacak yazılı yeterlik sınavı' sözcüklerinin iptali gerekir."⁶ Anayasa Mahkemesi bu kararda çok açık bir şekilde Bakanlığın hâkim ve savcı alımında herhangi bir yetki kullanamayacağını, gerek yazılı sınavın gerekse mülâkatın yargı bağımsızlığının bir gereği olarak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılması gerektiğine işaret etmiştir. İptal kararının ardından Kanun tekrar değiştirilmiş, konunun ayrıntılarının düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılmıştır. Bu sefer, idarenin düzenleme yetki-

⁶ Anayasa Mahkemesi, E.: 1995/19, K.: 1995/64, K. T.: 14/12/1995, AMKD, S. 33(1), s. 99-101.

siyle birlikte hâkim ve savcı adaylarına mülâkat yapılmasını öngören Kanun maddeleri, Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ve iptal istemiyle Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Burada Kanun mülâkat sınavını yapma yetkisine sahip idareyi açıkça göstermemiş, mülâkat usulünün esaslarının yönetmelikle düzenleneceğini öngörmüştür. Bu maddeye dayanılarak çıkarılan "*Adlî ve İdarî Yargı Hâkim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülâkat ve Atama Yönetmeliği*"nde mülâkatın Adalet Bakanlığı'nca yapılacağı hükme bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesi bu kez önceki içtihadından temelde ayrılmıştır. Mahkeme ilk önce hâkim ve savcı adaylarının aday olarak "*devlet memuru*" statüsünde bulunduğu, dolayısıyla mülâkat yetkisinin aslında Devlet Memurları Kanunu uyarınca genel idarî hizmetler sınıfına alınacak memurlara mülâkat yapmaktan farklı olmadığı, bu konunun da yönetmelikle düzenlenebileceği sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi ayrıca Anayasa'nın 159. maddesine paralel olarak Kanun'un stajını tamamlayan ve engel bir hâli görülme-yen adayların mesleğe kabullerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından karar verileceğini göz önünde bulundurmuş; ayrıca mülâkat sınavının gö-reli uygulamalara yol açacağı, nesnellikten uzak olduğu ve yargı tarafından da yeterince denetlenmediği iddialarını, yasama organının bu konuda takdir yetkisi bulunduğu gerekçesi ile reddetmiştir.⁷ Bu kararların Anayasa Mahkemesi'nin, bizim yukarıda verdiğimiz önceki kararlarından tamamen farklı bir bakış açısını içerdiği çok açıktır. Bu kararların her şeyden önce Adalet Bakanlığı'nın mülâkat sınavı yapabileceği sonucunu ortaya koyduğu tespit edilmelidir.⁸ Bunun dışında kararın iki açıdan son derece ciddi sorunlar içerdiği söylenebilir. İlk olarak hâkim ve savcı adaylarının adaylık süresi içinde devlet memuru statüsünde görülmesi, hâkimlerin bağımsızlığına ilişkin gereklilikleri hiçbir şekilde bertaraf etmez, etmemelidir de. Hiç şüphesiz hâkim ve savcılar Anayasa'daki özel hükümler çerçevesinde (m. 138 v.d.) diğer kamu görevlilerinden tamamen farklı bir statüdedir.⁹ İkinci olarak Mahkemenin Kanun'da mülâkat

⁷ Anayasa Mahkemesi, E.: 2005/47, K.: 2007/14, K. T.: 07/02/2007, AMKD, S. 44(2), s. 559-669; Anayasa Mahkemesi, E.: 2006/162, K.: 2007/15, K. T.: 07/02/2007, AMKD, S. 44(2), s. 671-681.

⁸ Halit Yılmaz, *Türkiye'nin Yargı Bağımsızlığına İlişkin Sorunları*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2009, s. 122

⁹ Aslan, 2007: 52.

sınavının şeffaflık ve tarafsızlığına ilişkin bir ilkenin öngörülmesinin gerekliliğine ilişkin hiçbir değerlendirme yapmamış olması önemli bir eksikliklerdir. Kanun koyucu mülakat sınavı öngörebilir ve buna ilişkin usulün düzenlenmesi idarenin düzenlemesine bırakabilir. Ancak kanaatimizce aynı kanunda mülakat sınavının şeffaflık ve tarafsızlığına ilişkin bir kısım genel ilkelerin belirlenmiş olması Anayasa'nın hemen yukarıda belirlediğimiz maddeleri açısından bir zorunluluk olarak görülmelidir. Diğer taraftan düzenleme işini idareye bırakırken kanunun yeterli çerçeveyi çizmesine dair yerleşik Anayasa hukuku ilkesinin¹⁰ bunun gibi önemli bir konu dışında başka hangi konularda söz konusu olabileceği sorusu ister istemez zihinlerde belirmektedir. Bununla birlikte konuyu düzenlemiş olan Yönetmelik hükümlerinin 2802 sayılı Kanun'a uygunluğunun, Anayasa'nın öngördüğü ilkeler ışığı altında değerlendirilmesinin imkân dâhilinde olduğu açıktır. Bu sebepten olsa gerek, Anayasa Mahkemesi'nin kararının ardından yasa koyucu daha önce Yönetmelik'te yer alan düzenlemeleri kanun biçiminde düzenlemiştir. 01.12.2007 tarih ve 5720 sayılı Kanun¹¹ ile 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'na 9/A mükerrer maddesi eklenerek hâkimlik ve savcılık sınavının Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) tarafından yapılacağı düzenlenmiş, mülakat kurulu ve usulü belirlenmiştir. Bilim sınavını yapma görevinin ÖSYM'ye verilmiş olmasının sistemi bir hayli rahatlattığı bir gerçektir.

ÖSYM nesnel bir sınav yapma ihtiyacı bakımından son derece uygun bir tercih olmakla birlikte Bakanlığın mülakat yapma yetkisi şeffaflık ve tarafsızlığa ilişkin standartlar belirlenmediği için, ÖSYM ile sağlanan olumlu gelişme büyük ölçüde örselenmiştir. Sorun daha mülakat kurulunun oluşumu sırasında başlamaktadır. 2802 sayılı Kanun'un 9-A maddesinin 6. ve 7. fıkralarına göre, *"Mülakat Kurulu; Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur."* *"Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunda Yargıtay*

¹⁰ Bkz. Aslan, 2007: 77 v.d.

¹¹ 5720 sayılı Kanun ile ilgili iptal davası henüz Anayasa Mahkemesi'nin gündeminde olup, bu kanun hakkında verilecek olan kararın sisteme son halini vereceği açıktır.

ve Danıştay mensubu birer üye bulunması halinde bu üyeler Mülâkat Kurulunda asil üye olarak görevlendirilir." 2802 sayılı Kanun'un 9-A maddesinin 16. maddesine göre, "Yazılı yarışma sınavı ile mülâkatın sekreteryaya hizmetleri Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirilir." Kanun'un öngördüğü mülâkat kurulunun da tamamına yakın bir kısmının Adalet Bakanlığı bürokratlarından oluşmuş olması, kurulun tarafsızlığı konusunda şüpheler oluşturacak önemli bir sorundur.¹² Elbette herhangi bir idare bünyesinde oluşturulacak bir mülâkat kurulunun bundan farklı olmayacağı ve her durumda benzer şüpheleri ifade etmenin idareler içinde mülâkat kurulu oluşturulmasını külliyen reddetmek anlamına geleceği ileri sürülebilir. Ancak burada söz konusu olan herhangi bir kamu personeli alımı değil, hâkim ve savcı adayı alımıdır. Yukarıda aktardığımız Anayasa Mahkemesi kararındaki şu cümleler sorunu çok açık bir biçimde ortaya koyacak niteliktedir. Gerçekten de "Anayasa, hâkimlik ve savcılık mesleğine verdiği özel önemin gereği olarak bu mesleğe girecekleri adaylığa alınış ve adaylık döneminden başlayarak güvenceye kavuşturmak istemektedir." Bu anlamda Adalet Bakanlığı'nın mülâkat sınavı yapması konusunda Anayasa açısından bir sorun görmesek bile,¹³ Bakanlık bünyesinde oluşturulacak mülâkat kurulunun tarafsızlığı konusundaki şüpheleri dağıtacak düzenlemeler getirilmesi Anayasa'da düzenlenen yargı bağımsızlığının gerekleri bakımından anayasal bir zorunluluktur. Mülâkatın Adalet Bakanlığı tarafından yapılabileceğinin kabul edilmesi mülâkat kurulunun çoğunluğunun Bakanlık bürokratlarından oluşmasını zorunlu kılmaz. Mülâkat kurulu üyelerinin en az yarısının Bakanlık teşkilatı dışından temini, tarafsız bir kurulun oluşturulması açısından anaya-

¹² Bu bürokratların hâkim ve savcı sınıfından olmaları gerçeği sorunu bertaraf edecek bir özellik değildir. Bunlar her durumda idarî bir görev üstlenmekle Bakanlığın hiyerarşisi altına giren bürokratlardır. Diğer taraftan, daha önce bir başka yerde de belirttiğimiz gibi (Yılmaz, 2009: 124), Adalet Bakanlığı'nın, hiçbir mantıksal ve zorlayıcı sebep yokken, sınav sürecinin içinde tutulması konusundaki ısrarlı çaba, bizleri bu süreçte Bakanlığın siyasî etkisinin olduğu yönünde şüpheye sevk etmenin ötesinde aksi kanıtlanması zor bir kanaate sevk etmektedir. Üzülerek belirtmek gerekir ki, bu siyasî çaba sadece belli bir siyasî cepheye de özgü değildir. Türkiye'de siyasetçiler, iktidarı elde ettikleri andan itibaren Adalet Bakanlığı'nın hâkim ve savcılarının seçimi sürecinde aktif rol üstlenmesini mahrem bir tercih olarak sürekli muhafaza etmişlerdir. Bu durumun ülkeye hiçbir faydası olmadığı gibi yargı organını yıpratmak gibi olumsuz bir yönünün bulunduğu açıktır.

¹³ bkz. Yılmaz, 2009: 125-124

sal bir zorunluluktur. Örneğin kurul üyelerinin en az yarısının yüksek mahkeme üyelerinden teşekkül etmesi uygun bir tercih olacaktır. Keza aleniyeti sağlamak açısından örneğin Barolar Birliği'nden bir temsilcinin mülâkata gözlemci sıfatıyla katılması gibi bir takım tedbirler mülâkat sınavından doğan birçok endişeyi bertaraf edecek nitelikte tedbirlerdir. Yargı bağımsızlığı konusunda hassasiyet taşıdığını iddia eden herhangi bir siyasal çoğunluğun bu tür düzenlemeler getirmesi, yargı bağımsızlığı adına sergileyeceği en samimi tavır olacaktır.

II. MÜLÂKAT SINAVININ YARGISAL DENETİMİNE İLİŞKİN SORUNLAR

Mülâkat sınavı sonunda mülâkata tâbi tutulan bireyin başarısına ilişkin değerlendirme bir idarî işlemdir ve bir idarî işlem olmak itibarıyla de Anayasa'nın 125/1. maddesi çerçevesinde yargı denetimine tâbidir. Ancak bu sorun mülâkat sınavının sadece biçimsel olarak yargı denetimine tâbi olduğunu belirlemekle çözülmüş sayılamaz. Sorun mülâkat sınavına dair etkin bir yargı denetimini gerçekleştirme koşullarının bulunup bulunmadığı ile ilgilidir.

Öncelikle mülâkat sınavı sonunda tesis edilen idarî işlemin özellikle yetki, şekil ve usul unsurları açısından etkin bir şekilde denetlenmesinin önünde bir engel bulunmadığını belirtelim. Ancak aynı işlemin sebep, konu ve amaç unsurlarını denetlemek son derece güçtür. Amaç unsurundaki sakatlık daha çok işlemi yapanın kamu yararı dışındaki "niyeti" ile ilgili olduğu için ispatı güç bir sakatlıktır.¹⁴ Söz konusu niyetin anlaşılmasını tam olarak sağlamasa da şeffaflığa ilişkin usul güvencelerinin bu açıdan da önemli olduğu hemen anlaşılabilir.

Mülâkat sınavında tesis edilen idarî işlemin konusunu "başarılı" ya da "başarısız" olma sonucu olarak belirleyebiliriz. Bu sonucun da bir ölçüde takdir yetkisiyle ilişkili olduğu açıktır. Bu çerçevede konu unsurunun yargısal denetimi, takdir yetkisinin mevcudiyeti nedeniyle güçtür. Anayasa'nın 125/4. maddesinin "...takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez." hükmünü hatırlamakta fayda var. Takdir

¹⁴ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayını, Bursa 2010, s. 364.

yetkisinin yargısal denetimine ilişkin daha etraflı bir açıklamayı aşağıda yapacağız.

Mülâkat sınavı sonunda tesis edilen idarî işlemin sebep unsuruna ilişkin denetimin güçlüğü üzerinde daha ayrıntılı durmak gerekecektir. Başarılı ya da başarısız sonucuna yol açan idari işlemin sebebi sözel diyalog, diğer bir deyişle mülâkat sürecinin bizatihi kendisidir. Sebep unsurunda bir sakatlık olup olmadığını anlamak için sözel diyalog sürecini fiziksel olarak gözden geçirme olanağına sahip olmak gerekir. İşte şeffaflığı sağlayan usul güvenceleri bu noktada da önem kazanmaktadır. Diğer bir deyişle işlemin usul unsurundaki eksikliklerin olumsuz sonuçlarından birisi işlemin sebep unsurunun yargısal denetimini güçleştirmek şeklinde ortaya çıkmaktadır. O halde sorun dönüp dolaşip işlemin usul unsurunda yoğunlaşmaktadır. Hemen yukarıda verdiğimiz Anayasa Mahkemesi kararında geçen şu cümleler sorunun bu güne kadarki algılanış biçimini açıklayıcı niteliktedir. Buna göre, mülâkat sınavlarında sorulan *“Sorularla bunlara verilen yanıtları delil tespiti ve bilirkişi incelemesi yöntemiyle yargısal denetim kapsamına aldırma olanağı güçtür”* ve *“dolayısıyla sözlü sınava karşı açılan davada yargısal denetim, sınav kurulunun oluşumu, sınavın yöntemi, verilen notlarda maddi hata yapıldığı gibi konularla sınırlı olmaktadır.”* Danıştay’ın başlangıçtaki bakış açısı da bundan farklı değildir. Danıştay’a göre, *“Sözlü yapılan sınavlarda sınavla ilgili yazılı bir kanıt bulunmaması nedeniyle, bu sınavda ilgilinin başarılı olup olmadığının bilirkişi incelemesi yaptırılarak yargı yolu ile denetlenmesi olanağı bulunmamaktadır.”*¹⁵ Benzer şekilde bir başka kararında, *“... sözlü sınavın doğası gereği, ilgilinin sınav sırasındaki performansının değerlendirilmesi söz konusudur. Ses, görüntü kaydı ya da detaylı tutanak tutulmadıktan sonra, ilgilinin sözlü sınav performansının sonradan değerlendirilmesinin yapılamayacağı, bilirkişi incelemesine de konu edilemeyeceği açıktır.”*¹⁶ gerekçesine rastlamaktayız. Bu kararda ilginç olanı Danıştay’ın idarenin sınavı tutanak altına almamasını bir hukuka aykırılık sebebi olarak görmeyip, bunu davanın reddi sebebi olarak görmesidir ki, bu yaklaşıma katılmak gerçekten mümkün değildir. İdarenin ihmalinin birey aleyhine sonuç doğurmasına dönük bir hukuk

¹⁵ Danıştay, 8. D., E.: 1989/302, K.: 1989/671, K.T.: 13/09/1989, [danistay.gov.tr].

¹⁶ Danıştay, 8. D., E.: 2004/341, K.: 2004/3332, K.T.: 20/09/2004, [danistay.gov.tr]; Ayrıca bkz. Danıştay, 8. D., E.: 1989/302, K.: 1989/302, K.T.: 13/09/1989, [danistay.gov.tr].

mantığının kabulü mümkün değildir. Hâkim ve savcı aday alımında yapılan mülâkat sınavına karşı açılan davada Danıştay'ın aynı çizgiyi izlediğine tanık oluyoruz. Buna göre, "Mülâkatta sorulan sorular ve bunlara verilen cevaplar tutanağa geçirilmediği için mülâkatın idari yargı denetimine tâbi tutulması mümkün değildir. Kaldı ki davacı mülâkatta başarılı olduğuna dair iddiasını her hangi bir şekilde ispatlayamamaktadır."¹⁷ Burada da, kabul edilmez bir şekilde, birey aleyhine bir yorum söz konusudur. Davacının mülâkatta sorulan soruları ve buna verdiği cevapları mahkemeye ilettikten sonra, davacı iddialarının aksini ispat etmek külfetini idareye yüklemek gerekirdi. Belki böylece, idarenin yaptığı mülâkat sınavının ayrıntılarını en azından bir tutanağa geçirmesi sağlanmış olacaktı. İdare bir işlem yaptığında, o işlemin dayandığı sebebi ortaya koymak, kanıtlamak zorundadır. İdare işlemin sebebini açıkça ortaya koyamıyorsa, işlemin sebep unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu sonucuna varılabilir.¹⁸

Özetle, Danıştay geçmişte mülakat sürecinin tutanağa geçirilmesi sebebiyle başarısız sayılma işlemlerinin sebep unsurunun usul eksiklikleri nedeniyle denetlenemeyecek oluşunu, işleme dair bir hukuka aykırılık sorunu olarak değerlendirmemişti.

Danıştay'ın mülâkat sınavında sorulan sorular ve bunlara verilen cevapların tespitinin olanaklı olmaması gerekçesiyle davaların reddini benimseyen geçmiş kararları, mülâkat sınavlarının hiç denetlenmediği anlamına gelmemekteydi. Danıştay salt bu gerekçeyle davanın reddini yeterli görmemiş, açılmış olan davada mahkemenin yapılan sınavı usul açısından denetlenmesinin zorunlu olduğunu belirlemiştir. Buna göre, Danıştay idari hâkimlik sınavında mülâkatta başarısız olan adayın açtığı davada idare mahkemesinin "Mülâkat sınavına ilişkin soru ve cevapların somut bilgilere dayanmaması nedeniyle yargısal denetimin yapılması olanağının bulunmadığından bahisle davanın reddi"ne ilişkin kararını, sınavın usulüne uygun yapıp yapılmadığının değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bir gerekçe ile bozmuştur.¹⁹ Elbette ki, bu tür ka-

¹⁷ Danıştay, 5. D., E.: 1982/1421, K.: 1985/1858, K.T.: 11/06/1985, [danistay.gov.tr].

¹⁸ Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayını, Ankara 2003, s. 140.

¹⁹ Danıştay, 12. D., E.: 1997/857, K.: 1997/4259, K.T.: 24/12/1997, DD, S. 96, s. 668-672. Aynı şekilde mülâkat sınavına ilişkin işlem öncelikle usul unsuru açısından incelenmelidir. Bu aşama atlanarak doğrudan konu unsuru açısından yapılan in-

rarlar şeffaflığı sağlamaya dönük usullerin işletilmemiş olduğunun tespiti sonucunda kaleme alınmış kararlar değildir. Bunlar daha çok örneğin mülâkat komisyonunun mevzuata uygun olmayan bir şekilde teşekkül olunması gibi konuları ilgilendiren kararlardır.²⁰

Danıştay'ın yukarıda açıklanmaya çalışılan içtihat çizgisinden, basit düzeyde de olsa, ayrıldığı kararlara rastlamak mümkündür.²¹ Ancak içtihat çizgisindeki esas kırılma noktası, son yıllarda verdiği kararlar ile ortaya çıkmıştır. Danıştay Sayıştay denetçiliği mülâkat sınavına karşı açılan davada idare mahkemesinin geçmiş içtihatları takip ederek mülâkat sınavının hukuka uygunluğunu değerlendirmenin fiilen mümkün olmadığından davanın reddine dair verdiği kararı bozmuştur. Danıştay'a göre, sözlü sınav yapmak başlı başına hukuka aykırı olmamakla birlikte, sözlü sınavda başarısız sayılma işleminin yargısal denetimini sağlayacak altyapının ve buna dayanak düzenlemelerin yapılması hukuka bağlı ve saygılı bir idarenin görevidir. Sözlü sınavın niteliği gereği bir takım hususların tutanakla tespit edilmesi ve adayların başarısızlığına ya da yetersizliğine ilişkin tespitlerin açıkça ortaya konulması yargısal denetim açısından zorunludur ve bu unsurları sağlamak idarenin görevidir.²² Mülkiye müfettişliği mülâkat sınavıyla ilgili, belki de daha ilginç sayılabilecek bir başka kararda Danıştay, "...bilginin ölçülmesi amacıyla yapılacak yazılı sınav yanında, meslek bilgisi ile birlikte mesleki ehliyete yönelik diğer özel niteliklere de sahip olup olmadıklarının tespiti açısından tamamlayıcı nitelikte sözlü sınav yapılmasında hukuka aykırılık bulun(ma)"dığına, "...yapılan sözlü sınavın ve sınav sonucunda tesis edilen işlemin yargısal denetimi için gerekli tüm unsurların oluşturulmasını sağlamak hukuka bağlı idarenin görevi" olduğuna ve "sözlü sınavda

celeme ve verilen karar yargılama usulüne uygun değildir. Danıştay, İDDGK, E.: 1991/208, K.: 1992/69, K.T.: 20/03/1992, D.D., S. 86, s. 119.

²⁰ Danıştay, İDDGK, E.: 1991/254, K.: 1993/530, K.T.: 05/11/1993, DD, S. 89, s. 104-106; Danıştay, 5. D., E.:1982/3050, K.: 984/882, K.T.: 24/02/1984, [danistay.gov.tr].

²¹ Doçentlik sınavının sözlü aşamasının sonunda sınava tabi tutulan kişinin sadece başarısız olduğuna ilişkin bir tutanak tutulmasının yetersizliği; aynı zamanda neden başarısız sayıldığına ilişkin somut verilerin de işlemde gösterilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. Danıştay, 8. D., E.: 2004/1367, K.: 2004/3878, K.T.: 19/10/2004, [danistay.gov.tr]. Ayrıca bkz. Danıştay, 5. D., E.: 1999/2771, K.: 2002/2723, K.T.: 10/06/2002, DKD, S. 1, s. 210.

²² Danıştay, 12. D., E.: 2008/535, K.: 2008/3422, K. T.: 09/06/2008, DD, S. 119, s. 407-408.

verilen yanıtların, teknolojik imkânlardan yararlanılarak kayıt altına alınmak (elektronik ortamda görüntülü ve/veya sesli kayıt gibi) suretiyle, objektif nitelikte incelenip yargısal denetiminin yapılmasına imkân tanınmasının, hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi açısından önemli ve yerinde bir uygulama olacağı”na karar vermiştir.²³

Bu kararlardan açıkça anlaşılmaktadır ki, Danıştay’ın daha önceki anayasal gerekliliklerle uyum içinde bulunmayan içtihat çizgisi değişmiş ve olması gereken noktaya gelmiştir.²⁴ Bu kararların birkaç olumlu hedefinin bulunduğu söylenebilir. Birincisi şeffaflığın dolayısıyla tarafsızlığın sağlanmasıdır. İkincisi şeffaflıkla birlikte daha etkin bir yargı denetiminin sağlanmasıdır. Üçüncüsü bu tür sınavlar konusunda duyulan şüphelerin azalmasıdır. Bu şüphelerin azalması hâkim ve savcı alımları açısından son derece önemli bir başka boyuta sahiptir ki, o da yargıya duyulan güvenin artacak olmasıdır. Danıştay’ın geldiği nokta Anayasa’nın 36/1., 70., 125/1 ve hakim ve savcı adayı mülâkat sınavları için ayrıca 138/1. maddelerinin olağan sonucu ve gereğidir.

Burada bir konunun altını çizmek gerekir. Danıştay’ın içtihat değişikliğinde altı çizilen gereklilikler idari işlemin usul unsuruna ilişkindir. Dolayısıyla idarenin mülâkat sınavına ilişkin konularda sahip olduğu takdir yetkisinin denetlenip denetlenemeyeceği, denetlenecek ise hangi sınırlar dâhilinde denetleneceği tamamen farklı bir sorundur. Danıştay kararlarıyla amaçlanan mülâkat sınavlarının usul unsurunu güçlendirip şeffaflık ve tarafsızlığı sağlamak ve sonuç olarak da idari işlemleri yargı denetimine uygun bir hale getirmektir. Bir idari işlemin yargı denetimine uygun halde bulunması başka bir konudur, işlemin takdir yetkisine dayanması nedeniyle yargısal denetiminin sınırlı olması başka bir konudur. Takdir yetkisinin söz konusu olduğu durum-

²³ Danıştay, 5. D., E.: 2007/1771, K.: 2008/3008, K. T.: 21/05/2008, DD, S. 119, s. 191-194; Milli Eğitim Bakanlığı Müfettiş Yardımcılığı mülâkat sınavının teknolojik olanaklardan yararlanmak suretiyle kayıt altına alınmasına ilişkin olarak bkz. Danıştay, 2. D., E.: 2009/183, K.: 2009/3413, K. T.: 07/10/2009, [yayımlanmamıştır].

²⁴ Danıştay’ın geçmişteki içtihadını değiştirmesi, içtihatla yeni usul ilkeleri getirmesinde herhangi bir sıra dışılık yoktur. İdare hukuku içtihadı bir hukuk dalıdır. Bu güne kadar birçok idare hukuku ilkesi yargı kararlarıyla belirlenmiştir (Gözler, 2010: 34; Günday, 2003: 28).

larda idari işlemin konu unsuru bakımından yargı denetiminin içkin sınırları konusu bir başka çalışmanın konusu olacak kadar derindir.²⁵

III. DANIŞTAY KARARLARINA KARŞI KANUN KOYUCUNUN TEPKİSİ

Mülâkat sınavına ilişkin olarak, Danıştay'ın son içtihatları kanun koyucunun tepkisini çekmekte gecikmemiştir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla mülâkat sınavlarının yargısal denetimini kısıtlama eğilimi, ilk olarak 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu'nda 25.6.2009 tarih ve 5917 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikte gözlendi. 1700 sayılı Kanun'a eklenen mükerrer 2/ A maddesiyle kaymakam adaylığına kabul için yapılacak olan mülâkat sınavında sadece verilecek olan notların tutanağa geçirileceği ve bunun dışında mülâkat ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmayacağı hükme bağlandı. Bunu 03.12.2010 tarih ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 17. maddesinde Sayıştay Denetçiliği için yapılacak mülâkat sınavı için getirilen hüküm izledi. Bu düzenlemede de aynı şekilde mülâkat sınavında sadece verilecek olan notların tutanağa geçirileceği ve bunun dışında mülâkat ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmayacağı hükme bağlanmıştır.

Bu düzenlemelerde mülâkat sınavının açıkça yargı denetimine tâbi olmadığı ifade edilmemekle birlikte, bu tür işlemlerin yargısal denetiminin daralması söz konusudur. Bu bir geriye gidiştir, çünkü bu düzenlemeler idari yargı yerlerini geçmişte tekrar ettiği Anayasa ile uyum içinde olmayan içtihatlarına geri dönmeye zorlama amacını taşımaktadır. Bu düzenlemelerin yukarıda açıkladığımız sebeplerle

²⁵ Bu konuda yargı denetiminin sınırlı olmakla birlikte tamamen kapalı olmadığına ilişkin olarak bkz. (Balta, 1970/72: 138 v.d; Gözübüyük/Akıllıoğlu, 1993: 258 vd.). Örneğin Gözübüyük ve Akıllıoğlu'na göre, "Sınav sonucu yapılan değerlendirmelere karşı yönetsel yargıda açılan davalarda bilirkişi incelemesi yapılırken, bilirkişiden sınav kâğıdının yeniden değerlendirilmesi istenmemelidir. Mahkeme, değerlendirme yapan, takdir yetkisini kullanırken eşitlik ilkesine uyup uymadığını araştırmalı, başka bir deyişle, değerlendirme yapanın geçer not verdiği kâğıtlar ile dava konusu yapılan sınav kâğıdının karşılaştırılması bilirkişiden istenmeli ve bu açıdan açık bir değerlendirme hatası yapılmış ise, değerlendirmenin iptali istenmelidir." (Gözübüyük/Akıllıoğlu, 1993: 258). Bununla birlikte takdir yetkisine dayanılarak yapılan işlemlerin konu unsuru bakımından denetlenemeyeceğine ilişkin olarak bkz. (Gözler, 2010: 362 v.d.). Danıştay bu konudaki içtihatları için bkz. (Tan, 1996: 419 v.d.)

Anayasa'nın 36/1., 70., 125/1 maddelerine aykırı olduğunu belirlemek için daha fazla söz sarf etmenin bir gereği yoktur. Hâkim ve savcı adayı mülâkat sınavları için de benzer bir düzenlemenin getirilmesi halinde, ayrıca Anayasa'nın yargı bağımsızlığını düzenleyen 138/1. maddesinin de ihlal edileceği açıktır. Hiç şüphesiz bu anlayışın önüne geçilmesi Anayasa Mahkemesi'nin Danıştay'ın yenilikçi tavrına yaklaşmasıyla mümkün olacaktır.

SONUÇ

Yargı bağımsızlığı ve siyasî otoritenin yargı organı üzerindeki gücü ve etkisine ilişkin tartışmalar çerçevesinde, hâkim ve savcı adayı alımına ilişkin sınavlar ve sınav usulü, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin tutarlı bir içtihat bütünlüğü oluşturamaması sebebiyle halen bir sorun olarak mevcudiyetini sürdürmektedir.

Bu güne kadar hâkim ve savcı adayı alımına ilişkin sınav sürecinin en çok tartışılan ve rahatsızlık doğuran aşaması, şeffaflığı sağlanmadığı için, mülâkat sınavı aşaması olmuştur. Mülâkat sınavlarının şeffaflığın sağlanmasına ilişkin usuller dairesinde yapılması Anayasa'nın ilgili hükümlerinin açık gereğidir. Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın bugüne kadar bu anayasal gereklilikleri yeterince iyi değerlendirebildiğini söylemek pek mümkün görünmemektedir. Ancak Danıştay'ın mülâkat sınavlarının kayıt altına alınmasına ilişkin olarak geliştirdiği gecikmiş içtihat, gerek genel olarak kamu personeli alımında gerekse hâkim ve savcı adayı alımında Anayasa açısından kesinlikle kabulü mümkün olmayan bir olumsuzluğu bertaraf edecek mahiyettedir. Bununla birlikte bu içtihadın yerleşik bir anlayışa dönüşmesi, Anayasa Mahkemesi'nin aynı ilerici bakış açısını benimsemesine bağlıdır. Zira kanun koyucu Danıştay'ın ortaya koyduğu anlayışı yasal olarak bertaraf etme niyetini açıkça ortaya koymuş bulunmaktadır. Yürütmeyi elinde bulunduran parlamento çoğunluğunun geliştirdiği bu tepki, mülâkat sınavlarını şeffaflıktan yoksun kılma amacını taşımaktadır. Bu tür bir tepkinin mülâkat sınavları konusunda kamu yararı amacını hedef tutmadığı açıktır. Anayasa'yı bu tür bir anlayışa geçit verecek şekilde okumak ve yorumlamak Dünya'nın şeklinin geoid olduğunun inkârı kadar anlamsız ve bir o kadar da arkaik bir tavır olacaktır.

KAYNAKLAR

- Aslan, E. Onur (2007): *1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi*, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Balta, T. Bekir (1970/72): *İdare Hukuku I*, SBF Yayını, Ankara.
- Gözler, Kemal (2010): *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayını, Bursa.
- Gözübüyük, Şeref / Akıllıoğlu, Tekin (1992): *Yönetim Hukuku*, Turhan Yayını, Ankara.
- Günday, Metin (2003): *İdare Hukuku*, İmaj Yayını, Ankara.
- Tan, Turgut (1996): "Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi", *SBFD*, C. 51(1-4), s. 409-423.
- Yılmaz, Halit (2009): *Türkiye'nin Yargı Bağımsızlığına İlişkin Sorunları*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara.

İDARE HUKUKUNDA BİLİMSEL YAKLAŞIM SORUNU -II*

THE ISSUE OF SCIENTIFIC APPROACH IN ADMINISTRATIVE LAW -II

Sedat ÇAL**

III. İdare Hukuku Öğretisinde Bilimsel Yaklaşım

Yukarıdaki bölümlerde geneli itibariyle ele aldığımız konu, niha-yet, idare hukuku açısından ayrıca ve daha ayrıntılı bir değerlendirmeyi hak etmektedir. Zira öyle görülüyor ki, idare hukuku teorisi bakımından biçimsel yaklaşımın ne tür zararlar doğurduğu ve bir tür bilimsel kısırlık yarattığı hususu görmezden geliniyor gibidir.

Bu konuyla da ilintili sayılabilecek bir görüş, yine idare hukuku öğretisinden gelen bir çarpıcı ifade içerisinde ortaya konulmaktadır. Buna göre; *“(i)dare hukukunda büyük anlatılar ve anlatıcılara uzun süreden beri rastlanmamaktadır.”*¹²² Özyay ise daha farklı bir veçheden hareketle söze girmekte ve bu yöndeki eksikliğe değinen bir eleştiriyle konuyu ele aldığı ifadesinde, öncelikle *“bilge”* Onar’ın yazdıklarının sonraki dönemlerde *“ne anlatıldığını ne de yazıldığını”*, giderek idare hukukunda;

* Makalenin ilk bölümü Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin Ocak-Şubat 2011 sayısında yayımlanmıştır.

** Dr., Kıdemli Uzman, Yatırımlar Direktörlüğü, Enerji Şartı Sekreteryası (Senior Expert, Investment Directorate, Energy Charter Secretariat), Brüksel. cal@encharter.org, sedatcal@gmail.com.

¹²² Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 3.

“konuların sırası ve ağırlığını, kökeni bilimsel olmayan salt kişisel kaygularla değiştirme deneyimlerine girişimlere, kırk yıla ulaşmış bulunan bir düzeni alt üst etme gibi çok tehlikeli heveslere”

kapıldığını vurgulamaktadır.¹²³

Özay, ayrıca, kimi hukukçular bakımından şu –oldukça keskin ve iddialı– yargısını seslendirmekten de geri kalmamaktadır: *“Fransız öğretisi düşüyle yaşayıp, içinde buldukları ortamı hiç anlamadılar ve ona birşeyler verebilme çabasını da galiba duymadılar.”*¹²⁴ Bu ifadeyle, aslında çok ciddi ve giderek belki ağır bir ithamda –yahut, eski bir tabirle, belki de *“bühtan”* da– bulunduğu söylenebilir. Ne var ki, idare hukuku teorisinde karşılaşılan kimi yaklaşım ve uygulamalara bakıldığında, kısmen dahi olsa bu ibareye hak verdirecek olguların belirmedğini savlamak da –doğrusu– güç olacaktır.

Özay, nihayet Türk idare hukuku bakımından önemli bir eleştiriye daha yer vermekte ve *“Tanzimat’tan beri benimsediğimiz Fransız sistemini bütünüyle izlemek yerine onda bazı düzeltmeler yapmak gereği”* ni vurgulamaktadır.¹²⁵ Doğrusu, bu husustaki fevkalade isabetli saptamaya katılmamak mümkün değildir.

İdare hukukunda ilk göze çarpan husus, genellikle idari yargı organları kararlarından hareketle öğretinin kimi yargılara varması ve ilkeler üretmesidir. Ancak, bunu yaparken, ele alınmakta olan yargı kararının arka planını, olayın özelliklerini ve diğer olaylarla bağlantılarını her zaman araştırma ve irdeleme, analitik bir bakışla sorgulama hususunda önemli ve ciddi eksiklikler kendini göstermektedir. Nihayet, somut olayın maddi özelliklerine yargı kararlarında değinilirken, öğretinin buradan hareketle ilkeler çıkarma sürecinde, ilgili olayda bulunan ve fakat varılan yargıyla ilintisiz öğeleri ayıklamayı ihmal etmesi gibi, katkı sağlayıcı bir girişime az rastlanıyor olunması, sorunu daha da büyütmektedir.

¹²³ Özay, *Günüştüğünde Yönetim*, op. cit., s. XIV.

¹²⁴ A. g. e., s. XV.

¹²⁵ Bkz. Özay, İl Han, *İtalya: “Nakıs” İdari Rejim mi “Ma’kus Talih mi?*, içinde İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Danıştay 133. Yıl Sempozyumu, 11-12 Mayıs 2001, Danıştay Yayını, Ankara 2003, s. 22.

Burada bir örnek verelim: İmtiyaz kavramının ne olduğuna yönelik olarak Danıştay'ın iki ayrı kararında, idarenin kamu hizmeti saydığı bir faaliyeti özel kişilerle sözleşme imzalayarak yerine getirmesine yönelik kimi belirlemelerde bulunmaktadır.¹²⁶ Öğretide *bu iki karara atfen* varılan sonuç ise, şöyle ifade edilmektedir: “*Kamu hizmetinin özel kişi tarafından kurulması ve işletilmesi sözkonusudur. Bu husus bir idari sözleşme şeklinde kayıt altına alınır.*”¹²⁷

Açıktır ki, anılan Danıştay kararında idarenin kamu hizmetinin özel kişiler eliyle görülmesine yönelik *sözleşme ilişkisinden* bahsetmesi gerekçe tutularak, buradan hareketle özel kişinin bir kamu hizmetini *sadece sözleşme ilişkisi* içerisinde görebileceği varsayımına gidilmesi, yanlış bir algılamaya dayanmaktadır. Nitekim idarenin herhangi bir sözleşme ilişkisi içine girmeksizin, bir kamu hizmeti alanında ilgi-

¹²⁶ Bkz. Danıştay 10. Dairesi'nin 29 Nisan 1993 tarih ve E. 1991/1, K. 1993/1752 sayılı ve 6 Şubat 2002 tarih ve E. 1999/2407, K. 2002/347 sayılı kararları (atıf yapılan kararların kısmi ölçekli metinleri için bkz. Sezginer, *İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci*, op. cit., s. 1082, 1083).

¹²⁷ Sezginer, *İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci*, op. cit., s. 1083 (aynı tesbit için keza bkz. Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 425) (“**vurgu**” tarafımıza aittir). Anılan çalışma, idarenin imtiyaz verirken imtiyazcıyı seçme konusunda serbesti içinde olacağı yaklaşımını benimseyen Fransa kaynaklı -kanımızca “*arkaik*” nitelikte ve devrini çoktan tamamlamış bulunan- “*Intuitu Personae*” ilkesini irdelemekte ve öğretideki genel yaklaşımın kısmen ötesine geçerek “belirli bir serbesti kısıtlaması” olabileceği görüşünü esas almaktadır. Böylece çalışma, bu alandaki önemli bir konuyu -varılan nihai yargılara, gerçekliği tam olarak kuşatmadığı veçhile (bkz. ileride 137 no.lu dipnotun bulunduğu paragrafın devamındaki açıklamalar), tarafımızdan katılmamakla beraber- irdelemektedir. Ancak, daha önce belirtildiği üzere, aynı konuya yer veren -ve çok daha farklı bir bakış açısıyla yaklaşarak eleştiri ve öneriler getirmesi bakımından- ilk -ve anılan çalışmanın yayımlanması öncesindeki neredeyse tek- bir başka akademik çalışmaya (bkz. Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit., s. 271-273) dahi -internet erişimine açık bulunmasına rağmen- değinilmediği görülmektedir. Giderek, anılan akademik eser hakkındaki bir “kitap incelemesi” bir akademik yayın organında yayımlanmış bulunmasına ve bahsekonu incelemede imtiyazcının idarece serbestçe seçimine ilişkin eleştiri bağlamında ilgili kitaptaki görüşe açık biçimde yer verilmiş olunmasına karşın, bu kitap incelemesi (bkz. Ulu, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü (Kitap İncelemesi)*, op. cit., s. 405-414) de -yine, ağ erişimine açık bulunmasına karşın- yazarın dikkatinden kaçabilmiş görünmektedir. Bu itibarla, akademik bir çalışma olarak yeterli kaynak taramasında -gerektiği gibi- bulunmadığı veçhile bilimsel açıdan nâkise içerdiğini düşündürmeye elverişli bir olguyu sergilemektedir.

li özel kişiye sadece şartnameli ruhsat¹²⁸ kapsamında “yetki” vermesi durumunda, öğretinin işbu analizi bir açıklama veya çözüm getiremiyor olacaktır. Bu itibarla, Danıştay’ın ilgili kararında konunun sözleşme ilişkisine atıf yapılması ve sadece sözleşme ilişkisi boyutunun ele alınması, öğretinin imtiyaz kavramını tanımlarken buradan hareketle aynı dar kapsamda kalmasına yol açıyor görünmektedir. İşte burada, Derbil’in daha önce alıntılıdığımız “*öğretinin içtihatları birebir açıklama yoluna gittiği ve fakat zaman, mekan ve ihtiyaçlar bakımından muhakeme, mukayese ve tenkit gereksinimini görmediği*” yollu eleştirisi, bir kez daha günümüzdeki geçerliliğini zihinlere nakşetmektedir.

Danıştay, önündeki dava konusu nedeniyle –kuşkusuz ve elbette– münhasır olayın özellikleriyle sınırlı biçimde bir karar vermek durumundadır. Oysa öğretinin aynı kısıtlar içinde bulunması sözkonusu değildir. Dolayısıyla, öğreti bakımından, yargı kararları ele alınıp irdelenirken dava konusu olayla sınırlı yargı kararı çerçevesinin dışına çıkılması; bu meyanda konunun bütünlüğünü içeren, sorgulayıcı biçimde ve analitik bir yaklaşımla konuya eğililmesi ve nihayet çözümler aranması esas alınmak gerekir.

Ne var ki, idare hukuku öğretisine bakıldığında –özellikle yargı içtihatlarından ilkeler çıkarılması sürecinde- içtihatlarda ele alınan olgu ve kavramlar ile varılan yargılar dolayısıyla beliren ilkelerin sorgulanmaya ve analize bağlı kılınmaksızın aynen aktarıldığı örneklere rastlamak hiç zor değildir. Oysa yine öğretilen bir ifadeyle değinilirse, “...

¹²⁸ Şartnameli ruhsatta, ruhsata genel şartlar ilave edilmiş olmaktadır ve Gözler’e göre bu durumda ruhsat yöntemi, imtiyaz yöntemine benzer duruma gelmektedir; tek farkla ki, birincisinde tek yanlı bir işlem varken, ikincisi iki-yanlı bir işlem niteliğindedir (bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 355). Keza, bkz. Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, C. 1, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ağustos 2006, s. 677 (yazarlar, uziletişim (telekomünikasyon) alanında hem lisans verilip hem de imtiyaz sözleşmesi imzalandığına değinmekte ve böylece “statüer ilişkinin göstergesi sayılan “izin” ile “sözleşme”yi biraraya getiren karma yöntemlere başvurulabildiği”ni dile getirmektedir (İbid)). Bununla birlikte, Gözler, “lisans sözleşmesi” şeklinde bir kavramın sözkonusu olamayacağı görüşündedir. Zira, tek yanlı bir işlem olan ruhsat içerisinde şartnameye yer verilse dahi, –sözleşme, iki-yanlı bir ilişki olduğu veçhile- bu ilişkiyi sözleşme şeklinde ele almak olanaksızdır (bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 410, 889 no.lu dipnot).

(i)çtihatlarla ve müelliflerin fikirlerine yapılan atıflar yalnız fikrinizi takoiye eder, fakat yerine kaim olmaz.”¹²⁹

İşte, buradaki örneğimizde de bu durum çarpıcı bir biçimde öne çıkmaktadır: İmtiyaz kavramını dava konusu münhasır olay kapsamında sözleşme ilişkisiyle sınırlı olarak inceleyen Danıştay kararından hareketle öğretici, örnek olayın konusu ve öğleriyle kendisini sınırlandırmak suretiyle, yine aynı kısıtlar içerisinde kalmaktadır. Bunun sonucunda da, imtiyaz kavramını “sözleşme ilişkisi”nin varlığına özgülemekte bir sakınca görmemektedir. Herhalde, öğretinin bu sınırın dışına çıkabilmesi için yargının önüne ruhsat yoluyla bir “kamu hizmeti”nin¹³⁰ özel kişilerce görülmesi uygulamasının dava konusu

¹²⁹ Hirs, *Pratik Hukukta İlmî İspat ve Tefsir*, op. cit., s. 138.

¹³⁰ Burada “kamu hizmeti” terimini tırnak içine almamızın nedeni, bu kavramın belirsizliği ve giderek öğretilde kavrama yer verenlerin –çoğu zaman farklı bir tanım kapsamı kabulüne dayandıkları üzere- vardıkları yargıların bu meyanda ele alınması ve birbirleriyle karşılaştırılması bağlamında karşılaşılan güçlükler değişim amacından kaynaklanmaktadır. Bu meyanda kavrama yüklediğimiz anlamın ne olduğuna ise burada –çalışmanın hacmini artırmamayı teminen- ayrıca değinilmeyecektir; bu hususta ayrıntılı bilgi için şu çalışmamıza bakılabilir: Çal, Sedat, Kamu Hizmeti Üzerine Düşünceler, içinde *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan*, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1835-1898; keza, Çal, Sedat, Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi, *GÜHFD*, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 599-655 (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/sedat_cal_25.pdf).

Anılan ikinci çalışmamızda yer verilen “kamu hizmeti tanımı” dolayısıyla öğretilde ortaya çıkan bir diğer bakış açısı ise, idare hukukunda kimi zaman bilimsel yaklaşımın gerektirdiği kapsamlı irdelemeye yer verilmemesi tahtında belirlemektir. Sözgelimi, bir akademik inceleme dolayısıyla bu çalışmayı irdeleyen bir akademisyenin vardığı sonuç şöyledir: “Çalışmada önerilen tanımın iki ayırt edici unsuru bulunmakta olup, bunlar ruhsat usulü ile kamu hizmetinin özel kişilere gördürülememesi ve kamu hizmetlerinin rekabete açılmamasının mümkün olmamasıdır” (ÜAK’ye sunulan değerlendirme, Dr. Sedat Çal’ın Bilimsel Çalışmaları Hakkındaki Değerlendirmelerim, 16 Aralık 2009). Oysa, anılan çalışmada ileri sürülen kamu hizmeti tanımı bağlamında; “öncelikle bir faaliyetin rekabet içerisinde gereği gibi toplumda yerine getirilen bir nitelik göstermesi durumunda kamu hizmeti tanımlaması altına konulması gereğinin ortadan kalkmış sayılmak gerektiği ve bunun doğal bir sonuç olduğu; dolayısıyla, toplumdaki etkinliklerin rekabetçi koşullarda sunulmasının anılan tanım bağlamındaki en temel espriyi oluşturduğu” hususları çok açık bir biçimde vurgulanmaktadır. Dahası, stratejik olduğu savlanan alanlarda idarenin özel girişimcilere özel hukuk alanı kapsamında rekabetçi biçimde faaliyette bulunulmak üzere ruhsat vermeyi sakıncalı bulduğu durumlarda, idarenin kamusal alan içerisinde kimi kısıtlara bağlı tuttuğu bu faaliyetlerin yine ruhsat altında özel kişiler eliyle görülebileceği de – kimi uluslararası andlaşmalardaki olası kısıtlayıcı hükümler bu bağlamda ayrıca değerlendirilmek kaydıyla- sarahaten belirtilmektedir. Dolayısıyla, anılan değer-

lendirmenin hangi gerekçeyle hemen yukarıda yer verdiğimiz kaniya varabildiği bir muamma halinde kalmaktadır ve tamamen hatalı olduktan başka, gerektiği ölçüde ve asgari derinliği içeren nitelikte bir bilimsel incelemeye gidilmediğini de ayrıca düşündürmektedir.

Nihayet, anılan eleştiride bilimsel değerlendirme ölçütlerine uyulmaması ayrıca bir önemli sorun alanını oluşturuyor. Yazara göre, değerlendirmeye tâbi tutulan çalışma bakımından “... kamu hizmetinin görülmüş usulleri gibi konularda yer yer belli bir yöndeki düşünceye yönelik öncesinde angaje biçimde peşin tavır takındığı ve siyasi ve ideolojik boyutları da bulunan konularda hukuki sorunlara bir bilim adamı duyarlılığı ile objektif şekilde yaklaşmadığı izlenimi (doğmaktadır)... Bilimsel objektiflik gereği karşı görüş olarak farklı fikirlere de yer verilmesi ve ... daha çoğulcu bir tartışma ortamı yaratılmaya çalışılması gerekir.” Yazarın bu değerlendirmelerinin bilimsel olabilmesi için öncelikle kendi savını bilimsel olarak destekleyecek argümanları ortaya koyması gerekirken, bundan kaçınmak suretiyle “gazete yazısı polemik” düzeyine neredeyse yaklaşan ithamlarını “bilimsel değerlendirme” adı altında sunması elbette bilimsel nitelikte sayılamaz ve bu meyanda kabul göremeyeceği gibi, ayrıca “kıymeti kendinden menkul” bir özellik taşır. Kaldı ki, değerlendirmeye bağlı kılınan çalışmada inceleme konusuna ilişkin karşıt görüşlere geniş bir biçimde yer verilmekte olup, bu hususta çok sayıda eserden yararlanıldığı sadece kaynakçasına bakmakla dahi görülebilir. Öte yandan, -kanımızca sosyal bilimler (ve özellikle hukuk bilimi) bakımından mutlak bir doğru bulunmadığı veçhile her türlü kavramsal gıysiden sıyrılma gereksinim bulunduğu düşünülmeyle beraber (aynı yönde, Loevinger de, hukuksal olgular hakkında yapılacak her türlü çalışmada ideolojik düşünceden sıyrılınması gereğine değinmektedir (bkz. Dursun, Hasan, Hukuku Bilim Kılabilmek, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 64, 2006, s. 293))- “ideolojik” teriminin -her ne kadar sözgelimi Marx tarafından “yanlış bilinç” olarak adlandırıldığı görülse dahi- mutlaka olumsuz bir anlam içermek zorunda olmadığı da söylenebilir (bkz. Uzun, Ertuğrul, *Hukuk Göstergebilimi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 72. Kuşkusuz, ideoloji kavramına olumludan olumsuza çok farklı biçimlerde yaklaşıldığı da bilinir (bu hususta ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Topakkaya, Aslan, *İdeoloji Kavramının Tarihsel Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış*, *AÜEHFD*, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 163-180)). Giderek aynı husus öğretiden bir görüşteki ifadeyle desteklenebilir; buna göre, “... yeni bir kamu hizmeti kuramı inşa etmek de ideolojiden bağımsız olamaz... insana ve devlete ait değer yargılarından bağımsız varolamaz” (bkz. Ozansoy, Cüneyt, *Kamu Hizmetinde İdeolojik Boyut*, *Danıştay 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu*, Danıştay Yayını (<http://www.danistay.gov.tr/>)). Yine, “her hukuk düzeni egemen gücün ideolojisini yansıtır” yolunda görüşler bulunduğu gibi; sözgelimi, hukukta “hata” veya mülkiyet” kavramlarının belirli bir ideolojinin hukuktaki yansıması olduğu da belirtilir (bkz. Akbaş, Kasım, *Hukukun Büyübozumu*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 121, 122). Diğer yandan, hukukun tamamen nötr olmasından söz etmek mümkün değildir ve Anayasa’da ifadesini bulan değerler veya önyargılar, seçimler, hepsi belirli bir asgari değerler zeminine işaret eder (bkz. Uygur, Gülriz, *Nötr İlkeler ve Hukuk*, HFSA, 16. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu - III”, 7-9 Eylül, 2006, İstanbul, İstanbul Barosu, İstanbul, 2007, s. 333, 334). Nihayet, felsefi bakış açısından hareketle yorum konusuna eğilindiğinde, bir metnin anlaşılabilmesinde yorumcunun nesnellik anlayışıyla metne yaklaşmaması ve kendi tarihselliğini ve önyargılarını (bilinçli

edilerek getirilmesi ve bu konuda yargı tarafından bir karar verilmesi beklenecektir.¹³¹

Giderek, öğretilerdeki bu eksikliğin bir başka bağlamda daha gündeme geldiği savlanabilir. Bugüne kadar öğretilerdeki “*genel idare hukuku*”na ilişkin eserlerde, yatırım tahkimi bağlamında idarenin işlem ve eylemlerinin uluslararası hakem heyetlerince sorgulanarak tazminat kararlarına varabildiklerine ilişkin irdelemelere gidildiği görülmüyor.

bir şekilde) devreye sokarak metni irdelemesi gerektiği de savunulmaktadır (bkz. Kılıç, *Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz*, op. cit., s. 97).

Kaldı ki, örneğin Marksist ideolojik bakışla idare hukukuna eğilinmesi (bkz. Karahanoğulları, Onur, Marksizm ve Hukuk, *AÜSBFD*, C. 57, S. 2, 2002), sözgelimi idare hukukunda yine bir başka ideolojik bakıştan hareketle liberal yaklaşım içerisinde hareket etmeye ve özel girişimcilere bedeli karşılığı raporlar hazırlayarak akçeli ilişkiler alanında yer almaya kıyasla daha tutarlı -veya bu paragrafta atfı yapılan yazarın “ismiyle müsemma”- bir duruş olarak da değerlendirilebilir.

Sonuç olarak, bilimsel bir değerlendirmenin savlarını bilimsel olarak gerekçelendirmesi zorunludur; aksi halde, bilimsel niteliği haiz sayılamaz ve ciddi derecede sorunlu olmaya mahkum kalır. Anılan “eleştiri”nin resmi bir kuruma sunulan bilimsel değerlendirme meyanında yer verilmesi gereken üslup bakımından sorununa ise, -yeterince açık olduğu üzere- değinmeye dahi gerek bulunmadığı düşüncesindeyiz.

¹³¹ Nitekim yakın zamanlardan bir çalışmada dahi, 1990’lı yılların ikinci yarısında işlerlik kazandırılan 4283 sayılı Kanun’la öngörülen Yap-İşlet modeli çerçevesinde ruhsat verilerek elektrik sektörü faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi yolundaki kurgunun, yap-işlet-devret modelindeki kurguya görece “... “ruhsat” sistemini esas aldığından, imtiyaz sözleşmesi kavramı dışında değerlendirilme(si)” gerektiği savunulmaktadır (bkz. Kılavuz, Ali Kemal, Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü, *GÜHFD*, C. XIII, S. 1-2, 2009, s. 205). Burada, imtiyaz sözleşmesi kavramı tabiriyle “sözleşme” unsurunun ruhsata bulunmadığından bu yönde bir ifadeye gidildiği belki savunabilir bir yaklaşım olarak akla gelebilir. Ne var ki, çalışmanın içerisinde bu yönde bir anlayışın benimsendiğine dair bir iz bulunmadığı gibi, yazarının ruhsat içerikli yap-işlet modeliyle gerçekleştirilen enerji sektörü faaliyetlerinin “sözleşme” niteliğinde olmamakla imtiyaz sözleşmesi kavramında yer alamasa dahi her halükarda “imtiyaz” kavramının içerisinde kalacağı yönünde bir açıklama görülmüyor. Bu itibarla, değinilen bu görüş, imtiyaz için bir sözleşmenin zorunlu varlığı gibi çok yanlış bir yargının, hakemli makalelerde görülmeye devam etmesi bakımından önemlidir. Biz, bu anlayışın keskin bir isabet-sizliği ve imtiyaz kavramının hukukumuzda yanlış algılandığına yönelik bir açık işaret niteliğini içerdiği görüşünderiz (yap-işlet modelinin ve bu meyanda keza ruhsat teriminin ülkemizde enerji sektörü uygulamaları bağlamındaki uygulamalar açısından imtiyaz kavramıyla ne şekilde kesiştiğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit., s. 314-318).

Daha vahimi, idare hukuku teorisinde bu hakem heyeti kararları üzerinden sadece idari sözleşmelerin değil, ruhsat altında etkinlik gösterilen alanlar bağlamında ve nihayet bu bağlamda tüm idari işlem ve eylemlerin “hesaba çekildiği” ve idare mahkemeleri kararlarının dahi bu “ultra güc”ün yetkisine bağlı kılındığı farkedilmiş görünmemektedir.¹³² Herhalde bunun nedeni, idare hukuku teorisinin kendisini büyük ölçüde sadece ülke içerisindeki yargı kararlarını izleyerek onun peşinden sürüklenmeye şartlandırmış olmasında yatmaktadır.

Gerçi, kimi öğretim üyeleri bakımından ülkemiz aleyhine açılmış bulunan yatırım tahkimi davalarının uluslararası hakem heyetlerince görülmesi sürecinde davacı yabancı yatırımcı veya davalı ülke idaresi yanında hukuksal değerlendirmeleriyle veya avukat sıfatıyla katılım sağladıkları, böylece ortadaki gelişmelerden haberdar oldukları savla-

¹³² Sözelimi, öğretilen bir görüşe göre, “... uluslararası tahkim konusunun özellikle 1999 yılındaki Anayasa Değişikliği ile idare hukuku alanını da yakından ilgilendiren bir boyut taşıması olgusu karşısında, idare hukuku ile uluslararası hukuk arasında bu anlamda yakın bir bağlantı da ortaya çıkmıştır” (ÜAK’ye sunulan değerlendirme, Dr. Sedat Çal’ın Bilimsel Çalışmaları Hakkındaki Değerlendirmelerim, 16 Aralık 2009).

Oysa, değindiğimiz üzere, yatırım tahkimi, idari sözleşmelere 1999 Anayasa değişiklikleriyle tahkim olanağı getirilmesi öncesinde de uluslararası ikili yatırım anlaşmaları dizgesi meyanında çoktan beridir sağlanmış olmakla, idare hukuku ile uluslararası yatırım tahkimi arasındaki bağlantı zaten mevcut durumdaydı. Ne var ki, bu gerçekliğe karşın, idare hukuku yazınında bu konuya dair görüş serdedildiği görülmemekteydi. Halen de keyfiyette bir değişiklik yoktur. Bilebildiğimiz bir ayrıksı örnek, yine uygulamadan gelen bir hukukçuya aittir (bkz. Boden, Değer, *Investment Arbitration and Sovereignty from a Turkish Law Perspective*, ABR, Vol. 3, Sy. 2, Temmuz 2010, s. 7-24)).

Saniyoruz ki, bunun ardında yatan nedenlerden birisi de, adının “uluslararası tahkim” olması nedeniyle konuyu uluslararası özel veya kamu (devletler) hukuku alanında gören anlayışın etkisidir; ki bu yanlış algılama halen dahi etkinliğini sürdürebilmektedir. Yabancı literatürde yüzlerce yayının bulunduğu ve idare hukuku alanı da dahil olmak üzere yurt dışında konuyu irdeleyen makale ve kitaplardan -neredeyse- geçilmediği bir zamanda, üstelik konu -süre gelen veya sonuçlanan milyarlarca dolarlık davalar itibarıyla- ülkeyi yakından ilgilendiren bir boyuta da gelmişken, idare hukuku öğretisinin bu konudaki ilgisizliğini (yahut duyarsızlığını) anlamlı bulma olanağını göremiyoruz. Bu bir yana, bu husustaki çalışmaların uluslararası kamu (devletler) hukuku konusu olarak algılanmasına devam edildiğinin görülmesinde büyük bir isabetsizlik bulunduğu açıktır kanısındayız (bu yöndeki -isabet göremediğimiz- bir örnek görüş için (ÜAK’ye sunulan değerlendirme, Dr. Sedat Çal’ın Eserleri Hakkında Bilimsel İnceleme Raporu, 17 Kasım 2009; keza, ÜAK’ye sunulan Bilimsel Rapor, İnceleme Raporu, 14 Aralık 2009).

nabilir. Ancak, buna karşın, keyfiyetin halihazırda bilimsel eserlerine yansıtıldığını söylemek güçtür.

Sonuç olarak, öğretinin genelinde egemen olan yaklaşımın ülke içi yargı kararlarına odaklanmak ve yurt dışındaki tahkime yönelik gelişmelerin idare hukukunda ne tür etki veya dönüşüm doğuracağına nazar atfetmemek şeklinde tecelli ettiği ileri sürülebilir. Bu durum, rahatlıkla söylenebilir ki, genelde hukukumuz ve özelde idare hukuku açısından çok önemli bir eksikliğe işaret etmektedir.

Oysa açıktır ki, içtihatlarını yaratırken yargı, özellikle öğretinin yol açıcılığından ve geniş ufuklu yaklaşımlarla konulara daha bir derin soluklu yaklaşım getirmesinden yararlanma ihtiyacındadır. Esasen, öğretinin temel işlevlerinden biri de herhalde bu olmak gerektir. Aksi durumda, onca dava yükü altında nefes almaya takatsiz ve mecalsiz kalıp zorlanan yargının, ayrıca bir de öğretinin bu işlevini üstlenmesi gerekecektir ki, böylesi bir durumda adalet ve insaf ölçüleriy-le bağdaşan bir sonuçtan herhalde söz edilemeyecektir.

Danıştay'dan bir üyenin aşağıdaki ifadelerine bu bakış açısıyla bir kez daha göz atmak yararlı olacaktır kanısındayız:

"... (A)kademisyenlerin, idare hukukçularının bu konuda biraz daha çaba sarf etmesi, kararlarımızı biraz kritik etmesi lazım. Rahmetli Lüt-fi Duran'dan bu yana kararımızı kritik eden pek yok. Eskiden Lüt-fi Duran ... daireye özel mektup yazarak karar isterdi ve o kararı da alır mutlaka çok güzel kritik ederdi. Bazan sert, bazen yumuşak, ama bizim yargı kararlarının eleştiriy-e ihtiyacı var. Ama mutlaka idare hukukçularının, genel olarak idare hukukçularının da yeni bir idare tasarımına ihtiyacı var..."¹³³

¹³³ Danıştay 10. Daire Başkanı Mehmet Ünlüçay'ın soru-cevap kısmında yaptığı konuşma, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009, 28-29 Mayıs, 2009, GÜHF Yayını, Ankara, 2009, s. 658, 659 ("**vurgu**", tarafımıza aittir). Danıştay üyesi bir yargıcın, hiçbir olumsuz duyguya kapılmaksızın, övülesi bir olgunlukla kendi görüşlerinin ve kararlarının eleştirilmesi gereğine işaret etmesi ve giderek öğretiyi buna açıkça davet etmesi, hatta eleştiri eksikliği nedeniyle bir tür aleni eleştiri-de bulunması, fevkalade önemlidir. Bu bakımdan, kâmil bir kişiliğe özgü yaklaşım sergilediği için eleştiri sahibini özellikle kutlamak gerekir; zira, -eleştirisinin evveli-yetle yer etmiş olması ve teşvik edilmesi gereken- öğretinin bizzat kendisinde eleş-tirisinin pek makbul karşılanmadığına ilişkin örneklerin görülebildiği iyi bilinir.

Öte yandan, hemen bu vesileyle değinmek isteriz ki, burada gözlemlendiği üzere, yargı kararlarının şeffaf biçimde erişime açık olmaması ve ancak "kararları veren yargıçlara özel mektuplar yazarak istenmek suretiyle" bilimsel irdelemelere konu

Bu itibarla, idare hukuku teorisinde kimi durumlarda öğretinin öncülüğü alması gerekir. Öğretinin, yargının peşinden giderek, yargı kararlarında ortaya çıkan öğeleri sadece tasvir edici bir yaklaşım içerisinde ortaya koymak suretiyle, bir tür “malumu ilan” ediyor olmasında isabet görmek –kanımızca– pek güçtür.

Yine, aynı yaklaşımla hareket eden öğreti, anılan Danıştay kararına bakarak şu idare hukuku ilkesinin çıkarımına varmaktadır: “İmtiyaz sahibinin geliri, kamu hizmetinden yararlananlardan, kullanıcılardan alınacak ücrettir.”¹³⁴

Burada da aynı hatalı yaklaşım kendisini gösteriyor: Dava konusu olaydan hareketle, Danıştay’ın imtiyaz tanımına giderken “*imtiyazcının gelirini halktan tahsil edilecek ücretlerle karşılması*” yönündeki tesbitine dayanan öğreti, aynı yaklaşımı –sorgulamaya gerek duymaksızın– “*imtiyazın özelliği*” şeklinde aktarmakta bir sakınca görmemektedir.

Burada gözlenen, şekilci ve hukuksal kavramların gerçek boyutlarını yakalamakta başarısız –giderek mahiyetlerini idrak bakımından sorunlu– bir yaklaşımdır; bu itibarla, kanımızca hatalı bir tutumdur. Dolayısıyla, varılan hüküm de yanlış olmaktadır. Zira imtiyaz sayılmak için özel kişinin hizmetini doğrudan hallka sunması zorunluluğu kabul edilecek ise, hizmetini doğrudan idareye sunan özel kişinin idareyle arasındaki kamu hizmeti konulu sözleşmede “*imtiyaz*” niteliği görülemeyecek demektir. Oysa AYM kararında değinildiği üzere, ülkemizde 4628 sayılı Kanun öncesindeki YİD modeline dayalı uygulamaları –elektrik üretimi itibarıyla– tamamıyla “*özel kişilerin ürettikleri elektriği kamu kuruluşlarına uzun süreli sözleşmeler uyarınca satarak gelir*

edilebilmesi, kararlara erişim zorluğu bakımından başlı başına ciddi bir yanlışlığa işaret etmektedir. Açıktır ki, yargı kararları, yargıçların kendi “patrimuan”larına dahil bir “mal” değildir ve kişisel mülkiyetlerinde yer almaz. Türk hukukundaki bu vahim yanlışlığın bir an önce düzeltilmesi gereğini önemle vurgulamak istiyoruz. Yargıçlardan beklenen husus, “gün yüzü görmemiş / gösterilmemiş” kararlarını “kitap” halinde ortaya çıkarmaları değil; ağ üzerinden serbest erişime açık tutulması gereken bu kararları “şerheden” kitaplar yayımlayarak öğretiye, bilim dünyasına ve uygulamaya değerli görüşleriyle ışık saçmalarıdır. Hukukumuzdaki bu “haksız arbitraj” uygulamasına bir an önce son verilmesi beklenir ve umulur.

¹³⁴ Sezginer, *İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci*, op. cit., s. 1083.

*elde etmesi” esasına dayalıdır ve fakat AYM tarafından buradaki sözleşmeler imtiyaz sözleşmesi sayılmıştır.*¹³⁵

Yine, bu defa Fransız öğretisindeki imtiyaz kavramına atfen, aşağıdaki ifadelerle yer verilmektedir:

*“... (K)amu hizmeti imtiyazı, kar ve zararı imtiyaz alana ait olmak üzere, bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesidir... Dolayısıyla idarenin karı garanti etmesi, hizmeti yürütecek olana ödemedede bulunması gibi usuller imtiyaz sözleşmesi kavramına yabancı olup, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin başkaca usullerine ait kavramlardır.”*¹³⁶

Burada da, imtiyaz kavramının yabancı öğretilerdeki algılama biçiminden -veya gelişim sürecinden- hareketle, idarenin imtiyazcının kârını garanti ettiği durumları imtiyaz sözleşmesi kapsamı dışına çıkarmak gibi, son derece yanlış bir yargıya varıldığı görülmektedir. İmtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirme, doğal olarak, idarenin bu tür sözleşmelerinin özel bir yargısal denetim altına alınmasını (sözleşmenin imzalanması öncesinde -diğer idari sözleşmelerin aksine- Danıştay görüşünün alınması gereği gibi) ve keza, özellikle bir yasal düzenlemeye maruz bırakılan, tarihsel perspektifiyle birlikte yetkin -ve doğru- bir bakış açısına varmayı gerektiren önemi haizdir. Yeterince açık sayılmak gerekir ki, ayrıcalıklı işlemler -“*imtiyaz*”ın kelime anlamının da yeterince yol gösterdiği gibi- imtiyaz kavramı kapsamı içerisinde yer almayı *evveliyetle* zorunlu kılar.

Şu halde, idarenin imtiyazcıya kâr garantisi verdiği durumlarda sözleşme, imtiyaz kavramının dışında kalmak şöyle dursun, tam aksine, imtiyazın kapsamı içerisinde tüm haşmetiyle ve öncelikli olarak yer almak durumundadır. Kaldı ki, anılan çalışmada imtiyazcıya kârın garanti edildiği durumlar imtiyaz sözleşmesi kapsamından çıkarılıp “*kamu hizmetinin özel kişiler eliyle gördürülmesinin başka biçimleri*” kapsamına sokulmakta; bununla beraber, bunların hangi “*kapsam*” içerisine alınacağı yönünde bir değerlendirmede bulunmaktan da kaçınılmaktadır. Çalışmanın müellifinin muhayyilesinde olduğu varsayılabilir bu kapsamın, imtiyaz kavramının çerçevesi dışında bırakılmakla

¹³⁵ Bkz. AYM'nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı (24 Ocak, 1995 tarih ve 22181 tarihli RG'de yayımlanmıştır).

¹³⁶ Sezginer, *İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci*, op. cit., s. 1080, 1081.

ne türden başka bir hukuksal kavrama geçişi veya ne gibi bir düzenlemeyi öngördüğüne ise -nedense- değinilmemektedir.

Anılan müellifin diğer kimi yazarlarla birlikte yazdığı bir diğer eserinde¹³⁷ imtiyaz dışında özel sektöre gördürülme olarak sayılan il-tizam, müşterek emanet, vb. kavramlar dışında bir başka kapsama değinilmediğine göre, kârın garanti edildiği durumların anılan sözleşme tipleri içerisinde değerlendirildiği düşünülebilir. Oysa hukuksal olarak buna da olanak bulunmamaktadır. Kaldı ki, değinildiği üzere, kâr garantisinin verilmesi, imtiyaz sayılmamak şöyle dursun, bu garantiyi içermediği halde başkaca ölçütlere dayanılarak imtiyaz addolunan bir faaliyeti “öncelikle imtiyaz kılmayı” gerektirir.

Nihayet, öğretilerde imtiyaz kavramı etrafında beliren bir diğer değerlendirilmenin de benzer bir analitik yaklaşım eksikliğiyle malûl olduğu savlanabilir. Bu görüşe göre, “... madenlerin aranması ve işletilmesi 1935 yılından beri bir kamu hizmetidir.”¹³⁸ Bununla beraber, aynı görüşte devamla şöyle denilmektedir:

“(Maden işletmeciliğine ilişkin olarak verilen) işletme ruhsat ve imtiyazları bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesini özel kişilere devreden işlemler olmayıp, kişilere, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan bir doğal zenginlikten yararlanma izni veren işlem ve sözleşmelerdir. Özellikle işletme imtiyazını kamu hizmeti imtiyazı olarak nitelemediğimize göre, -işletme ruhsatı için öncelikle- yani maden imtiyaz sözleşmesi ile bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi özel kişilere devrolunmadığına göre, kamu hizmeti imtiyazlarına has bir usul olan “rachat”ın işletme ruhsat ve imtiyazlarına uygulanamayacağı sonucuna varmak zorunlu bulunmaktadır.”¹³⁹

Oysa imtiyaz niteliği taşıdığı ikrar edilen ve “ruhsat yoluyla işletme imtiyazı verilmesi” olarak kabul gören maden işletmeciliğinde, idarenin bu ruhsatı -kamu hizmeti imtiyazı sözleşmelerine benzer şekilde- ortadan kaldırması için ruhsat iptaline gitmesi, burada bir sözleşmenin ortada bulunmaması nedeniyle “rachat”ın uygulanamayacağı anlamına gelemez.

¹³⁷ Bkz. Akyılmaz / Sezginer / Kaya, *Türk İdare Hukuku*, op. cit..

¹³⁸ Bkz. Bilgen, Pertev, *Kamu Hizmeti Hakkında*, İHİD, Y. 1, S. 1, 1980, s. 116.

¹³⁹ A. g. e.,.

Kuşkusuz, bir sözleşmenin varlığından bahsedilemeyeceği açık olmakla “akdi *rachat*”nın uygulanamayacağı bellidir. Ancak, bu tür “*rachat*” dışında bir de “*kamu yararına fesih*” vardır ki, burda kamu yararı gerekçesiyle sözleşmenin tek yanlı feshedilmesi (mecburi fesih) olanığı bulunur.¹⁴⁰ Her ne kadar “*zorunlu fesih*” dahi bir sözleşmenin varlığına işaret etmekte ve sözleşmenin feshi kavramını gündeme getirmekte ise de, ruhsata yönelik bir işletme imtiyazında idarenin tek yanlı hareketle imtiyazı sonlandırması bakımından sözleşme ilişkisinin varlığı -yukarıdaki akdi “*rachat*”ya kıyasla- bir önkoşul olamaz. Burada esas olan, idarenin kamu yararı gerekçesiyle imtiyazı tek yanlı iradesiyle ortadan kaldırmasıdır ve bunun için imtiyazın sözleşmeye veya ruhsata dayanması gibi bir ayrıma gidilerek farklı hükümlere varmak, başka deyişle, ruhsata dayalı imtiyazlarda “*rachat*” adı verilen “*sonlandırma*” uygulamasına gidilemeyeceğine hükmetmek yanlıştır.

Zira ruhsata dayalı işletme faaliyetinin “*kamu hizmeti*” olduğu belirtildiğine göre, bu kamu hizmetinin sürekliliği ve devamı esastır. Dolayısıyla, işletme ruhsatı ortadan kaldırıldığı zaman idarenin bu hizmeti devam ettirmeye yönelmesi kamu hizmeti kavramının ilkeleri arasında yer alır. Öte yandan, kamu hizmeti olsun olmasın, ruhsata dayalı maden işletmeciliğini yürüten bir özel girişimin kamu yararı gerekçe gösterilerek idarenin tek yanlı iradesiyle sonlandırılması, ilgili özel girişimcinin bu minvaldeki zarar ve ziyanının karşılanmasını zorunlu kılar. Giderek bu özellik, kamu hizmeti olmasından bağımsız olarak, tüm özel girişim etkinlik alanları itibarıyla aynen geçerlidir.

Şu halde, “*rachat*”nın işletme imtiyazları tabir olunan faaliyetler itibarıyla -kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin aksine- uygulanamaz olacağı yolundaki bir yargının, kavramların içeriği ve amacı hususunda değerlendirmelere gitme gereksiniminin ayrı bir örneği şeklinde belirdiği savlanabilir.

İşte, vurgulamaya çalıştığımız üzere, bilimsel / analitik düşünce yöntemi yerine şekilci bir irdeleme içerisinde konuya yaklaşılması, hukuksal değerlendirmelerde önemli sorunlar doğurabilmektedir. Burada irdelenen örnekler de, bu yöndeki bir savı destekleyici nitelikte görülüyor.

¹⁴⁰ Bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 392.

Sonuç olarak, yukarıdaki paragraflarda değinilen yaklaşımlar, idare hukuku öğretisinde temel kavramlara yönelik olarak yeteri –ve gerektiği– gibi bilimsel analiz ve irdeleme yapılmadığı durumlarda – üstelik idare hukukunun en temel bir kavramına yönelik olarak– karşılaşılan sakıncalı durumlara örnek oluşturmaya elverişlidir. Uygulamada –yahut, başka bir ifadeyle– güncel yaşamda karşılaşılan olayları açıklamakta yeterli olup olmadığına bakılmaksızın, hukuksal kavramların biçimsel analizinde ısrar edilmesi, hukuk alanında bilimsel yaklaşım yönteminin gerektiği gibi kullanılmamasına yönelik olarak idare hukuku teorisinden çarpıcı örnek uygulamalar bağlamında –böylece– karşımıza çıkmaktadır.

Oysa Duguit’ nin –üstelik on yıllarca önceki bir dönemde– yetkinlikle vurguladığı –ve çalışmamızın başlarında da yer verildiği– üzere;

“... mantık tahlilinin ulaştırdığı sonuçları olaylar üzerinde denetlemek; olaylara uymuyorsa hareket noktası olan faraziye (= hypothèse = varsayım) hiç acımadan atmak; olayları mantığa uydurmağa hiç yeltenmemek (gerekir), yoksa, olaylar er geç öçlerini alırlar ve bu bazan bir felaket olur.”¹⁴¹

İşbu paragraftaki alıntı içerisinde “ustalıkla damıtılan”¹⁴² ve vurgulanan bu durum, idare hukuku teorisinde imtiyazcının seçimindeki serbesti bağlamında idareye mahut Fransız hukuku ilkesini uygulama yetkisinin ihsan buyurulması keyfiyetinin uygulamada ne tür akislerinin olacağını değerlendirmekten uzak kaldığı savlanabilecek idare hukuku öğretisi bakımından, yol gösterici ve öğretici bir uyarıyı –ve olayların bu eksiklikten ne tür “öç aldığını”; dahası, ne tür “felaketlerle” karşılaşıldığını– değerlendirme gereğini herhalde gündeme getirmelidir, gide rek düşündürmelidir.

Bu bağlamda değinilmesi gereken bir diğer husus da, kaynak Fransız hukuku içtihatları ve öğretisinden atıflarla destek aranırken, ilgili kavramın Fransız toplumundaki akislerinin veya menfaat dengelerinin ne şekilde cereyan etmesiyle belirlediğinin gözden irak tutulmaması gereğinin ihmal edilmesinde ortaya çıkıyor. Bundan dolayıdır ki, kaynak Fransız hukuku esas alınırken, aşağıdaki çarpıcı tesbiti önemle dikkate almakta büyük yarar vardır. Buna göre;

¹⁴¹ Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 14.

¹⁴² Tabir, Attila İlhan’ ın “Karantinalı Despina” adlı şiirinden ödünç alınmıştır.

“(y)orumcularımız belirli bir zamanda bir teoriyi benimserken sonra başka bir teorinin etkisinde kalıyor... Fikir üretmek ve bunları pazarlamak, alkışlanması gereken bir insani faaliyettir. Bu noktada dikkat (edilmesi gereken) husus, üretimin, kapitalizmi ve modernizmi temsil edenlerce tasarlanması, diğerlerinin bu faaliyetler içinde belirleyici olmaktan uzak durarak sadece “anlamaya”, “tüketmeye” odaklanmasıdır.”¹⁴³

Bir görüşe göre, “(s)orunları yani içinde bulunduğumuz ortamın bizden görülmesini istediği şeyi görme, basit bir fiziksel görme olayının çok ötesine giden bir anlama olayını (nous) gerektirir.”¹⁴⁴ Ülkemizde yabancı kaynak ülkelerindeki hukuksal gelişim çizgisinin yabancı yargı içtihatları ve öğretisi üzerinden izlenmesi sürecinde anılan ifadede yer verilen “anlama” boyutunun dahi kimi zaman eksik kaldığı; bundan dolayı, ilgili ülkedeki gelişimin hangi menfaatler dengesinde veya çatışmasında belirlediğine yeterli dikkat sarfedilmemekle sorun doğurmaya elverişli bir ortama neden olunduğu ayrıca savlanabilir. “Anlama” bakımından değinmek gerekirse, anlayabilmek için öncelikle “kavramak” zorunluluğu bulunur; Peirce’ün değindiği üzere de “... kavramak için karşılaştırmak, düşünmek, ilişki kurmak gerekir.”¹⁴⁵

Oysa, yine öğretilerde ustalıkla değinildiği gibi;

“(b)ir hukuk kaidesinin tarihçesi, lâfzı mânası, hukuk sistemindeki mevkie, hukuk düzeninin millî hususiyetlerine bağlı olmıyan objektif unsurlardır. Lâkin bir hukuk kaidesinin menfaatler vaziyetine göre tefsiri, millî hususiyetler göz önünde tutulmaksızın mümkün değildir; ancak bu hususiyetler göz önünde tutulduğu takdirde hukuk kaidesi hakikî manasını alır...”¹⁴⁶

Giderek, önemle altını çizmek gerekirse, “(s)osyal bilimlere ait bilginin subjektif, kişiye ve kültüre ait, değerlerle ilgili, zamana bağlı olduğu kabul edilmelidir.”¹⁴⁷

Nihayet AYM’nin adli/idari yargı ayırımına ilişkin bir kararına dayanılarak öğretilerde varılan bir hatalı çıkarıma da ayrıca değinmek yararlı olabilir. AYM’nin bu kararına göre;

¹⁴³ Otacı, Cengiz, *Kapitalizm, Modernizm ve Hukuk Tüketimi*, 2008.

¹⁴⁴ Tatar, *Hermenötik*, op. cit., s. 14.

¹⁴⁵ Uzun, *Hukuk Göstergibilimi*, op. cit., s. 96.

¹⁴⁶ Hırş, *Pratik Hukukta İlmî İspat ve Tefsir*, op. cit., s. 136.

¹⁴⁷ Otacı, *Kapitalizm, Modernizm ve Hukuk Tüketimi*, op. cit.

“... idari yargı denetiminin amacı, idarenin kanunların verdiği yetkileri aşması veya kötüye kullanması ya da hukuka ve mevzuata aykırı işlem veya eylem tesis etmesi halinde bu işlem ve eylemleri ... iptal etmek suretiyle idareyi hukuk alanı içerisinde kalmaya zorlamaktır.”¹⁴⁸

Buradan hareketle öğretilen bir görüşün vardığı yargı ve çıkardığı sonuç ise, şöyle ifade edilmektedir:

“Özel hukukta bireyler arasında hak ve menfaat eşitliği ile irade hürriyeti bulunduğu kabul edilirken; idare hukukunda idareye üstünlük tanınmasının doğurduğu ilke ve kurallar farklılaşması mevcuttur.”¹⁴⁹

Oysa buradaki AYM kararında kanımızca asıl vurgulanan konu, “kabuktaki” yahut “zevahirdeki” görünümüyle idareye üstünlük tanınmasının ötesine geçmektedir. Bize göre, burada idareye sırf “taraf” olmasından dolayı üstünlük tanınması yönünde bir temel amaç sözkonusu değildir. Buradaki başlıca unsur, genel kamusal yararın korunması amacından hareketle ve idarenin de bu kamusal yararın korunmasıyla görevli olduğu varsayımıyla, idareye belli hususlardaki bir üstünlüğün ihvan edilmesidir. Bir başka deyişle, atıf yapılan görüşteki “... idare hukukunda idareye üstünlük tanınmasının doğurduğu ilke ve kurallar farklılaşması mevcuttur” hükmü, kanımızca gerçeği yansıtmaktan uzaktır.

Bize göre, burada neden/sonuç hususuna ilişkin olarak bir algılama hatası göze çarpıyor. Kanımızca, idareye üstünlük tanındığı için “ilke ve kuralların özel hukuktakinden farklılaşması” sözkonusu değildir. Aksine, ilke ve kuralların farklılaşması genel kamu yararı açısından gerekli olmakla, idarenin bu tür konuları içeren ilişkilerinde “özel hukuku aşan ilke ve kuralların” uygulandığı idare hukuku uygulamasına geçiş yapılır. Nitekim Onar da aynı görüşten hareket etmekte ve şöyle demektedir: “Acaba idarenin bir faaliyeti âmmeye hizmeti olduğu için mi hususî bir rejime tâbidir; yoksa hususî rejime tâbi olduğu için mi âmmeye hizmetidir?” sorusu sorulmalıdır; zira özel hukuka tâbi olmakla beraber,

¹⁴⁸ AYM’nin 25 Mayıs, 1976 tarih ve E. 1976/1, K. 1976/28 sayılı kararı (16 Ağustos, 1976 tarih ve 15679 sayılı RG’de yayımlanmıştır) (keza, AMKD, S. 14, s. 181 vd.’den aktaran: Yıldırım, Turan, *İdari Yargı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 9).

¹⁴⁹ Yıldırım, *İdari Yargı*, op. cit., s. 9, 18, 19.

kamu hizmeti niteliğinde oldukları kuşku taşımayan iktisadî ve sınaî hizmetler bulunmaktadır.¹⁵⁰

Kaldı ki, müellifin kendi algılamasına göre idare hukuku ilkeleri çıkardığı ilgili AYM kararında “*idareye üstünlük tanındığı için farklı ilke ve kuralların uygulandığı*” yönünde bir ibare bulunmamaktadır. Kararda belirtilen husus, sadece “*özel hukuk ile idare hukuku bakımından farklı hukuk kurallarının uygulanması gerektiği*” ile sınırlıdır. Şu halde, anılan karardan hareketle “*idareye üstün gücün tanındığı*” ve bundan dolayı da “*ilke ve kurallar farklılaşmasının doğduğu*” anlayışı, idare hukuku teorisindeki “*sentetik yaklaşım*” yahut hatalı yorum/irdeleme örneklerinden sadece birisi bağlamında değerlendirilmeye elverişli görünmektedir.

Gerçekten de, yeri geldiğinde idareye üstünlük tanınması bir yana; tam aksine, kamu yararı gerekçesiyle idarenin kısıtlanmasına dahi gidilebilmektedir. Zira her durumda esas olan, kamu yararının korunmasıdır. Nitekim atıf yapılan çalışmada gözlenen –yukarıda yer verdiğimiz alıntının hemen akabindeki– şu ilkeye yönelik çıkarım, savımızı destekler durumdadır: “... (i)*dari yargının amacı idareyi hukuk alanı içerisinde kalmaya zorlamaktır.*”¹⁵¹

Nihayet, yargı içtihatlarında da benzer “*sorunlu yaklaşımlar*” görülebilmektedir. Sözgelimi, Uyuşmazlık Mahkemesi (UM), idari sözleşmelerin ölçütleri bağlamında bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi dolayısıyla verdiği kararında sözleşmenin uzun süreli olması gereğine değinmiş, o tarihte (1953’te) yalnız kamu hizmeti sözleşmeleri idari sayıldığı için, bundan etkilenerek daha sonraki dönemlerde önüne gelen her sözleşmede imtiyaz sözleşmelerinin özelliklerini (ve bu meyanda uzun süreli olma koşulunu) aramış, bulamadığı takdirde reddetmiştir.¹⁵² Böylece, UM, sözleşmenin konusu kamu hizmetiyle ilintisiz ör-

¹⁵⁰ Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 30.

¹⁵¹ Yıldırım, *İdari Yargı*, op. cit., s. 18, 19.

¹⁵² Aynı saptama, öğretilerdeki bir görüşte de dile getirilmektedir. Buna göre, uygulamada rastlanan bu durum, idari sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri temelinde kurgulanmış olmasından kaynaklanmaktadır (bkz Tekinsoy, Ayhan, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, AÜHFD, C. 55, S. 2, 2006, s. 181, 225).

neklerde dahi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin özelliği olarak beliren “uzun süreli ilişki” ögesini aramaya devam etmiştir.¹⁵³

Giderek, Fransız uygulamasına bakarak buradan hareketle Türk hukuk öğretisine yönelik sonuçlar veya ilkeler çıkarılması yahut nedenleri veya sonuçları tartışılmaksızın dayanak gösterilmesi gibi örnekler de görülmektedir. Buna yönelik bir örneğe, yukarıda 137 no.'lu dipnot tahtında atıf yaptığımız ve değerlendirdiğimiz çalışma bağlamında değinmek mümkündür.

Öğretide bu yönde Fransız uygulamasına ve Fransız kökenli mahut ilkeye dayanarak imtiyazların serbestçe verilmesi yönünde görüş beyan etme sürecinde, nedense Fransa'da imtiyazların gelişimi ile ülkemizde aynı konudaki tarihsel gelişimin kıyaslamasına gitmek şeklinde bir yönetime başvurulması akla gelmemektedir. İmtiyazların tarihimizde genellikle ağır sonuçlarıyla yer tutan kapitülasyonlarla¹⁵⁴ ne gibi bir izdüşüm içinde yer aldığı da bu meyanda ısrarla gözden

¹⁵³ Bkz. Bilgen, Pertev, *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri*, Doktora Tezi, İÜHF Yayını, İstanbul, 1970, s. 96, 97.

¹⁵⁴ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, *Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit., s. 54-72. Anılan kaynakta kapitülasyonlara ilişkin olarak verilen bilgiye burada bir ek yapmak isteriz: Osmanlı devletinin yükseliş dönemlerinde verilmeye başlanan ve bilahare düşüş dönemlerinde hezimet şeklindeki sonuçlarıyla öne çıkarak ülkede kapitülasyon sahibi devletlerin uyruklarına özel hukuksal statü ve ayrı yargı yerleri ihsanını öngören adli kapitülasyonlar, aslında Osmanlıların güçlü dönemlerinde Bizans İmparatorluğu'na karşı aynı adli kapitülasyonlar şeklinde uygulama alanı bulabilmiştir. Buna göre, İstanbul'un fethi öncesinde Osmanlı Sultanı Bayezid, yeni Bizans İmparatoru Manuel'i ezmek istemiş ve ondan -o dönemdeki adıyla- Konstantiniye'deki Osmanlı uyruğuna bağlı tacirlerin yargılama işlerinin görülmesi ve bir daha Bizanslı yargıçların önünde çıkarılmamaları için bir an önce Müslüman kâdılar tayin edilmesini isteyen bir ferman göndermişti (bkz. Salah Zabî (el-Alâkatu's-siyâsiyye beyne'l-Osmâniyyîn ve'l-İmparatoriyyet'l-Bizantiyye fi asri Âl-i Palaeogolos 1261-1453, Doktora tezi, (yayımlanmamıştır), Cenub-i Vadi Üniversitesi, Mısır, 1998, s. 91-92)'den aktaran: Hâtim Abdurrahman et-Tahâvî, Zakazîk Üniversitesi (içinde Barbaro, Nicolo, *Konstantiniye'den İstanbul'a*, (Çev. Muharrem Tan), Moralite Yayınları, İstanbul, 2007, s. 35)). Bu durum, güçlü devletlerin diğerlerine kimi hususları dikte edebildiği yönünde günümüz Türkiyesinin dikkatle yorumlaması gereken bir keyfiyeti gösteriyor denilebilir (belki belirgin bir farkla ki, artık bu tür baskılar uluslararası kuruluşlar yahut farklı mekanizmalar ve kurgular üzerinden gerçekleştiriliyor görülmektedir (bu hususta ufuk açıcı belirlemeler içeren bir çalışma için bkz. Kazgan, Gülten, *Bir İktisatçının Tanıklıkları*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 203)).

kaçırılmakta ve sanki irdelenmeye değer bulunmadığı izlenimi doğabilmektedir. Bu durum, bilimsel bir bakış açısının asgari gerekleriyle ne derece bağdaşmaktadır?

Doğrusu, bu hususun mutlaka ve ayrıntılı biçimde sorgulanması gereken bir özellik içerdiği kanısındayız. Giderek bu yaklaşımdan hareket edilecek olursa, kamu hizmeti görece kamu görevlilerinin de aynı şekilde “kişiye özgü”lük ilkesinden hareketle idarece serbest biçimde, yarışmacı sınavlara gidilmeksizin alınmasına kapı aralanması gerekecektir. Umuyoruz ki öğretilerde bu tür sakıncaları hesaplayan yaklaşımlar belirebilsin ve yönetime keyfilik tanınmasının ne tür sonuçlar doğurabileceği üzerinde en azından biraz olsun durulmaya gayret edilsin.

Giderek değinmek gerekirse, idare hukuku teorisinde eksikliği gittikçe artan biçimde duyumsanan analitik yaklaşım gereği sadece öğretilere özgülenememekte ve benzer şekilde kimi yargı kararlarında da kendisini göstermektedir. Sözelimi, özel okullarda belirli oranda¹⁵⁵ ücretsiz öğrenci okutma zorunluluğu getirilmesine yönelik yasal düzenlemeyi Anayasa’ya uygun bulan AYM, burada gerekçe olarak özel eğitim kurumlarının “kamu hizmeti imtiyazı almış olmasını” göstermektedir.¹⁵⁶

Oysa benzer bir yükümlülük, kamu hizmetiyle ilintisi kurulamayacak pek çok diğer alanlarda da uygulanmaktadır. Sözelimi, eski mahkumların özel girişimce yürütülen ticari işletmelerde belirli oran içerecek sayıda çalıştırılması zorunluluğu getiren yasal düzenleme, halihazırda uygulanmaktadır.¹⁵⁷

Ne var ki, bu örnek uygulama bakımından konu irdelendiğinde, AYM’nin değindiğimiz kararında yer verdiği anlayışa benzeri bir yaklaşımla “kamu hizmeti imtiyazı almış olmak” gerekçesine dayanılamayacağı ortadadır. Dolayısıyla, özel eğitim kurumları bakımından “kamu

¹⁵⁵ Sözelimi özel üniversitelerde % 10 oranında başarılı öğrencilerin -ilgili özel üniversite tarafından- bedelsiz okutulması öngörülmektedir (bkz. Kazgan, *Bir İktisatçının Tanıklıkları*, op. cit., s. 243).

¹⁵⁶ Bkz. AYM’nin 12 Nisan, 1990 tarih ve E. 1990/4, K. 1990/6 sayılı kararı (17 Haziran, 1990 tarih ve 20551 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

¹⁵⁷ Bkz. İnan, Atilla, Memur ve İşçi Statüsünde Özürlü ve Eski Hükümlülerin İstihdamı Alanında Yapılan Yeni Düzenlemeler, *Mevzuat Dergisi*, Y. 2, Sy. 15, Mart 1999.

hizmeti imtiyazı alınmış olunması” yollu bir gerekçeye itibar etmek zordur ve kanımızca geçerli bir gerekçe oluşturmaktan uzaktır. Burada dayanılacak başlıca unsurun, “toplumsal dayanışma ve denkleştirme” ilkesi olabileceği savlanabilir.¹⁵⁸

Dahası, özel girişim alanlarında piyasadaki hakim durumun kötüye kullanılmasını önleyici biçimde idarece harekete geçilmesine yönelik uygulamalar ziyadesiyle görülmektedir ve bu husus “zorunlu unsur kuramı” olarak öğretinin irdelemelerine konu edilmektedir.¹⁵⁹ Bunlar açısından da bir kamu hizmeti imtiyazı sözkonusu bulunmaz. Giderek, özel kişiler arasındaki ilişkiler itibariyle bu yönde kamusal güç kullanımı dikkate alınarak anılan sözleşmelerin “idari sözleşme sayılacağı” yönünde bir görüşe, idare hukuku öğretisinde bugüne kadar rastlanmış değildir.¹⁶⁰

Şu halde, kamu hizmeti imtiyazıyla ilgisi bulunmaksızın, bir faaliyet alanında idarenin kamu gücü kullanımına gidebilmesi, doğal olarak sözkonusu olmaktadır. Bu durum, gerek idarenin sözleşmeleri ve gerek özel kişiler arasındaki sözleşme ilişkilerinde veya sözleşme ilişkisine girme zorunluluğu getirilmesinde şimdiye kadar öğretinin ve yargı içtihatlarının geliştirdikleri ölçütlerin gerçekliği tam olarak kavramaktan uzak kaldığına; keza, karşılaşılan sorunların mahiyetini yetkin biçimde değerlendirerek çözümler getirebilmekten beri durduğuna da işaret etmektedir.

Dolayısıyla, buraya kadar yaptığımız tüm değerlendirmeler itibariyle vurgulamak gerekirse, analitik bilimsel yaklaşım idare hukuku

¹⁵⁸ Anılan ilke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akın, Rıdvan, Anayasa Mahkemesi’nin En Az Koruduğu Cumhuriyet İlkesi: Sosyal Devlet, İHİD (Prof. Dr. Pertev Bilgen’e Armağan), Y. 13, S. 1-3, 2003, s. 39.

¹⁵⁹ Sözgelimi, basın-yayın ürünlerinin dağıtımı, yahut konut ve işyerlerindeki asansörlerin teknik bakım gibi sektörlerde, hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin “sözleşme yapma zorunluluğu” veya kamusal müdahaleye gidilebileceği yönünde ülkemizden örnekler için bkz. Gürzumar, Osman Berat, *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü – Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 308-327, 472-475.

¹⁶⁰ Bu konuya ilişkin olarak ayrıntılı bir hukuksal irdeleme için bkz. Çal, Sedat, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi* (yayımlanmak üzere 30 Nisan 2010 tarihi itibariyle GÜHFD’ye iletilmiş olup, halihazırda değerlendirme sürecindedir).

alanında sadece derin bir gereksinim olarak ortaya çıkmakla kalmamakta; dahası, kanımızca kendisini ağır biçimde hissettirmektedir.

Sonuç

Çalışmamız içerisinde ayrıntılarıyla ele alınmaya çaba gösterildiği üzere, hukuk alanında bilimsel yaklaşım sergilenmesi, mutlak ve zorunlu bir gereksinimdir. Bu durum, idare hukuku bakımından özellikle öne çıkan bir eksiklik şeklinde beliriyor. İdare hukukunda analitik çözümlenmelere gidilmemesi ve hukuksal değerlendirmelerin biçimsel yaklaşımlara bağlı kılınması, giderek varılan sonuçların gerçekliği ne denli kavradığını gözlemeye ülfet etmeyen anlayışların gündeme gelebilmesi, önemli sorunlar doğurmaktadır. Böylece beliren durum, toplumsal yapıda beliren ihtiyaçların bu hukuk dalında yeterince karşılanamaması sonucuna varabilmektedir.

Keyfiyet, idare hukuku bakımından kaynak Fransız hukuku uygulamasına veya bu ülkedeki kuramcılarının öğretilerine sorgulamaksızın dayanmaya kadar gidebilmektedir. Bu yaklaşımın yerinde olduğunu ileri sürebilme olanağının bulunmadığı kanısındayız. Giderek, bu hukuk dalındaki eksiklik, bilimsel irdeleme girişimlerinde tamamen şekilci yaklaşım tarzlarına rastlanabilmesi açısından da kendisini göstermektedir.

Bu türden eksikliklerin özel hukuk alanında veya giderek ceza hukuku gibi alanlarda belirmesi, nihayetinde bireyler açısından sonuçları itibarıyla “yerel” nitelikte kalırken, idare hukuku bu anlamda daha vahim bir önceliği haizdir. Zira idare hukukunda gerçekliği ıskalayan hukuksal yaklaşımlar, ülkenin bir bütün olarak bekasını ilgilendiren sonuçlarıyla karşımıza çıkar; tıpkı imtiyaz veya uluslararası yatırım tahkimine yönelik uygulamaların, yahut idarenin özellikle ekonomiye ilişkin kararlarındaki keyfiliğine cevaz gösteren anlayışların ortaya koyduğu gibi.

Nihayet değinmek gerekirse, bilimsel yaklaşımlarda yararlanılan kuramların gerçekliği ne denli kavrayabildiği hususuna özel bir önem gösterilmesi zorunludur. Aksi durumda, salt bir hukuk kuramına (ister hukuksal pozitivizm anlayışı, ister doğal hukuk veya felsefi yaklaşım adına olsun) dayanıp kalmak, bir tür “kuram fetişizmi”ne yol açma

tehlikesini bünyesinde taşımaya yetkin olabilecektir, ki bundan mutlaka kaçınmak gerekliliği bulunuyor kanısındayız. Açıktır ki, hukuksal yöntemler veya kuramlar, hukuk biliminde araç konumundadır, amaç değil. Hukukun amacı, olsa olsa, toplumsal gereksinimlerin ne denli karşılanabildiğiyle sınırlı tutulmak gerektir.

İşbu çalışmada, dolayısıyla, irdelenen tüm bu eksikliklere değinilmeye çalışılmıştır. Böylece getirilen eleştirilerin, kendi yetkinliği ölçüsünde, eleştirinin ancak bilimsel irdellemelere gitmek ve açıklamalar getirmek suretiyle karşı görüşlere yer verilerek yapılması gerekeceği kuşkusuz olmak üzere, daha isabetli sonuçlara varmayı olanak dahiline koyabileceği ümid olunur.

Son söz olarak, çalışmamız içerisinde yer verdiğimiz, Danıştay üyesi Ünlüçay tarafından dile getirilen “*idare hukukçularının da yeni bir idare (hukuku) tasarımına ihtiyacı var*” ifadesi üzerinde öğretinin önemle durmasının ve bu yönde bir sorgulamaya gitmesinin, hukukumuzun gelişmesi bakımından yarar sağlayacağı yönündeki kanımıza bir kez daha değinmek istiyoruz.

KAYNAKLAR

Kitap ve Makaleler

- Adomeit, Klaus, *Hukuki Yöntem*, (Çev. Altan Heper), HFSA, 10. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), İstanbul Barosu, İstanbul, 2004.
- 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.
- Akbaş, Kasım, *Hukukun Büyübozumu*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- Akın, Rıdvan, *Anayasa Mahkemesi'nin En Az Koruduğu Cumhuriyet İlkesi: Sosyal Devlet, İHİD (Prof. Dr. Pertev Bilgen'e Armağan)*, Y. 13, S. 1-3, 2003.
- Akkaya, Rukiye, *Kamu Hukuku Eğitiminin Fransa'da Tarihsel Kökleri ve Kamu Hukuku Okulları Üzerine Notlar*, AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, Aralık 2003.

- Aktaş, Sururi, Pozitif Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirisel Bir Refleksiyon, *AÜEHFD*, C. IV, S. 1-2, 2000.
- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Atalay, İbrahim Orkun, Yabancılara Tanınan Ekonomik Yatırıma İlişkin Hakların Sınırlandırılmasının Tarihi ve Hukuki Temelleri, *AÜEHFD*, C. XII, S. 3-4, 2008.
- 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>).
- Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- Ayaydın, Cem, *82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı*, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1998 (www.yok.gov.tr) (E.T.: 19 Ocak, 2009).
- 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>).
- 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.
- Barbaro, Nicolo, *Konstantiniye'den İstanbul'a*, (Çev. Muharrem Tan), Moralite Yayınları, İstanbul, 2007.
- Bilgen, Pertev, Kamu Hizmeti Hakkında, *İHİD*, Y. 1, S. 1, 1980.
- Bilgen, Pertev, Prof. Dr. Pertev Bilgen'in Hayat Hikayesi, *İHİD (Prof. Dr. Pertev Bilgen'e Armağan)*, Y. 13, S. 1-3, 2003.
- Bilgen, Pertev, *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri*, Doktora Tezi, İÜHF Yayını, İstanbul, 1970.
- Bix, Brian H., *Doğal Hukuk: Modern Gelenek*, (Çev. Ertuğrul Uzun), *DEÜHFD*, C. 6, S. 2, 2004.
- Boden, Değer, *Investment Arbitration and Sovereignty from a Turkish Perspective*, 2005 (henüz yayımlanmamıştır).
- 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 (ayrıca bkz. www.law.ankara.edu.tr/dosyalar/dersnotlari/cahit.doc).

- Caniklioğlu, Meltem Dikmen, Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri, *DEÜHFD*, C. 10, S. 1, 2008.
- Cooter, Robert / Ulen, Thomas, *Law and Economics*, 3. Bası, Addison Wesley Longman Yayınevi, 2000.
- Coşkun, Vahap, *Yargının Çıkmazı: Devlet mi, Adalet mi?*, SETA Analiz, Nisan 2010.
- Çal, Sedat, "Intuitu Personae" veya İmtiyaz Sözleşmesinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine..., *Ankara Barosu Dergisi*, 2010-3, s. 49.
- Çal, Sedat, Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuksal Yönden Değerlendirilmesi, *AÜSBFD*, C. 63-4 (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/936/11660.pdf>).
- Çal, Sedat, Hukukta Bilimsel Yaklaşımın Önemi, *TBBD*, S. 88, 2010.
- Çal, Sedat, İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi (yayımlanmak üzere 30 Nisan, 2010 tarihi itibariyle *GÜHFD*'ye iletilmiş olup, halihazırda değerlendirme sürecindedir).
- Çal, Sedat, Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 63-64, Kasım-Aralık 2009.
- Çal, Sedat, Kamu Hizmeti Üzerine Düşünceler, içinde *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağın*, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Çal, Sedat, Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi, *GÜHFD*, C. XI, S. 1-2, 2007 (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/sedat_cal_25.pdf).
- Çal, Sedat, *Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, TOBB Yayını, Ankara, 2008.
- Çal, Sedat, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Danıştay 10. Daire Başkanı Mehmet Ünlüçay'ın soru-cevap kısmında yaptığı konuşma, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009*, 28-29 Mayıs, 2009, *GÜHF* Yayını, Ankara, 2009.
- Derbil, Süheyp, *İdare Hukuku*, C. I, AÜHF Yayını, Ankara, 1940.
- Derbil, Süheyp, Polis Kavramı, *AÜHFD*, C. 1, Sy. 4, 1943.
- Duguit, Leon, *Kamu Hukuku Dersleri*, (Çev. Süheyp Derbil), AÜHF Yayını, Ankara, 1954.

- Duran, Lûtfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Dursun, Hasan, Hukuku Bilim Kılabilmek, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 64, 2006.
- Fuller, Lon L., Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958.
- Foreword - Fifty Years Later, *NYU Law Review*, Vol. 83, No. 4, 2008.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, Ekin Kitabevi, İkinci Baskı, Bursa, 1999.
- Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Ekin Kitabevi, (Genişletilmiş ve Düzeltilmiş) Beşinci Baskı, Bursa, 2008.
- Gözler, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, (Gecikmiş Bir Açıklama ve Teşekkür), C. II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.
- Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, C. 1, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ağustos 2006.
- Green, Leslie, *Positivism and the Inseparability of Law and Morals*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 15, 2008.
- Gürkan, Ülker, *Hukukî Realizm Akımı*, AÜHF Yayını, Ankara, 1967.
- Gürzumar, Osman Berat, *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü - Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Hart, H. L. A., Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958.
- Hatemi, Hüsrev, Birader: Hüseyin Hatemi, içinde *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan*, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Hazlett, Thomas W., R. Coase ile Haklar, Kaynaklar ve Regülasyon Üzerine, içinde *Piyasa Dergisi*, S. 9, Ankara, 2004.
- 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.
- Hirş, Ernest E., *Pratik Hukukta Metod*, (Genişletip değiştirerek işleyen: Volf Çernis), 4. Tıpkı Basım, BTHAE, Ankara (tarihsizdir).

- Hırş, Ernst, *Pratik Hukukta İlmî İspat ve Tefsir*, AÜHFD, C. 1, S. 1, 1943.
- Işıқтаç, 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).
- İnan, Atilla, *Memur ve İşçi Statüsünde Özürlü ve Eski Hükümlülerin İstihdamı Alanında Yapılan Yeni Düzenlemeler*, *Mevzuat Dergisi*, Y. 2, S. 15, Mart 1999.
- İnsel, Ahmet, *İktisat ve Hukuk Arasındaki Karmaşık İlişki*, *Güncel Hukuk Dergisi*, Aralık 2005 (www.birikimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=113).
- Karahanoğulları, Onur, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Karahanoğulları, Onur, *Marksizm ve Hukuk*, AÜSBFD, C. 57, S. 2, 2002.
- Karahanoğulları, Onur, *Türkiye’de İdari Yargı Tarihi*, (Doçentlik Çalışması), İnternet Paylaşımı, Ankara, 2005.
- 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.
- 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.
- Kazgan, Gülten, *Bir İktisatçının Tanıklıkları*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009.
- Keyman, Selahattin, *Hukuki Pozitivizm*, AÜHFD, C. 35, S. 1-4, 1978.
- Kılavuz, Ali Kemal, *Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü*, GÜHFD, C. XIII, S. 1-2, 2009.
- Kılıç, Muharrem, *Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz*, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arki-vi* (HFSA), 12. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – II”, Sempozyum, 7-11 Eylül, 2004, İstanbul, Bildiriler / 1, İstanbul Barosu, İstanbul, 2005.

- Kıratlı, Metin, Yargının Sorumluluğu, *SBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, C. 3, S. 3, 1995.
- Kingsbury, Benedict, *Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim's Positive International Law*, *EJIL*, Vol. 13, 2002.
- Kitabın Adı Budur – Tan Oral Kitabı*, (Nehir Söyleşi: Aydın Engin), T. İş Bankası Yayını, İstanbul, 2006.
- Krueger, James, A Critique of Positivism As a Belief System, *Mizan Law Review*, Vol. 3, No. 2, 2009.
- Kutlar, Onat, *Gündemdeki Konu*, T. İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2005.
- Lacey, Nicola, H.L.A. Hart's rule of law: the limits of philosophy in historical perspective, *LSE Research Online*, Mart 2008 (<http://eprints.lse.ac.uk/3520/>).
- Leiter, Brian, The Radicalism of Legal Positivism, 8 Mart, 2010 tarihli taslak (<http://ssrn.com/abstract=1568333>).
- Marx, Karl, *Kapital – Kapitalist Üretimin Eleştirel Bir Tahlili*, (Çev. Alaattin Bilgi), C. 1, Eriş Yayınları, 2003.
- Müftüoğlu, Tamer, Global Rekabet ve Türk KOBİ'leri, *RK Perşembe Konferansları*, S. 22 (Mart-Mayıs-Haziran-Ekim-Aralık), Ankara, 2008.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- Otacı, Cengiz, *Kapitalizm, Modernizm ve Hukuk Tüketimi*, 2008.
- 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.
- Ozansoy, Cüneyt, Kamu Hizmetinde İdeolojik Boyut, *Danıştay 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu*, Danıştay Yayını (<http://www.danistay.gov.tr/>).
- Ökçesiz, Hayrettin Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı: "Radbruch Formülü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 56, 2005.
- Özay, İl Han, *Günüşiğında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- Özay, İl Han, İtalya, "Nakis" İdari Rejim mi "Ma'kus Talih mi?, içinde *İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargı-*

- lama Usulü, Danıştay 133. Yıl Sempozyumu*, 11-12 Mayıs, 2001, Danıştay Yayını, Ankara, 2003.
- Özkök, Gülriz, Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine, *AÜHFD*, C. 51, S. 2, 2002.
- Polatkan, Vahit, *Yap İşlet Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim*, Ankara, 2000.
- Selçuk, Sami, *Cumhuriyet, Çağcıl Demokrasi ve Türkiye'nin Dönüşümü*, BİLGESAM, Rapor No. 23, İstanbul, 2010.
- Seviğ, Vasfi Raşid, Borçlar Hukuku ve İktisat, *AÜHFD*, C. 7, S. 3-4, 1950.
- Sezginer, Murat, İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci, *GÜHFD*, C. XI, S. 1-2, 2007.
- Sızlı, Gülhanım Erol, *Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması*, DPT Uzmanlık Tezi, DPT Yayını, Ankara, 1999.
- Soper, Philip, *The Ethics of Deference: Learning From Law's Moral*, Cambridge University Press, 2002.
- Spaak, Torben, *Legal Positivism and the Objectivity of Law*, *Annali e Diritto*, Vol. 253, 2004.
- Tan, Turgut, Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi, *AİD*, C. 8, S. 2, Haziran 1975.
- Tatar, Burhanettin, *Hermenötik, İnsan Yayınları*, İstanbul, 2004.
- Tekinsoy, Ayhan, İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, *AÜHFD*, C. 55, S. 2, 2006.
- Tiryaki, Refik, *Ekonomik Özgürlüklerin Anayasal Rejimi*, Doktora Tezi, AÜSBE, 2007.
- Topakkaya, Aslan, İdeoloji Kavramının Tarihsel Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış, *AÜEHFD*, C. XI, S. 1-2, 2007.
- Topçuoğlu, Hâmade, *Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk)*, C. I, Üçüncü Baskı, AÜHF Yayını, İstanbul, 1969.
- Türközer, Bahir Güneş, *Hukuk Toplumsal Bir Gerçekliktir, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 62, 2006.
- Ulu, Güher, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü (Kitap İncelemesi), *AÜHFD*, C. 57, S. 4, 2008.
- Uygur, Gülriz, *Nötr İlkeler ve Hukuk*, HFSA, 16. Kitap, (Haz. Hayrettin Ölçesiz), "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu - III", 7-9 Eylül, 2006, İstanbul, İstanbul Barosu, İstanbul, 2007.

- Uzun, Ertuğrul, *Hukuk Göstergebilimi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- 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.
- Uzun, Ertuğrul, İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 2, 2003.
- Yıldırım, Turan, *İdari Yargı*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008.

Yargı Kararları

- AYM'nin 25 Mayıs, 1976 tarih ve E. 1976/1, K. 1976/28 sayılı kararı (16 Ağustos, 1976 tarih ve 15679 sayılı RG'de yayımlanmıştır).
- 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).
- AYM'nin 12 Nisan, 1990 tarih ve E. 1990/4, K. 1990/6 sayılı kararı (17 Haziran, 1990 tarih ve 20551 sayılı RG'de yayımlanmıştır).
- AYM'nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı (24 Ocak, 1995 tarih ve 22181 tarihli RG'de yayımlanmıştır).
- Danıştay 10. Dairesi'nin 29 Nisan, 1993 tarih ve E. 1991/1, K. 1993/1752 sayılı ve 6 Şubat, 2002 tarih ve E. 1999/2407, K. 2002/347 sayılı kararları.

AVUSTURYA VE İSVİÇRE SİSTEMLERİNDE HUKUK EĞİTİMİ

LEGAL TRAINING IN AUSTRIAN AND SWISS SYSTEMS

Kutluhan BOZKURT*

Murat TÜRE **

Özet: Hukuk sistemini ve yasalarını Batı'dan alan Türkiye, "Kıta Avrupası Hukuk Sistemi"nin (kökeni Roma Hukukuna kadar uzanmaktadır) bir üyesi olmakla, Batılı ülkelerin hukuklarına oldukça yakın bir konumdadır. Ayrıca Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üyelik süreci (sancılı, gerilimli dönemler ile engellere rağmen), Türkiye'deki hukuk sistemini ve mevcut yasaları etkilemiş, "uyum yasaları" ile çok sayıda yeni düzenlemeler yürürlüğe girmiştir. Kuşkusuz, bu süreç Türkiye'nin ulusal hukuk sistemini biraz daha Batı'ya yakınlaştırmıştır. Açıkta ki hukuk sistemleri için "hukuk eğitimi" vazgeçilmezdir, sistemin devamlılığında "hukuk eğitiminin" asli bir rolü bulunmaktadır. İşte tam bu noktada Avrupa'daki bazı ülkelerdeki bu sistemlerin incelenmesi ve araştırılması, Türkiye'deki mevcut "hukuk eğitimi" ile bir karşılaştırma ve değerlendirme olanağı sağlayacağı açıktır. Bu bağlamda; Avusturya ve İsviçre'deki "hukuk eğitimi", bu ülkelerdeki hukuk fakülteleri, mesleki seçenekler ile ilgili olarak okuyucuya, hukukçulara ve anılan ülkelerde bir hukuk eğitimi almak isteyen geleceğin hukukçularına yararlı ve temel bilgilerin verilmesi ile ve ayrıca, bu konularla ilgili inceleme ve araştırma yapmak, bu çalışmayı daha da genişleterek sürdürmek isteyen araştırmacılara da bir bakış açısı yaratmak amaçlı kaleme alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk, hukuk eğitimi, Avusturya'da hukuk eğitimi, hukuk fakülteleri, mesleki seçenekler ve stajlar, İsviçre'de hukuk eğitimi, hukuk fakülteleri, mesleki seçenekler ve stajlar.

Abstract: Turkey, who has adopted the legal system and laws from the West, is quite close located to Western countries' laws by being member of Civil Law (who's origin goes back to to Roman

* Dr. iur., LL.M. Eur. (Münih)

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

Law). In addition, Turkey's accession process to European Union (despite painful, tense periode and obstacles), has affected Turkey's existing legal system and had an impact on existing laws. With "harmonisation laws" many new regulations came into force. Undoubtedly, this process brought Turkey's national legal system little more closer to the West. It is obvious that "legal training/education" is indispensable for the legal systems and plays an essential role in the continuity of the system. At this point the examination and study of different legal systems of some European countries, will provide facilities to make a comparison and evaluation with the current "legal training/education" in Turkey. In this context, the authors of this article aim to give usefull and basic information on legal training in Austrian and Swiss systems and on the Law Faculties of the mentioned countries which could be usefull for the readers, lawyers and for the future's lawyers who want to get training in this countries. Beside this, the objective of writing this article is to create a perspective for the researchers, who want to continue expanding this work further.

Keywords: Law, law education, Austrian law education system and law schools, professional options and legal training, Swiss law education system and law schools and professional options and legal training.

I. Giriş

Kıta Avrupası hukuku¹ kaynağını "*Roma hukuku*" ve onun sisteminden almış; "*Roma hukuku*", bugünkü Avrupa ülkelerinin pek çoğunun hukuklarını etkilemiş ve gelişimlerinde doğrudan pay sahibi olmuştur.² Kıta Avrupası hukuku, Anglosakson hukukundan farklı olarak³ "*yazılı hukuk kurallarına*" dayanan bir sistemi ifade etmektedir.⁴ Avusturya, İsviçre ilave olarak Türkiye'de yürürlükte olan hukuk,

¹ "Civil Law".

² Dünyada yaygın şekilde geçerli olan hukuk sistemleri şöyledir: (i) Kıta Avrupası Hukuk Sistemi, (ii) Anglosakson Hukuk Sistemi, (iii) Dini Hukuk (Şeriat) Sistemi, (iv) Karma Sistem (Kıta Avrupası ve Anglosakson hukuklarının birlikte uygulandığı sistem). Bkz. P. Leers/K. Bozkurt/J. Roelens, "Intellectual Property Rights Contract Management", in: "Guide Intellectual Property Rights in the EU", *Antwerp 2009*, s. 88.

³ "Common Law".

⁴ P. Leers/K. Bozkurt/J. Roelens, "Intellectual Property Rights Contract Management", in: "Guide Intellectual Property Rights in the EU", *Antwerp 2009*, s. 87.

“Kıta Avrupası Hukuk Sistemi” içinde yer almaktadır. Kuşkusuz hukuk sistemleri ülkelerin hukuklarını etkileyen ve şekillendiren faktörlerdir. Bununla beraber, ülkeler (keza uluslararası yapılanmalar da dahil olmak üzere), kendi siyasal-politik ve ekonomik yapılarını bir hukuk disiplini içinde yapılaşdırmaktadırlar. Bu noktada hukuk hem bir araç hem de sistemsel bir amaç olarak, ülkeler (ve ayrıca Supranasyonal sistemler, –Avrupa Birliği(AB) gibi–) ve uluslararası kuruluşlar- organizasyonlar için de önem kazanmaktadır. Hukukun böylesine önemli bir özelliği ve misyonun olması, sonuç itibariyle; hukuk eğitimini ülkeler, uluslararası yapılanmalar (AB gibi) için de önemli hale getirmektedir. Bologna süreci ile birlikte AB, AB içinde ve üye ülkelerde geçerli olacak bir “Ortak Yüksek Öğretim Alanı” hedeflemiş; bunu kademeli olarak uygulamaya geçirmiştir. Bu hedef aynı zamanda AB’nin bir “bilgi toplumu” ve “bilgi ekonomisi” oluşturma hedef ve amaçlarının da bir unsuru olmaktadır ve esas itibariye AB’nin küresel bir güç olma hedefini içinde barındıran Lizbon Stratejisinin de özünü oluşturmaktadır.⁵ Bologna Süreci⁶ kuşkusuz genelde Avrupa’daki “yüksek öğrenimi”, özelde de “hukuk eğitimini” etkilemiştir.

Avusturya ve İsviçre’de hukuk eğitimi, kendi ulusal hukuk sistemleri, –keza siyasal sistemleri için de– için önemli role ve köklü bir geçmişe sahiptir. Bu iki ülkedeki bazı yasalar (Medeni ve Borçlar Yasaları,⁷ Ceza Yasası⁸ gibi) Türkiye’deki bazı yasaların kaynağı olmuşlardır. Avusturya’nın AB üyesi olması nedeniyle bu ülkenin hukuku aynı zamanda AB hukukunun etkisi ve tasarruf sahası içinde de kalmaktadır. Bir başka anlatımla AB hukuku supranasyonal karaktere sahip olduğu için, üye ülkelerin ulusal hukuklarının üstünde yer aldığından, bu husus Avusturya hukuku ve sistemi içinde geçerlidir ve Avusturya Anayasası’nda bu husus açıkça düzenlenmiştir.⁹

⁵ Bkz. Lizbon Stratejisi için; K. Bozkurt / Ü. Oral, “Avrupa Birliği ve Lizbon Stratejisi”, *Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi*, 2007, S. 11, s. 271-296

⁶ Bkz. İleride dipnot no. 68.

⁷ İsviçre.

⁸ Avusturya.

⁹ İstisnai olarak Avusturya kendi hukuk sisteminde ilk dereceye, “Grundprinzipien der Bundesverfassung”-Federal Anayasa’nın temel prensiplerini yerleştirmiştir. Bu “Temel Prensipler” ise (i) Demokratiklik, (ii) Cumhuriyetçilik, (iii) Federalizm, (iv) Hukuk Devleti, (v) Kuvvetler Ayrılığı ve son olarak (vi) Liberalizm’den

İsviçre ise AB üyesi bir ülke değildir, bu nedenle Avusturya'ya nazaran doğrudan veya dolaylı olarak AB hukukunun etkisi ve tasarruf sahası içinde yer almamaktadır.¹⁰ Bu nedenle kendi ulusal hukuk sistemini ve hukukunu korumaktadır.

Gerek Avusturya gerekse İsviçre'de hukuk eğitimi önemli ve saygın bir konuma sahip olmakla, bu eğitimi almak isteyenler açısından cazip bir tercih olarak görünmektedir. Bu nedenle her iki ülkedeki farklı üniversitelerde bulunan hukuk fakültelerinde çok sayıda öğrenci hukuk eğitimi almakta ve hergeçen gün hukuk fakültelerin tercih edilme oranı da artmaktadır. Doğal olarak bu sonuç ise ihtiyaç fazlası hukukçu gerçekliğini ve sonuç itibariyle; mezunların iş bulma gücününü, bu fakültelerin cazip bir alan olmaktan çıkması sonucunu da beraberinde getirmektedir.

I. Avusturya'da Hukuk Eğitimi

Avusturya, kendi Anayasası'nın 2. maddesinde tanımlandığı üzere, federal bir devlettir ki,¹¹ bu husus ülkede "*federalizm*" ilkesi olarak

oluşmaktadır. Bu "Temel Prensipler" derece olarak AB Hukukunun üstünde yer almakla birlikte sonuç itibariyle; AB Hukukuna ters düşmemektedir. Zira Avusturya Anayasasında yer alanbu prensipler, AB Hukuku içinde hem doğrudan hem de dolaylı olarak yer almaktadır. Avusturya Hukuk Sisteminde ikinci sırada ise AB'nin birincil hukuk kaynakları (ki bunlar Kurucu Antlaşmalar'dır), üçüncü sıraya ise AB'nin ikincil hukuk kaynakları (ki bunlar: Tüzük, Yönerge, Karar, Tavsiye ve Görüş'ten oluşmaktadır) üçüncü sırada ise Federal Anayasa, dördüncü sırada ise Eyalet Temel Yasaları (anayasaları), ve son sırada ise Federal ve Eyalet Yasaları yer almaktadır. Bkz. K. Bozkurt, "Die Beziehungen der Türkei zur EU, rechtliche Prozesse und rechtliche Einflüsse", Dissertation, Universität Wien, Wien 2004, s. 187-188.

AB/AT hukukunun birincil ve ikincil kaynakları için bkz. K. Bozkurt, "Avrupa Topuluğunun-Birliğinin Oluşum ve Gelişim Sürecinde Hukuk Ekseni", Hukuk ve Adalet, *Eleştirel Hukuk Dergisi*, 3. Sayı (Temmuz-Eylül), İstanbul 2004, s. 14.

¹⁰ Buna karşılık İsviçre, AB'nin "Schengen Antlaşmasını" kabul ederek 2009 yılında AB'nin Schengen sınırlarına dahil olmuştur. Bir başka ifade ile "Schengen Vizesi" İsviçre için de geçerli hale gelmiştir.

¹¹ Art. 2 B-VG, Ülkede 9 farklı federal bölge (eyalet) bulunmaktadır. Bunlar: "Burgenland, Kärnten, Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol, Vorarlberg, Wien" olarak belirlenmiştir. Art 2/2 B-VG, C. Lanner, "Verfassungsrecht, Kodex des Österreichischen Rechts", 15. Auflage, Orac, Wien 1999, s. 3. Bkz. ayrıca, [http://de.wikipedia.org/wiki/Bundesland_\(%C3%96sterreich\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Bundesland_(%C3%96sterreich)), 01.03.2010.

anılmaktadır.¹² Ülkenin yönetim şekli ise yine anayasa tarafından “*demokratik cumhuriyet*” olarak belirlenmiştir;¹³ bu durum ise “*demokratiklik*” ve “*cumhuriyetçilik*” ilkelerinin yasal zeminini oluşturmaktadır.¹⁴ Ülkenin resmi dili Almancadır.¹⁵ Bu nedenle, Avusturya’da tüm eğitim kurumları (ilköğretim okulları ve liseler) ile üniversitelerde eğitim ve öğretim dili Almancadır; ancak, istisnai olarak bazı eğitim alanlarında, bazı derslerle sınırlı olmak üzere ve ayrıca çok sayıda doktora programlarında da eğitim ve öğretim dillerinde Almancadan farklı bir dil (büyük bir çoğunlukla İngilizce) kullanılabilir. ¹⁶

Ülkede hukuk eğitimi köklü bir geçmişe sahiptir. “Hukuki Pozitivizm/Pozitif Hukuk Öğretisi”¹⁷ kuramın/okulunun önde gelen bir hukukçusu ve aynı zamanda bu kuramın kurucusu olan H. Kelsen, Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde uzun yıllar görev yapmış bir

¹² P. Bosek / P. Pani, “Öffentliches Recht, Grundzüge des Verfassungsrechts”, Orac, 1996, s. 12. Bkz. ayrıca F. Koja, “Einführung in das Öffentliche Recht, Orac, 1998 Wien, s. 8.

¹³ Art. 1 B-VG. Bkz. ayrıca, C. Lanner, “Verfassungsrecht, Kodex des Österreichischen Rechts”, 15. Auflage, Orac, Wien 1999, s. 3.

¹⁴ F. Koja, “Einführung in das Öffentliche Recht, Orac, 1998 Wien, s. 6. Bkz. ayrıca, P. Bosek / P. Pani, “Öffentliches Recht, Grundzüge des Verfassungsrechts”, Orac, Wien 1996, s. 11-12.

¹⁵ Art. 8 B-VG. Sadece federal bölgelerden (eyaletlerden) biri olan Tirol’de, İtalya ile sınır olunmasından ve İtalyan kökenli (azınlık) vatandaşların da bu eyalette yaşamalarından dolayı, İtalyanca’da konuşulan dilleden biridir.

¹⁶ İstisnai olarak bazı özel liseler (Fransız lisesi, Amerikan lisesi gibi) ile özel üniversitelerde (özellikle Amerikan üniversitelerinde) İngilizce veya Fransızca eğitim verilebilmektedir.

¹⁷ “Rechtspositivismus”. Bu öğretinin karşılığında yer alan ekol ise “Naturrechtslehre”/doğal hukuk öğretisidir. Bkz. ayrıca, <http://aeiou.iicm.tugraz.at/aeiou.encyclop.r/r278546.htm>, 07.03.2010.

Pozitivizm felsefi bir akım olarak 19. yy’da somutlaşmaya başlamış ve bu süreçte Aguste Comte (Rede über den Geist des Positivismus, 1844) önemli bir rol oynamıştır. Bkz. B.-C. Funk, “Rechtspositivismus und Wirklichkeit des Rechts”, in: *Juridicum, Zeitschrift im Rechtsstaat*, nr.1, 2003 Wien, s. 4.

“Olguculuk (Pozitivizm) öğretisi Hume ve Kant anlayışları temeli üstünde Fransız düşünürü Auguste Comte (1798-1857) tarafından kurulmuştur. İngiliz düşünürleri John Stuart Mill’le (1806-1873), Herbert Spencer’in (1820-1903) de geniş çapta katkıları olmuştur. Öğretiye olguculuk adını veren Comte’dur.” Bkz. O. Hançerlioğlu, *Düşünce Tarihi*, Remzi Kitapevi, İstanbul 1974, s. 268.

hukukçu iken, “*Hukuk Teorisinde Pozitivizm Öğretisi*”nin¹⁸ oluşması ve gelişmesini sağlamış; bu öğretiyse başta ülke hukuku olmak üzere, Kıta Avrupası hukuk sisteminin ve teorisinin şekillenmesinde özellikle felsefi –ve hukuk felsefesi– açıdan önemli bir misyon üstlenmiştir ve sonuçta bu akım, “*Viyana Hukuk Teorisi Okulu*”¹⁹ olarak hukuk öğretisinde özel bir yer edinmiştir.²⁰ Anılan nedenle, ülkede hukuk ve eğitimi önemli, önemli olduğu kadar da tarihsel geçmişi ve misyonu olan bir bilim dalı olarak ortaya çıkmaktadır. Hukuk, yakın zamana kadar muhafazakar ve zengin/soylu (aristokrat) ailelerin ve onların çocuklarının tercih ettiği bir bölüm dalı olarak dikkat çekmiştir.²¹

Üniversiteye girmenin esas koşulu ise temel eğitimle beraber, lise eğitiminin sonunda yer alan ve “*Lise Bitirme Sınavı*” veya başka bir ifade ile, üniversiteye kayıt için gerekli olan “*Yeterlilik Diplomasını*” sağlayan “*Matura*” sınavının verilmesine bağlanmıştır.²² Avusturya’da hukuk eğitimi alabilmek için bunun dışında ayrıca herhangi bir merkezi veya lokal/bölgesel sınav veya sınav sistemi bulunmamaktadır. Sadece “*Matura*” sınavının başarıyla verildiğine dair belge, “*Yeterlilik*

¹⁸ H. Kelsen, Çek Cumhuriyeti asıllı olup, kamu ve idare hukukları alanlarında çalışmış önemli bir hukuk felsefecisidir. 1920 tarihli Avusturya Anayasasını hazırlayanlardan biridir ve ayrıca Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde 11 yıl süre ile (1919-1930) profesör olarak görevde bulunmuş ve aynı zamanda, 1921-1930 arası, Avusturya Anayasa Mahkemesi Hâkimliği de yapmıştır. Profesör olarak; Köln, Genf, Prag ve Berkeley üniversitelerinde görev yapmıştır. <http://aeiou.iicm.tugraz.at/aeiou.encyclop.k/k283648.htm>, 07.03.2010.

¹⁹ Wiener Schule der Rechtstheorie, <http://aeiou.iicm.tugraz.at/aeiou.encyclop.r/r278546.htm>, 07.03.2010.

²⁰ <http://de.wikipedia.org/wiki/Rechtspositivismus>, 07.03.2010.

²¹ Bu nedenle hukuk fakültelerine okumak üzere, alt ve fakir tabakalardan gelen ailelerin çocukları yadırganmış ve dışlanmışlardır. Bu durumdan dolayı hukuk eğitimi onlar için hayli zorlu bir sürece tekabül etmiştir. Avusturya’daki hukuk eğitimi tercihi her ne kadar böylesine bir yapılanma mevcut idiyse de, son bir kaç on yıl içinde (özellikle son 10-15 yıl içinde) belirgin değişimler olmuş, hukuk eğitimi, her ekonomik ve sınıfsal kesimden öğrenci için tercih edilebilir bir duruma gelmeye başlamıştır.

²² “*Matura*” sınavı, Almanya’da yer alan ve benzeri bir sınav olan “*Abitur*” ile özdeş bir sınavdır. Ve her ikisinin de temel misyonu aynıdır; bu ise (ülkeler farklı olmasına rağmen) lise eğitimlerini bu sınav ile tamamlayan öğrencilerin üniversite eğitimlerine devam edebilmelerini sağlamaktır. Zira üniversiteler, bölümlere kayıt için her iki ülkede “*Matura*” / “*Abitur*” sınavlarının başarıyla verildiğine dair mezuniyet (yeterlilik) belgelerini aramaktadırlar. <http://www.europaeische-juristenausbildung.de/Laender/oesterreichframe.htm>, 07.03.2010.

Diploması”, kayıt için lüzumludur ve yeterlidir. Ülke federal bölgelere (eyaletlere) ayrılmış olmasına ve her bir federal bölgenin özerk yapısı olmasına rağmen, ülkede verilen hukuk eğitimi birleşik bir eğitimidir ve federal bölgeden federal bölgeye fark göstermemektedir. Ayrıca, hukuk fakültelerinde gerek hâkim veya savcı, gerek avukat ve gerekse noter olabilmek için birleşik, ezcümle tek bir hukuk eğitimi verilmektedir. Farklılık ise hukuk fakültelerindeki eğitimin tamamlanmasından sonra, özellikle mesleki branşlaşmanın başladığı staj dönemlerinde (avukatlık, hâkimlik/savcılık veya noterlik stajlarında) ortaya çıkmaktadır. Bu klasik mesleki branşlaşmaların haricinde mezunlar isterlerse akademik yaşamı veya diplomasıyı de tercih edebilmektedirler. Bu durumda doğal olarak, klasik mesleki (avukatlık, hâkimlik/savcılık veya noterlik) stajlardan tümüyle farklı bir süreç başlatmış olmaktadır.

Avusturya’da hukuk eğitiminin belirlenen amaçları ise hukuk biliminin farklı alanları için temel bir eğitim verilmesi, doğru ve elverişli bir metodoloji ile uygulamaya geçişi sağlayacak bilgi ve materayallerin verilmesini sağlamak, hukuk fakültesi sonrası klasik mesleki (avukatlık, hâkimlik/savcılık veya noterlik gibi) eğitimlerin alt yapısını oluşturmak, diğer yandan, anahtar niteliğe haiz hukuki -bilgilerin-yetkilerin²³ temel ekonomik bilimlerle bağlantısının kurulmasının sağlanması, hukuki düşünme ile hukuki argümantasyonun oluşturulması ve geliştirilmesi, sosyal bilinç ile hukuk bilincinin geliştirilmesi olarak öngörülmüştür.²⁴

1. Hukuk Fakülteleri

Ülkedeki üniversiteler ise farklı federal bölgelerde bulunmaktadır,²⁵ bu nedenle hukuk fakülteleri de farklı federal bölgelerdeki şehirlerde yapılandırılmıştır. Bunlardan en köklü olanı Viyana Üniversitesi Hu-

²³ “juristische Schlüsselkompetenzen”, <http://www.juridicum.at/index.php?id=40>, 02.03.2010.

²⁴ <http://www.juridicum.at/index.php?id=40>, 02.03.2010.

²⁵ <http://www.univie.ac.at/services/universitaeten-in-oesterreich/>, 07.03.2010.

kuk Fakültesi'dir.²⁶ Avusturya'da bulunan hukuk fakülteleri, bağlı oldukları üniversiteler ile buldukları şehirler şöyledir:

- Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (Universität Wien, Juridicum Rechtswissenschaftliche Fakultät, Wien).²⁷
- Karl-Franzens Graz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (Karl-Franzens Universität, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Graz).²⁸
- Johannes Kepler Linz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (Johannes Kepler Universität Linz, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Linz).²⁹
- Salzburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (Universität Salzburg, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Salzburg).³⁰
- Innsbruck Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (Universität Innsbruck, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Innsbruck).³¹

Bunların dışında, Krems (Donau) üniversitesinde ise sadece hukuk master (LL.M.) programları bulunmaktadır.³² Hukuk fakültelerindeki hukuk eğitimi (her ne kadar üniversiteler ve fakülteler arasında farklı yönetmelikler olsa da), minimum 8 sömester olarak belirlenmiş³³ ve bu süre zarfında öğrenciler 3 farklı bölümden/aşamadan, "Studienabschnitten"³⁴ oluşan bir eğitim sürecinden geçmektedirler.

²⁶ "Die Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Wien".

²⁷ <http://www.juridicum.at/>, 07.03.2010.

²⁸ <http://www.kfunigraz.ac.at/redwww/>, 07.03.2010.

²⁹ <http://www.jku.at/content/e213/e87/>, 07.03.2010.

³⁰ http://www.uni-salzburg.at/portal/page?_pageid=199,135202&_dad=portal&_schema=PORTAL, 07.03.2010.

³¹ <http://www.uibk.ac.at/fakultaeten/rechtswissenschaftliche/>, 07.03.2010.

³² <http://www.donau-uni.ac.at/de/studium/rechtverwaltunginternational/index.php>, 07.03.2010.

³³ <http://juridicum.univie.ac.at/index.php?id=40>, <http://www.uni-graz.at/zv1www/mi070718c.pdf>, 08.03.2010.

³⁴ Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı almış olduğu bir karar ile 1.10.2006 tarihinden itibaren geçerli olarak, yeni yönetmeliği uygulamaya geçirmiştir. Bu yönetmelik ile 1., 2. ve son olarakta 3. aşamadan, "Studienabschnitten", oluşan hukuk eğitimini daha da genişleterek, toplam 17 Modüle "Module" ayırarak kredili sisteme geçmiş ve hukuk eğitimini tamamlayabilmek için gerekli olan minimum krediyi, toplam 240 Avrupa Kredisi "european credits (ec = ECTS-Punkte)" olarak

Öğrenciler hukuk eğitimlerini, “*Diplomstudiums Rechtswissenschaften*”³⁵ tamamladıklarında, Türkiye’deki sistemden farklı olarak,³⁶ “*Magistra/Magister iuris*”³⁷ akademik derecesini, “*Title*” alırlar.³⁸ 80’li yılların başına kadar Avusturya’da herhangi bir hukuk fakültesini bitiren öğrenciler, mezuniyetlerinde doğrudan “*Dr.*” akademik ünvanını almışlar-

belirlemiştir. Diğer hukuk fakülteleri de benzer şekilde 240 Avrupa Kredisine “european credits (ec = ECTS-Punkte)” uygun düzenlemeleri kabul etmişlerdir. Bkz. <http://juridicum.univie.ac.at/index.php?id=40>, 08.03.2010, http://juridicum.univie.ac.at/index.php?eID=tx_nawsecured1&u=0&file=fileadmin/PDFs/studienplan_2006.pdf&t=1236688824&hash=1fdaa96a8eb1e4c2dd57ec630054026d, 08.03.2010, <http://www.unigraz.at/zv1www/mi070718c.pdf>, 08.03.2010.

³⁵ Bu nedenle hukuk öğrencileri eğitimlerinin sonuna doğru (genellikle 3., istisnai olarak 2. Aşamalarında, “*Studienabschnitten*”) bir bitirme, “*Diplomarbeit*”- Master (Bitirme) tezi hazırlarlar ve hazırlanmış oldukları bu tezlerden kredili sisteme göre bir not alırlar. Bu tezin hazırlanmasındaki temel amaç mezun olacak öğrencinin; araştırma yapma, bilimsel ve akademik kaynakları kullanım yetisi ile hukuksal tartışmalar yürütme ve düşünme yeteneğini arttırmaktır. Graz, Salzburg ve Innsbruck üniversitelerinde “*Diplomarbeit*”- Master tezi bir “*Hausarbeiten*”- Ev (dönem) Ödevi şeklinde hazırlanmaktadır. Buna karşılık Viyana ve Linz Üniversitelerinde ise “*Klasurform*” - Yazılı Sınav (vize) şeklinde yapılmaktadır. Bkz. F. Kerschner, “*Wissenschaftliche Arbeitstechnik und - methodik für Juristen*”, WUV Universitätsverlag-Studienbücher Jus Band 9, Wien 1997, s. 17.

³⁶ Türkiye’deki uygulama ise Avusturya sisteminden farklıdır; zira Türkiye’deki hukuk fakültelerinden mezun olabilmek için herhangi bir “*Diplomarbeit*”- Bitirme tezini hazırlama koşulu-uygulanması bulunmamaktadır. Bu durum ise mezun olan öğrencilerin görece yetersiz bilgi birikimine sahip olmaları ile hukuksal tartışmalar yapabileme, bunu yazıya aktarabilme yeteneklerinin istenen seviyede olmaması sonucunu doğurmaktadır. Netice itibarıyla; hukuksal ve bilimsel altyapıları eksik mezunların aldıkları “*hukuk formasyonunun*” ne derece yeterli olduğu tartışmalı bir alan olarak varlığını güçlü bir şekilde hissettirmektedir. Bu nedenle; Türkiye’deki “*hukuk eğitiminde*” de “*Diplomarbeit*”- Bitirme tezi ile mezun olma sistemine geçilmesi, bu sistemin doğru ve yerinde kullanılması halinde, “*hukuk eğitiminde*” var olan olumsuzlukları azaltabileceği ve mezunların bilgi birikimlerini olumlu yönde etkileyebileceği öngörülebilmektedir.

³⁷ “*Der Magister der Rechtswissenschaften/ Mag. iur.*”, <http://www.europaeischejuristenausbildung.de/Laender/oesterreichframe.htm>, 07.03.2010. Bkz. ayrıca F. Kerschner, “*Wissenschaftliche Arbeitstechnik und - methodik für Juristen*”, WUV Universitätsverlag-Studienbücher Jus Band 9, Wien 1997, s. 17.

³⁸ http://juridicum.univie.ac.at/index.php?eID=tx_nawsecured1&u=0&file=fileadmin/PDFs/studienplan_2006.pdf&t=1236688824&hash=1fdaa96a8eb1e4c2dd57ec630054026d, 08.03.2010. s. 27

Salzburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde hukuk eğitimi, hem tezli “*Diplomarbeit*” (Master) hem de Bacholaria sistemi “*Bachelorstudium Recht*” şeklinde olabilmektedir. http://www.unisalzburg.at/portal/page?_pageid=645,207311&_dad=portal&_schema=PORTAL, 08.03.2010.

dır.³⁹ Daha sonra yapılan değişiklik ile bu sistemin uygulanması sona ermiş ve bu gün hala geçerli olan “*Magister*” sistemine geçilmiştir. Bu değişiklik ile hukuk fakültelerinde ayrı ayrı bilimsel çalışmalar için “Doktora Programları” açılmış ve böylelikle bir doktora programını başarıyla bitiren ve çalışmaları, “*Dissertation*” - *Doktora Tezi* olarak bilirkişiler tarafından kabul edilen ve daha sonrasında, “*Rigorosum*” - *Doktora Bitirme Sınavları ve Tez Savunmasını* başarıyla veren hukukçular, “*Doktor iuris*”⁴⁰ akademik ünvanını alabilmeye hak kazanmaktadırlar.⁴¹

2. Mesleki Seçimler ve Stajlar

Hukuk fakültesi bittirildikten sonra mezunlar, mesleki branşlaşmayı kendileri seçmektedirler. İsteyen aday avukatlık, hâkimlik/savcılık veya noterlik stajlarından birini tercih edebilmektedir. Sınavlar ise staj sürelerinin sonunda olmaktadır. Türkiye’deki sistemden farklı olarak;⁴² Avusturya’da avukat, hâkim/savcı veya noter stajyerleri ön-

³⁹ Eski mezun hukukçuların hepsi ünvanlıdır ve bu nedenle Avusturya’da çok sayıda “Dr.” ünvanlı avukat, hâkim/savcı veya noter görebilmek mümkündür.

⁴⁰ “Dr. iur.”.

⁴¹ F. Kerschner, “Wissenschaftliche Arbeitstechnik und - methodik für Juristen”, WUV Universitätsverlag-Studienbücher Jus Band 9, Wien 1997, s. 23-24.

⁴² Türkiye’de avukat, hâkim-savcı stajyeri 9 aylık bir ön staj yapmadıkları gibi, mevcut stajlarını da ayrı ayrı yapmaktadırlar. Avukatlık stajı, 1136 sayılı Avukatlık Yasası’nın 15. ve devamı maddelerince belirlenmiştir. Avukatlık staj süresi 1 yıl olarak belirlenmiştir. Yakın zamanda, 28.11.2006 tarih ve 5558 sayılı Avukatlık Yasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Yasa ile staj sonunda bir bitirme sınavını başarmak koşulu uygulamaya geçirilmiş; ancak, bu düzenleme 15.10.2009 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa’ya aykırı bulunarak “iptal edilmiş”, böylelikle; Avukatlık Sınavı, iptal hükümleri gereği, geçersiz hale gelmiştir.

Hâkimlik ve savcılık stajı için adayların yazılı -(test) ve sözlü (mülakat) sınavlarda başarılı olmak gereklidir. Akabinde 2 yıl sürecek bir staj dönemine başlamaları gereklidir. Bu staj süresinde Adli Yargıda adaylar, hâkim ve savcı stajyeri olarak iki ayrı meslek gruba ayrılmaktadırlar. Adaylar, Ankara’da 3’er aylık 2 dönem halinde (hazırlık ve son dönem olmak üzere, toplamda 6 ay süre ile) Türkiye Adalet Akademisi’nde mesleki eğitime tabii tutulmaktadırlar. Bu eğitimin sonunda yapılan sınavı başarı ile veren adaylar, daha sonra kura ile atanacakları yerlerde göreve başlamaktadırlar. Bkz. Adli Yargı Hâkim ve Savcı Adayları ile İdari Yargı Hâkim Adaylarının Meslek Öncesi Eğitimlerinin Yapıtırılmasının Esas ve Usullerine İlişkin Yönetmelik (*Resmi Gazete* -RG- Tarihi: 01.06.2004, RG sayısı 25479), 23.07.2003 tarih ve 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Yasası ve 2802 sayılı Yasa.

celikle, mahkemelerde 9 aylık bir mahkeme ön stajını⁴³ stajyer hukukçu olarak⁴⁴ ortaklaşa tamamlamaktadırlar.

Bu ön staj, klasik meslekler (avukatlık, hâkimlik/savcılık veya noterlik adaylığı) için zorunludur. Bu staj süresince tüm stajyerler aylık-maaş almaktadırlar.⁴⁵ Bu klasik mesleklerin dışında mezunlar, isterlerse akademik yaşamı, bürokrasiyi veya diplomasıyı de tercih edebilmektedirler. Bu seçenekte (klasik meslekler harici bir alanın tercih edilmesi halinde) dahi mezunların büyük çoğunluğu mahkemelerdeki 9 aylık ön stajı -kendileri açısından bir zorunluluk olmamasına rağmen- tamamlamaktadır.

2. 1. Avukatlık Stajı ve Ruhsatının Alınması

Avukat stajyerleri, yukarıda da belirtildiği üzere, hukuk fakültelelerinden mezun olan hukukçuların, (avukat, hâkim, savcı ve noter stajyerlerinin hep birlikte yaptıkları -takip ettikleri), 9 aylık mahkeme ön stajının akabinde, hâkim, savcı ve noter stajyerlerinden farklı bir etaba geçmektedirler. Bir başka ifade ile avukat stajyerleri ile hâkim, savcı ve noter stajyerlerinin tabii oldukları staj süreleri ve usulleri farklılaşmaktadır. Avukat stajyerleri⁴⁶ ön mahkeme stajından sonra, minimum 3 yıl süre ile bir avukat yanında avukatlık stajını tamamlamak zorundadırlar.⁴⁷ Staj sonrası avukat stajyerleri, Türkiye'deki sistemden hayli farklı

Hukuk fakültesi mezunlarının noterlik yapabilmeleri ile ilgili düzenleme, 1512 sayılı Noterlik Yasası ile belirlenmiştir. Bu yasanın aramış olduğu koşulları yerine getiren adaylar 15. madde hükmü uyarınca 1 yıllık stajlarını tamamladıktan sonra, Noterler Birliği tarafından belirlenen ve ilgili boş bulunan Noterlikler için başvuru yapabilirler. Atamada; Noterler Birliği, bekleme süresi, kıdem ve benzeri gibi kriterleri de dikkate almaktadır. Bkz. 1512 sayılı Noterlik Yasası.

⁴³ "Gerichtspraxis", Rechtspraktikantengesetz - BGBl. I Nr. 136/2002 RPG vom 15.12.1987, http://www.bmj.gv.at/_cms_upload/_docs/rechtspraktikanten9_2002.pdf, 08.03.2010.

⁴⁴ "Rechtspraktikant", Rechtspraktikantengesetz - BGBl. I Nr. 136/2002 RPG vom 15.12.1987, http://www.bmj.gv.at/_cms_upload/_docs/rechtspraktikanten9_2002.pdf, 08.03.2010.

⁴⁵ Yaklaşık olarak 1.200-1.400 Avro arası aylık/maaş almaktadırlar.

⁴⁶ "Rechtsanwaltsanwärter".

⁴⁷ http://www.bmj.gv.at/_cms_upload/_docs/rechtsberufe_09_2002.pdf, 08.03.2010.

olarak,⁴⁸ “Avukatlık Sınav Komisyonu”nun⁴⁹ oluşturduğu “Senato”nun⁵⁰ düzenlediği oldukça teknik, zor ve detaylı şekilde yapılan yazılı ve sözlü sınavları verdikleri takdirde avukatlık ruhsatını almaya hak kazanırlar.

2. 2. Hakimlik - Savcılık Stajı

Hakim adayları ile savcı adayları başlangıç aşamasında ayrılırlar, fakat staj dönemi genellikle birlikte geçirilir. Bununla beraber adaylar seçtikleri alana göre ya ağırlıklı olarak (hâkim adayları) ya mahkemelerde ya da ağırlıklı olarak (savcı adayları), savcılık kurumunda stajlarını geçirirler. Hâkimlik ve savcılık stajında hâkim/savcı adayları,⁵¹ diğer farklı stajyerlerle (avukat ve noter adayları) birlikte tamamladık-

Uygulamada avukat yanındaki 3 yıllık staj, genelde avukatlık sınavını vermeye yeterli gelmemektedir. Zira avukatlık sınavı hayli ağır ve zorlu bir sınavdır. Bu nedenle stajyerler, avukat yanındaki stajı, bazen 4 yıla uzatabilmektedirler. Bu nedenle; hukuk fakültesi bitiminden sonra, avukat olabilmek için gerekli olan ortalama süre 5 yılı bulabilmektedir.

⁴⁸ Bkz. yukarıda dipnot 42.

Avusturya’da avukatlık staj süresi toplamda 4 yıldan az olmamaktadır, hatta bu süre bazen 5 yılı dahi bulabilmektedir. Bu nedenle Avusturya’da avukatlık stajı, Türkiye’deki staja nazaran, çok daha ciddi, ağır, uzun süreli ve oldukça işlevsel olarak yapılmaktadır. Bu durum ise avukatlık mesleğinin kalitesini, saygınlığını ve standardını da olumlu şekilde etkilemektedir. Bu tespitten hareketle; Türkiye’deki avukatlık staj süresinin en az 2 yıla çıkarılması ve bu staj süresince, stajyerlere yeterli düzeyde aylık/maaş ödenmesinin sağlanması, mesleki hazırlık döneminin verimli ve yararlı geçmesini sağlayacaktır. Böyle bir düzenleme mesleğin itibarına olumlu katkı sağlayacaktır.

⁴⁹ “Rechtsanwaltsprüfungskommission”. Bu komisyon Yüksek Mahkeme (Yargıtay-Danıştay) hâkimlerinden oluşmaktadır. Bkz. “Die Organisation der Rechtsberufe in Österreich, Kurzinformation”, Republik Österreich Bundesministerium für Österreich, JMZ 600.00/25III 1/2002, September 2002, s. 31. Bkz. ayrıca; http://www.bmj.gv.at/_cms_upload/_docs/rechtsberufe_09_2002.pdf , 08.03.2010.

⁵⁰ “Senat der Rechtsanwaltsprüfungskommission”. Bu Senato iki yüksek mahkeme yargıcı ve iki avukattan oluşur. “Die Organisation der Rechtsberufe in Österreich, Kurzinformation”, Republik Österreich Bundesministerium für Österreich, JMZ 600.00/25III 1/2002, September 2002, s. 31. Bkz. ayrıca; http://www.bmj.gv.at/_cms_upload/_docs/rechtsberufe_09_2002.pdf , 08.03.2010, <http://www.europaeische-juristenausbildung.de/Laender/oesterreichframe.htm>, 07.03.2010.

⁵¹ “Richteramtswärters”, a. g. e., s. 17.

ları 9 aylık ön mahkeme stajından sonra, ayrıca 4 yıllık bir staj süresini daha tamamlamak zorundadırlar.⁵²

Bu süre zarfında adaylar ilk derece mahkemeleri, ilçe mahkemeleri, yüksek mahkemelerde ve ayrıca noter, avukat yanlarında ve savcılık makamlarında da staj yaparlar. Hakim/savcı stajyerleri, avukat stajyerleri gibi, staj için öngörülen sürenin sonunda yazılı ve sözlü sınavlara girerler.⁵³ Yazılı sınav iki ayrı alandan oluşur ki bunlar; “*hukuk*” ve “*ceza*” bölümleri olarak belirlenmiştir. Yazılı ve sözlü sınavları başarıyla veren veren adaylar, sonuçta mesleki yaşamlarına başlama ya hak kazanırlar.⁵⁴

2. 3. Noterlik Stajı

Ülkedeki hukuk fakültesi mezunları için bir başka mesleki seçenek ise klasik mesleklerden sayılan, Noter olarak görev yapabilmeye olanağıdır. Noterlik için mezun aday 35 yaşını henüz doldurmamış olmalıdır. Türkiye’deki Noterlik mesleğine ilişkin düzenlemelerden hayli farklı olarak,⁵⁵ Avusturya’da noter adayı 9 aylık mahkeme ön stajından sonra, öncelikle Noterler Birliğinin açmış olduğu Noter adaylığı listesine yazılmak zorundadır. En az 18 ay ve sonrasında yine en az 1 yıllık süreyi ihtiva eden adaylık/staj dönemleri geçirilmek zorundadır.⁵⁶

İlk 18 aylık adaylık dönemin sonunda, noter adayı ilk aşama sınavını yapabilir. Her halükarda aday bu sınavı, Noter adaylığı listesindeki bekleme süresi olan -maksimum olarak- 5. yılın sonuna ulaşınca ya kadar başarmak zorundadır. İkinci etap olan 1 yıllık adaylık/staj

⁵² Türkiye’de ise staj süresi 2 yıldır. Türkiye’de hâkim-savcı stajlarına ilişkin düzenlemeler için bkz. yukarıda dipnot no 42.

⁵³ “Richteramtsprüfung”. A. g. e., s. 19.

⁵⁴ Savcı olarak görev yapabilmek/atanabilmek için adayın ayrıca en az bir yıl hakim olarak mahkemede veya savcılıkta uygulamaya katılması/görev yapması zorunluluğu vardır. Bkz. “Die Organisation der Rechtsberufe in Österreich, Kurzinformation”, Republik Österreich Bundesministerium für Österreich, JMZ 600.00/25III 1/2002, September 2002, s. 24.

⁵⁵ Türkiye’deki düzenleme için bkz. yukarıda dipnot no 42.

⁵⁶ “Die Organisation der Rechtsberufe in Österreich, Kurzinformation”, Republik Österreich Bundesministerium für Österreich, JMZ 600.00/25III 1/2002, September 2002, s. 34.

süresinin sonunda aday, 2. aşama sınavını yapabilmeye hak kazanır. Adayın ikinci sınavı başarıma koşulu yasal süreye bağlanmıştır. Bu düzenlemeye göre, sınavı adaylar, noter adaylığı listesine kayıt tarihi itibarıyla 10 yıl içinde -maksimum olarak- adaylık süresinin tamamlanmasına kadar başarmak zorundadırlar.⁵⁷

III. İsviçre’de Hukuk Eğitimi

İsviçre bir konfederasyon devlet⁵⁸ olarak, farklı Kantonlardan⁵⁹ oluşan bir yapılanmaya sahiptir. Bu husus federal anayasanın⁶⁰ ilk maddesinde açıkça düzenlemiştir.⁶¹ Ülkenin halen yürürlükte olan federal anayasası 18.04.1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve bu anayasa oldukça yeni olmasına rağmen köken olarak 12.10.1848 tarihli İsviçre federal anayasasına kadar uzanmaktadır.⁶² Ülke rejim olarak bir federal cumhuriyettir; bu rejim, diğer ülkelerdeki klasik cumhuriyet rejimlerinden tamamen farklıdır:⁶³ Zira ülke, “doğrudan demokrasinin”⁶⁴ işletildiği/uygulandığı bir ülke olması sebebiyle dikkat çekicidir. İsviçre uzunca bir süredir siyasi ve askeri açılarından, dünyada da genel kabul görmüş, bir tarafsızlık geleneğine sahiptir. Bu nedenle, ülkede pek çok uluslararası organizasyon bulunmaktadır. Ülke, farklı kantonlardan oluştuğu ve genel olarak kantonlarda da farklı diller konuşan İsviçre vatandaşları yaşadığı için, resmi olarak “çok dil konuşulan” bir ülkedir. Ülkenin 4 resmi dili vardır. Bunlar; “Almanca, Fransızca, İtalyanca ve Romanş”⁶⁵ dillerinden oluşmuştur. Farklı resmi dillerden oluşan bir

⁵⁷ “Die Organisation der Rechtsberufe in Österreich, Kurzinformation”, Republik Österreich Bundesministerium für Österreich, JMZ 600.00/25III 1/2002, September 2002, s. 34-35.

⁵⁸ “amtlich Schweizerische Eidgenossenschaft”. http://de.wikipedia.org/wiki/Schweiz#Politisches_System 12.03.2010

⁵⁹ Ülkede 26 farklı Kanton bulunmaktadır.

⁶⁰ BV, SR 101.

⁶¹ Art. 1, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18 April 1999, <http://www.admin.ch/ch/d/sr/101/a1.html> 12.03.2010.

⁶² http://de.wikipedia.org/wiki/Verfassung_der_Schweiz 12.03.2010.

⁶³ A. g. e.

⁶⁴ “direkten Demokratie”.

⁶⁵ “Deutsch, Französisch, Italienisch und Rätoromanisch.” Art. 4, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18 April 1999. <http://www.admin.ch>

ülke olması sebebiyle İsviçre, doğal olarak farklı eğitim ve öğretim dillerine de sahiptir. Bir başka anlatım ile her bir kantonda konuşulan dil ağırlıklı olarak ne ise o kantonda da eğitim ve öğretim dili aynı olmaktadır. Bu sebeple, tıpkı Belçika sisteminde olduğu gibi,⁶⁶ “*çok dile dayanan*” bir sistem, temel (ilk) öğretim kurumları ile liseler ve üniversitelerde de geçerlidir ve uygulanmaktadır. Yüksek öğretimle ilgili düzenlemeleri her bir kanton ayrı ayrı yapma hakkına sahip olmakla beraber, genel olarak, kantonlar arasında “*yüksek öğretim*” açısından büyük benzerlikler bulunmaktadır. Ülkede “*yüksek öğretim*” için temel koşul, bir “*konfederasyonel bir lise diplomasına*”⁶⁷ sahip olmaktır. Bu diploma ise üniversite eğitimi için bir yeterlilik belgesi niteliğindedir ve bu diploma da, tıpkı -Avusturya veya Almanya örneklerinde olduğu gibi, “*Matura / Abitur*” sınavları ile alınan belgenin benzeri şeklinde alınmaktadır ve eşdeğer fonksiyona sahiptir.⁶⁸ “*Konfederasyonel Matura Diploması*” almak, ülkede bir “*yüksek öğretim kurumunda*”, örneğin hukuk fakültelerinde, eğitim görme hakkı için gerekli ve yeterlidir. Başkaca bir giriş sınavı veya kayıt koşulu bulunmamaktadır.⁶⁹

ch/ch/d/sr/101/a1.html 12.03.2010.

⁶⁶ Belçika’da “Hukuk Eğitimi” iki dilli olarak yapılmaktadır. Ülkenin Flaman bölgesinde yer alan eyaletler ile Başkent Brüksel’de, (özerk yapısı vardır ve iki resmi dil -Flamanca (Flemenkçe) ve Fransızca- geçerli kabul edilir), bulunan Flaman üniversitelerinde eğitim dili Flamanca(Flemenkçe)/Hollandacdır. Buna karşılık ülkenin Walonya bölgesinde ve Başkent Brüksel’de, (özerk yapısı vardır ve iki resmi dil -Flamanca (Flemenkçe) ve Fransızca- geçerli kabul edilir), Fransızca eğitim ve öğretim yapılmaktadır. Bkz. K. Bozkurt / Ü. Oral, *Belçika’da Hukuk Eğitimi*, M. Ö. Sağır, “Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hukuk Eğitimi (Araştırma Raporu)”, Ankara 2010, s. 27-32.

⁶⁷ “eidgenössische Maturitätäten”. “Matura” diploması ve diğer diplomaların (meslek lisesi veya diğer okulların verdiği diplomaları) denkliği ve üniversitelerin diploma denkliğine ilişkin aradıkları koşullar için bkz. ayrıntılı liste: <http://www.crus.ch/information-programme/anerkennung-swiss-enic/zulassung/zulassung-in-der-schweiz/schweizerische-ausweise.html> 14.03.2010.

⁶⁸ Bkz. yukarıda dipnot no 22.

<http://www.europaeische-juristenausbildung.de/Laender/oesterreichframe.htm>, 07.03.2010. Bkz. genel olarak Avrupa’da Hukuk Eğitimi için; P. Häberler, “Juristische Ausbildungszeitschriften in Europa”, ZEuP 2000, 263. Bkz ayrıca H. Schneider, Hildegard, “Die Ausbildung zum Juristen: eine rechtsvergleichende Übersicht”, in: ZEuP 1999, S. 163 ff.

⁶⁹ İstisnai olarak “tıp fakültelerinde” eğitim için bir giriş sınavının verilmesi gereklidir. Diğer dallar/alanlar için ise herhangi bir sınav bulunmamaktadır.

Ülke farklı kantonlara ayrılmış olmasına ve her bir kantonal bölgenin kendi özerk yapısının bulunmasına rağmen, ülkede verilen hukuk eğitimi birleşik bir eğitimidir ve kantonal bölgeden kantonal bölgeye farklılıklar içermekle beraber, genel olarak hukuk fakültelerinde, gerek bazı hâkimlerin seçilip atanmasında⁷⁰ gerek avukat gerekse özellikle bazı kantonlarda noter olabilmek için,⁷¹ birleşik; bir başka anlatım ile tek bir hukuk eğitimi verilmektedir. Buna rağmen, var olan farklılıkların bir kısmı hukuk fakültelerindeki eğitimin tamamlanmasından sonra, özellikle mesleki branşlaşmanın başladığı staj dönemlerinde (avukatlık, hâkimlik, noterlik stajlarında) ortaya çıkmaktadır.

Bir diğer farklılık ise hukuk eğitimine başlarken ortaya çıkmaktadır. Bu farklılığı yaratan neden ise –ülkenin çok sayıda resmi dilinin olması sebebiyle– genelde üniversitelerde ve özelden de hukuk fakültelerinde eğitim ve öğretimde iki farklı dil, “*Almanca ve Fransızca*”, kullanılıyor olmasıdır.

Dil farklılığı sonuç itibarıyla; verilen hukuk eğitiminde tümüyle farklı bir eğitimi veya kurumlaşmayı ortaya çıkarmamaktadır. Yalnız her bir üniversitenin diğerinden, doğal olarak hukuk fakültelerinin de birbirlerinden, farklı olarak yarıyıl veya yılsonu sınav, seminer, dönem sonu ödevleri, geçme/not verme sistemleri olabilmektedir. Bu farklılık, biraz da üniversitenin bulunduğu kantona bağlıdır. Buna rağmen, mevcut bu durum, ülkedeki birleşik bir hukuk eğitimi gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır.

Bologna sistemi,⁷² tüm Avrupa’da olduğu gibi, İsviçre’de de üniversite eğitim sistemini etkileyip, bazı değişikliklere yol açmıştır. Te-

⁷⁰ Bkz. İleride, Hâkimlerin Seçilmesi ve Atanması.

⁷¹ Bkz. İleride, Noterlik Görevi.

⁷² İtalya/Bologna’da, 1999 yılında 29 Avrupa ülkesinin Eğitim Bakanlarının katılımıyla oluşturulan toplantı sonucu alınan kararlar Bologna Sistemi olarak anılmaktadır. Bu sistem ile tüm Avrupa’da geçerli olacak bir “Avrupa Yüksek Öğretim Alanı” oluşturulması hedeflenmiştir. Bu hedef aynı zamanda Avrupa Birliği’nin bir “Bilgi Toplumu” ve “Bilgi Ekonomisi” oluşturma hedef ve amaçlarının da bir unsuru olmaktadır. Bu anlamıyla Bologna Sistemi ve sürecini, Avrupa Birliği’nin Lizbon Stratejisi ile birlikte değerlendirmekte fayda vardır.” Bkz. K. Bozkurt / Ü. Oral, “Avrupa Birliği ve Lizbon Stratejisi”, *Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi*, S. 11, 2007, s. 271-296. Bologna sistemi ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. H. Hirte / S. Mock, “Die Juristenausbildung in Europa vor dem Hintergrund des Bologna-Prozesses”, in: JuS Beilage 12/05 s.3 ff.

mel değişim hukuk eğitiminde “*Bachelor*” ve “*Master*” sistemlerinin getirilmiş olmasıdır.⁷³ Hukuk fakültelerindeki “*Bachelor*” eğitimi 6 sömester, “*Master*” eğitimi ise devam eden sonraki 3 sömesteri ifade etmektedir.⁷⁴ Bu nedenle, toplam eğitim süresi için minimum 4,5 yıl veya daha fazlası bir süre gerekmektedir. “*Bachelor*” eğitiminde, seçimsiz dersler çok kısıtlıdır, buna karşılık “*Bachelor*” eğitiminin devamı olan “*Master*” süresince öğrenciler çok daha fazla seçimsiz alanlara ve derslere yönelebilmeye ve tercih edebilmeye haklarına sahip olabilmektedirler.⁷⁵

Hukuk eğitiminden sonra mezunlar, mesleki branşlaşmaya ve bu nedenle mesleki eğitimlere,⁷⁶ stajlara devam etmektedirler. Mezunlar genel olarak avukatlık, hâkimlik veya noterlik gibi klasik meslekleri tercih etmektedirler; ancak, çok dil konuşabilmenin avantajı ile ülkedeki çeşitli uluslararası kurum ve kuruluşlarda da hukukçu olarak çalışabilmeyi tercih edebilmektedirler.

1. Hukuk Fakülteleri

İsviçre’de bulunan hukuk fakülteleri, bağlı oldukları üniversiteler ile buldukları şehirler aşağıdaki gibidir:⁷⁷

- Basel Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Universität Basel, Juristische Fakultät Basel).⁷⁸
- Bern Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Universität Bern, Juristische Fakultät Bern).⁷⁹

⁷³ <http://www.europaeische-juristenausbildung.de/Laender/schweizframe.htm> 13.03.2010.

⁷⁴ A. g. e.

⁷⁵ A. g. e.

⁷⁶ Bkz ayrıntılı araştırma için, P. Gauch, “Über die Ausbildung der Juristen, Richter und Verfahrensrecht,” Bern 1991, s. 123 ff .

⁷⁷ http://de.wikiversity.org/wiki/Liste_der_juristischen_Fakult%C3%A4ten_in_der_Schweiz 14.03.2010.

⁷⁸ <http://www.ius.unibas.ch/> 14.03.2010.

⁷⁹ <http://www.rechtswissenschaft.unibe.ch/toplevel/index.php> 14.03.2010.

- Fribourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Université de Fribourg, Faculté de droit /Universität Freiburg, Rechtswissenschaftliche Fakultät Fribourg).⁸⁰
- Cenevre Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Faculté de droit Université de Genève).⁸¹
- Lozan Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Kriminal Bilimler (Faculté de droit et des sciences criminelles Université de Lausanne).⁸²
- Luzern Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Universität Luzern, Rechtswissenschaftliche Fakultät Luzern).⁸³
- Neuchâtel Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Université Neuchâtel, Faculté de droit Neuchâtel).⁸⁴
- St. Gallen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Universität St. Gallen, Rechtswissenschaftliche Abteilung St. Gallen).⁸⁵
- Zürih Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Universität Zürih, Rechtswissenschaftliche Fakultät Zürih).⁸⁶
- Zürih Uygulamalı Bilimler Yüksek Okulu, Ekonomi Hukuku Enstitüsü (Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften, Institut und Studiengang Wirtschaftsrecht Zürih).⁸⁷

⁸⁰ <http://www.unifr.ch/droit/de/> 14.03.2010.

⁸¹ <http://www.unige.ch/droit/index.html> 14.03.2010.

⁸² <http://www.unil.ch/droit/> 14.03.2010.

⁸³ http://www.unilu.ch/deu/rechtswissenschaftliche_fakultaet_3006.aspx 14.03.2010.

⁸⁴ <http://www2.unine.ch/droit/> 14.03.2010.

⁸⁵ <http://www.rwa.unisg.ch/org/rwa/web.nsf/wwwPubhomepage/webhomepageger?opendocument> 14.03.2010.

⁸⁶ <http://www.ius.uzh.ch/index.html> 14.03.2010.

⁸⁷ Sadece enstitü olarak bir branş, -ekonomi hukuku "Wirtschaftsrecht" alanında, eğitim vermektedir. http://www.som.zhaw.ch/de/management/iwr/das_institut.html 14.03.2010.

2. Meslek Seçimleri ve Stajları

Hukuk fakültesi bitirildikten sonra mezunlar, mesleki branşlaşmayı kendileri seçmektedirler. İsteyen aday avukatlık, hâkimlik/savcılık veya noterlik stajlarından birini tercih edebilmektedir. Bu klasik mesleklerin dışında mezunlar, diplomasıyı, uluslararası organizasyonları veya bürokrasiyi de tercih edebilmektedirler. Ayrıca, önemsenmeyecek sayıda mezun da ülkenin konumundan dolayı finans- Bankacılık sektörünü tercih edebilmektedir.

2. 1. Avukatlık Stajı ve Ruhsatının Alınması

Avukatlık ile ilgili düzenlemeleri yapma yetki ve görevleri, kantonların kendilerine (kendi iç işlerine) bırakılmıştır. Bu nedenle, her bir kanton, kendi kantonal sınırları içinde avukatlık mesleği ile ilgili düzenlemeyi, belirleme/yapma yetkisine sahiptir. Bu nedenle avukatlık mesleği için kantonlar arasında farklı usul ve kriterler/ esaslar kullanılabilir. Kantonların bu yetkileri nedeniyle de, kantonlar arasında “avukatlık” tanımlaması için farklı kavramlar kullanılabilir.⁸⁸

Hukuk eğitimini tamamlayan ve avukat olmak isteyen her bir mezun öncelikle mesleki bir eğitim/staj sürecinden geçmek zorundadır. Bu süre, örneğin Bern Kantonu’nda 18 aydır;⁸⁹ bu sürenin en az 9 aylık kısmı bir avukat yanında, en az 3 aylık kısmı ise mahkemede geçirilmek zorundadır. Bu stajın sonunda ise, çeşitli alanlarda (ceza, hukuk, usul hukuku, idare, vergi hukukları ve benzeri alanlarda) yazılı ve akabinde sözlü sınavlara girilir.⁹⁰ Tüm bunların sonucunda başarılı

⁸⁸ Sözelimi Zürih kantonunda “Rechtsanwalt”, Basel’de “Advokat”, Bern’de “Fürsprecher” kavramları avukatlık mesleğini tanımlamak için kullanılmaktadır. <http://www.europaeischejuristenausbildung.de/Laender/schweizframe.htm> 15.03.2010.

⁸⁹ Kantonlar arasında bu konuyla ilgili farklı yasal düzenlemelere, usullere ve esaslara oldukça fazla rastlanılmaktadır.

⁹⁰ <http://www.europaeische-juristenausbildung.de/Laender/schweizframe.htm> 15.03.2010.

Türkiye’de ise avukatlık stajı sonunda yapılması gereken sınav; 15.10.2009 tarihinde, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı bulunarak “iptal edilmiş”, böylelikle; herhangi bir sınav olmaksızın, adaylar doğrudan avukatlık ruhsatını almaya başlamışlardır. Ezcümle, eski sisteme tekrar geri dönmüştür. Bu durum avukatlık mesleğinde “mesleki seviyenin ve bilgi birikiminin” düşük olması

olunmuş ise, avukat stajyeri sonuçta avukatlık ruhsatını almaya hak kazanır.

2. 2. Hâkimlik-Savcılık Stajı

Hâkimlik-savcılık mesleği, atanma-seçilme kriterleri İsviçre’de tümüyle farklı esas ve usullere tabidir ve bu noktada Türkiye’deki sistemden bütünüyle farklıdır.⁹¹ Ülkedeki kantonal sistemden dolayı, tek “merkezli”, seçilme ve atanma kriterleri-usulleri bulunmamaktadır. Bu usuller ile ilgili olarak, kantonlar arasında da farklılıklar çok görülmektedir. Hâkimlik için üç farklı derecelendirme vardır: **1)** Kantonal bölgelerdeki ilk derece mahkeme hâkimleri, **2)** Kantonal bölgelerdeki yüksek hakimler (kantonal temyiz mahkemeleri hakimleri) ve son olarakta, **3)** Federal konularla ilgili olmak üzere Lozan’daki Federal Yüksek Mahkeme hâkimleri.

İlk derecelendirmeye giren hâkimler, birçok küçük kantonda halk oylaması ile seçilirler ve adayların mutlaka hukuk fakültelerinden birini bitirmiş olma zorunluluğu, başka bir ifade ile mutlaka hukukçu olma zorunluluğu, bulunmamaktadır. Buna karşın, belirli büyük kantonlarda ise bu seçim/atanma genellikle hukukçular arasından olmaktadır. İkinci derecelendirmedeki hâkimler ise bazı kantonlarda Kanton Meclisi (Parlementosu) tarafından, geri kalanlarında ise yine halkoylaması ile seçilip atanırlar. Bunun için kantonlar, hâkimlerin seçilip atanabilmesi için belirli kriterleri (kantonda konuşulan dilleri bilme, kantonda ikamet etme, hukuki ehliyeti olma, hakkında herhangi bir

riskini artıran bir faktör olarak dikkat çekmektedir. Zira ülkede (Türkiye’de) çok sayıda (devlet ve vakıf üniversitelerinde) hukuk fakültesi bulunmaktadır. Doğal olarak, bütün hukuk fakültelerinde verilen “hukuk eğitimi” aynı seviyede olmadı gibi, mevcut hukuk fakültelerinin sayısına oranla yeterli öğretim elemanının bulunmaması, mezun hukukçular arasında derin bir uçurum ve seviye farkı da göze çarpmaktadır. Yasa koyucunun bu noktada yeni düzenlemeler yapması, mesleki seviyenin yükseltilmesi ile ortak bir standardın yaratılmasına yönelik, doğrudan ve dolaylı olarak katkıda bulunması gerekli ve önemlidir.

⁹¹ Türkiye’de adli yargıda hâkim ve savcı olarak görev yapabilmek için, mutlaka bir hukuk fakültesinden mezun olmak koşulu öncelikli olarak aranmaktadır. Bunun yanı sıra adayların staj usulleri de, İsviçre ve Avusturya’ya nazaran, çok daha farklıdır.

tedbir, kısıtlama veya ceza –mahkumiyet kararı- verilmemiş, mümeyiz olma gibi) aramaktadırlar.

Ülkede bulunan çok sayıda Kanton'dan sadece dördü, seçilen ve atanan hâkimlerin mutlaka bir hukuk eğitimi almış olmasını, başka bir ifade ile hâkimlerin mutlaka hukukçu olması zorunluluğunu aramaktadır. Üçüncü ve son derecelendirmede yer alan hâkimler ise Federal Meclis tarafından seçilir ve atanırlar. Bu hâkimler için de hukukçu olma zorunluluğu bulunmamakla beraber, –uygulamada çok büyük oranda– bu hâkimler, hukukçular arasından seçilip atanırlar.⁹²

2. 3. Noterlik Stajı

Ülkede noter olmakta hayli karışık usul ve esaslara tabiidir. Noter olarak görev yapabilme, kantondan kantona oldukça farklılık göstermektedir. Hatta bazı kantonlarda gerçek/klasik anlamıyla bir noterlik kurumu dahi bulunmamakta, bu görevi bazı kantonlarda, Türkiye'deki sistemden hayli farklı olarak,⁹³ avukatlar icra etmektedirler. Bu nedenle, pek çok kantonda, Türkiye'deki gibi yaygın şekilde, Noterlik büroları bulmak mümkün değildir. Bu görevleri çoğunlukla Avukatlar yasal olarak yapmaya görevli ve yetkilidirler.

İsviçre'de klasik anlamıyla noterlik mesleği için yalnızca Bern Kantonu'nda oldukça esaslı düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelere göre; adayların en az 18 ay süre ile bir noter yanında, ilave olarak 3 ay süre ile de bir tapu müdürlüğünde staj yapmaları yasal bir gereklilik olarak kanton yasalarınca belirlenmiştir. Bu sürelerin sonunda noter adayları, "kanton"un belirlemiş olduğu yazılı ve sözlü sınavları başarı ile vermeleri koşulu ile, bu Kanton'da noter olarak çalışma hakkına sahip olmaktadır.⁹⁴

⁹² <http://www.europaeische-juristenausbildung.de/Laender/schweizframe.htm> 15.03.2010.

⁹³ Türkiye'de avukatların doğrudan Noterlik yapma hak ve yetkileri bulunmamaktadır. Noterlik yapabilmek için 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun aramış olduğu koşulların yerine getirilmesi gereklidir. Bkz. yukarıda dipnot no 42.

⁹⁴ <http://www.europaeische-juristenausbildung.de/Laender/schweizframe.htm> 15.03.2010.

IV.SONUÇ

Avusturya ve İsviçre hukukları, Kıta Avrupası hukukunun önemli birer uzantısı konumundadır. Açıktır ki Kıta Avrupası hukuk sistemi, Avrupa ülkelerinin hukuklarını doğrudan etkileyip şekillendirmiştir. Türkiye’de kendi hukukunu Batı’dan almış olduğu yasalarla oluşturduğu için doğrudan Kıta Avrupası hukuk sistemi içinde yer almakta; bundan dolayı da Avrupa ülkelerinin hukuklarına genel olarak yakın bir konumda bulunmaktadır. Kuşkusuz Türkiye’nin AB’ne olan yolculuğu ve AB Müktesebatının kabulü ve “Uyum Yasaları” ile bu yaklaşma daha da artmıştır. AB üyeleri, kendi hukuk sistemlerine uygun ulusal “Hukuk Eğitim Programlarına” sahiptirler. Bu durum ise AB içinde, birbirinden farklı “Hukuk Eğitim Sistemlerinin” var olmasına ve netice itibariyle de AB içinde sorunlu ve sancılı –ortak standardı olmayan– bir eğitim politikasının oluşmasına neden olmakta, bu da AB’nin politikaları ve hedefleriyle bağdaşmayan bir sonuca dönüşmektedir. Bu nedenle, AB, Bologna Süreci ile AB ülkeleri içinde bir “Ortak Eğitim ve Öğretim Standardını” oluşturmayı hedeflenmiştir. Bu hedef aynı zamanda AB’nin küresel bir güç olma rotasını belirleyen “Lizbon Stratejisi”nin de ayrıntılarından biridir. Bu hedefi elde etme yolunda Bologna süreci, kuşkusuz AB ülkeleri içinde, genel olarak “eğitim ve öğretimi”, özel olarak da “hukuk eğitimini” etkileyip şekillendirmeye başlamıştır.

Avusturya kendi özel eğitim sistemine sahip olmakla beraber, aynı zamanda AB üyesi bir ülke olması nedeniyle de AB hukuku ile Sisteminin etkisi altında kalmaktadır. Buna karşılık İsviçre AB üyesi bir ülke olmaması nedeniyle, AB hukuku ile Sisteminin etkisi altında değildir ve kendi siyasal ve hukuki sistemini korumaktadır.

Her iki ülkede de “hukuk eğitimi” popüler ve cazip bir alan yaratmakta ve mezunlarına farklı iş kollarında farklı seçenekler sunmakla beraber, yakın gelecekte, hukuk fakültelerinde okuyan öğrenci sayısının ihtiyaç sayısından hayli fazla olması (arz-talep dengesi) nedeniyle, genel bir krizin yaşanması, mezunların kolaylıkla iş bulamaması gibi bazı hızlı ve somut etkileri yaşama ihtimalleri, öğrenci sayısının artmasına paralel daha doğrusu doğru orantılı olarak, artmaktadır. Aslında bu tehlike sadece Avusturya ve İsviçre için geçerli değildir, diğer bazı

AB üyesi ülkeler içinde (başta Almanya, Belçika, Fransa olmak üzere diğer bazı üye ülkelerde de) geçerliliğini korumaktadır.

Her iki ülkedeki bazı yasaların Türkiye'deki yasaların (medeni, borçlar ve ticaret yasaları gibi) esin kaynağı olmaları nedeniyle, bu ülkelerin hukuk anlayışları ve yasaları, uygulamadaki durum, içtihatlar, etkileri vs. gibi hususlar da Türkiye'deki mevcut sistemin gelişimi için aydınlatıcı olabilecektir. Doğal olarak, bu ülkelerdeki "Hukuk Eğitim Sistemi" de Türkiye'deki "hukuk eğitimi" için incelenmeye değer niteliktedir ve bu ise mevcut eğitim sistemlerini kıyaslama ve değerlendirilme, gelişmeleri takip edebilme, olanağı yaratmaktadır. Ayrıca; her iki ülkede, mevcut meslek seçimleri ve stajları, Türkiye'deki sistemden hayli farklı olmakla, örnek bir model olarak, dikkate alınması ve incelenmesi, ülkemizdeki sistem açısından yararlı sonuçlar ortaya çıkarabilecektir.

KAYNAKLAR

- B. - C. Funk, "Rechtspositivismus und Wirklichkeit des Rechts", in: Juridikum, Zeitschrift im Rechtsstaat, nr.1, Verlag Österreich, 2003 Wien.
- BV, SR 101., Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18 April 1999.
- C. Lanner, "Verfassungsrecht, Kodex des Österreichischen Rechts", 15. Auflage, Orac, 1999 Wien.
- F. Kerschner, "Wissenschaftliche Arbeitstechnik und -methodik für Juristen", WUV Universitätsverlag-Studienbücher Jus Band 9, Wien 1997.
- F. Kojan, "Einführung in das Öffentliche Recht, Orac, 1998 Wien.
- H. Hirte / S. Mock, "Die Juristenausbildung in Europa vor dem Hintergrund des Bologna-Prozesses", in: *JuS Beilage* 12/05.
- H. Schneider, Hildegard, "Die Ausbildung zum Juristen: eine rechtsvergleichende Übersicht", in: *ZEuP* 1999.
- K. Bozkurt, "Die Beziehungen der Türkei zur EU, rechtliche Prozesse und rechtliche Einflüsse", Dissertation, Universität Wien, Wien 2004.

- K. Bozkurt, Avrupa Topluluğunun-Birliğinin Oluşum ve Gelişim Sürecinde Hukuk Eksenini, *Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi*, 3. Sayı (Temmuz-Eylül), İstanbul 2004.
- K. Bozkurt / Ü. Oral, "Avrupa Birliği ve Lizbon Stratejisi", *Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi*, İstanbul 2007, S. 11.
- K. Bozkurt / Ü. Oral, "Belçika'da Hukuk Eğitimi", M. Ö. Sağır, "Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye'de Hukuk Eğitimi (Araştırma Raporu)", Ankara 2010.
- O. Hançerlioğlu, *Düşünce Tarihi*, Remzi Kitapevi, 1974 İstanbul.
- P. Bosek / P. Pani, "Öffentliches Recht, Grundzüge des Verfassungsrechts", Orac, Wien 1996.
- P. Gauch, "Über die Ausbildung der Juristen, Richter und Verfahrensrecht," Bern 1991.
- P. Häberler, "Juristische Ausbildungszeitschriften in Europa", ZEuP 2000.
- P. Leers / K. Bozkurt / J. Roelens, "Intellectual Property Rights Contract Management", in: "Guide Intellectual Property Rights in the EU", Antwerp 2009.
- Rechtspraktikantengesetz, - BGBl. I Nr. 136/2002 RPG vom 15.12.1987.
- Republik Österreich Bundesministerium für Österreich, "Die Organisation der Rechtsberufe in Österreich, Kurzinformation", JMZ 600.00/25III 1/2002, Wien September 2002.

Diğer İlgili Kaynaklar

- 1136 sayılı Avukatlık Yasası.
- 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Yasası.
- 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yasası.
- 1512 sayılı Noterlik Yasası.
- 5558 sayılı Avukatlık Yasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Yasa.
- Adli Yargı Hâkim ve Savcı Adayları ile İdari Yargı Hâkim Adaylarının Meslek Öncesi Eğitimlerinin Yapıtırılmasının Esas ve Usullerine İlişkin Yönetmelik (Resmi Gazete Tarihi: 01.06.2004, RG sayısı: 25479).
- 15.10.2009 tarihili 2007/16 E., 2009/149 K., sayılı Anayasa Mahkemesi'nin "İptal Kararı".

İnternet Kaynakları

http://www.bmj.gv.at/_cms_upload/_docs/rechtsberufe_09_2002.pdf, 08.03.2010.

<http://www.europaeische-juristenausbildung.de/Laender/oesterreichframe.htm>, 07.03.2010.

http://juridicum.univie.ac.at/index.php?eID=tx_nawsecuredl&u=0&file=fileadmin/PDFs/studienplan_2006.pdf&t=1236688824&hash=1fdaa96a8eb1e4c2dd57ec630054026d, 08.03.2010.

<http://www.univie.ac.at/services/universitaeten-in-oesterreich/>, 07.03.2010.

http://www.uni-salzburg.at/portal/page?_pageid=199,135202&dad=portal&_schema=PORTAL, 07.03.2010.

<http://www.donau-uni.ac.at/de/studium/rechtverwaltunginternational/index.php>, 07.03.2010.

<http://www.europaeische-juristenausbildung.de/Laender/oesterreichframe.htm>, 07.03.2010.

<http://www.crus.ch/information-programme/anerkennung-swissenic/zulassung/zulassung-in-der-schweiz/schweizerische-ausweise.html> 14.03.2010.

http://www.unilu.ch/deu/rechtswissenschaftliche_fakultaet_3006.aspx 14.03.2010.

<http://www.rwa.unisg.ch/org/rwa/web.nsf/wwwPubhomepage/webhomepage?opendocument> 14.03.2010.

<http://www.europaeische-juristenausbildung.de/Laender/schweizframe.htm> 13/15.03.2010.

<http://www.europaeische-juristenausbildung.de/Laender/oesterreichframe.htm>, 07.03.2010

http://de.wikiversity.org/wiki/Liste_der_juristischen_Fakult%C3%A4ten_in_der_Schweiz 14.03.2010.

<http://aeiou.iicm.tugraz.at/aeiou.encycloper/r278546.htm>, 07.03.2010.

<http://aeiou.iicm.tugraz.at/aeiou.encycloper/k283648.htm>, 07.03.2010.

<http://aeiou.iicm.tugraz.at/aeiou.encycloper/r278546.htm>, 07.03.2010.

- <http://www.rechtswissenschaft.unibe.ch/toplevel/index.php>
14.03.2010.
- <http://de.wikipedia.org/wiki/Bologna-Prozess> 28.02.2010.
- <http://www.juridicum.at/index.php?id=40>, 02.03.2010
- <http://www.juridicum.at/>, 07.03.2010.
- <http://www.jku.at/content/e213/e87/>, 07.03.2010.
- <http://de.wikipedia.org/wiki/Rechtspositivismus>, 07.03.2010.
- <http://www.kfunigraz.ac.at/redwww/>, 07.03.2010, 08.03.2010.
- <http://www.uni-graz.at/zv1www/mi070718c.pdf>, 08.03.2010.
- <http://www.admin.ch/ch/d/sr/101/a1.html> 12.03.2010
- http://de.wikipedia.org/wiki/Schweiz#Politisches_System 12.03.09
- http://de.wikipedia.org/wiki/Verfassung_der_Schweiz 12.03.2010
- <http://www.ius.unibas.ch/> 14.03.2010.
- <http://www.unifr.ch/droit/de/> 14.03.2010.
- <http://www.unige.ch/droit/index.html> 14.03.2010.
- <http://www.unil.ch/droit/> 14.03.2010.
- <http://www2.unine.ch/droit/> 14.03.2010.
- <http://www.ius.uzh.ch/index.html> 14.03.2010.
- [http://de.wikipedia.org/wiki/Bundesland_\(%C3%96sterreich\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Bundesland_(%C3%96sterreich)),
01.03.2010.
- <http://www.uibk.ac.at/fakultaeten/rechtswissenschaftliche/>,
07.03.2010.
- <http://www.som.zhaw.ch/de/management/iwr/das-institut.html>
14.03.2010.

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN BASİT ŞEKLİ (TCK m. 103/1)

THE BASIC FORM OF CRIME OF CHILD SEXUAL ABUSE
(TPC article 103/1)

Denizhan HOROZGİL*

Özet: Çalışmanın konusunu Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinde düzenlenmiş olan çocuğun cinsel istismarı suçu oluşturmaktadır. Bu çerçevede bazı temel kavramlar, suçun hukuki ve maddi konusu, fail ve mağduru, unsurları, ortaya çıkış biçimleri, suç için öngörülen müeyyide ve usul konuları ele alınmıştır. Ayrıca Yargıtay içtihatları göz önünde bulundurularak, tartışmalı noktalara açıklık getirmeye çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler: İstismar, çocuğun cinsel istismarı, cinsel saldırı, cinsel davranış.

Abstract: The crime of child sexual abuse prescribed in the 103th article of the Turkish Criminal Code composes of the subject of this study. Within this scope it is analyzed of some essential concepts, the issues, the perpetrators and victims, the structural elements, the emergence forms, the sanctions and procedural issues of crime. Furthermore the controversial issues is tried to explain with a view to the jurisdiction of the Turkish Court of Cassation.

Keywords: Exploitation, child sexual abuse, sexual assault, sexual behavior.

GİRİŞ

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) ikinci kitabın (Özel Hükümler) "*Kişilere Karşı Suçlar*" kısmında cinsel saldırı (m. 102), ço-

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Öğrencisi ve Adli Yargı hâkim adayı.

cukların cinsel istismarı (m. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki (m. 104) ve cinsel taciz (m. 105) suçlarını içeren “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*” adı altında ayrı bir bölüm düzenlenmiştir. Bu bölümde düzenlenen suçlar bakımından 5237 sayılı TCK, 756 sayılı (mülga) TCK’dan (m. 414, 415, 416, 417, 418, 421) gerek suçların kanun sistematigi içindeki yeri gerek suçun unsurları ve gerekse müeyyideleri bakımından oldukça farklıdır. Bu suçlar mülga ceza kanununda “*Adabi Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler*” babında düzenleniyordu. Yine çocuklara karşı gerçekleştirilen fiiller bağımsız bir başlık altında düzenlenmiyor; mağduru değil, fiili esas alan bir suç tasnifi öngörülüyordu. Aynı zamanda müeyyideler de farklılık arz ediyordu.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda özellikle çocukların korunması büyük önem taşır.¹ Çocuğa karşı gerçekleştirilen her türlü istismarda olduğu gibi cinsel yönden istismarda da verilecek ceza miktarlarının artırılması dışında gerçekçi birtakım önlemler alınmalıdır. Bu nedenle ceza hukukunun olanaklarının yanı sıra psikoloji, sosyoloji, felsefe gibi disiplinlerden destek alınmalı, bu multi-disipliner çalışmanın veri, uyarı ve önerileri, devletin politika aracında yerini bulabilmelidir.

Bu çalışmada, öğreti ve yargı içtihatları ekseninde, çocukların istismar şekillerinden birisini oluşturan ve ceza kanununda yaptırıma bağlanmış olan çocukların cinsel istismarı suçunun basit şekli (TCK m. 103/1) bakımından kullanılan bazı temel kavramların anlamı, suçun hukuki ve maddi konusu, faili ve mağduru, maddi ve manevi unsuru incelenmeye çalışılmış, suçun ortaya çıkış biçimleri, müeyyide ve usul konularına değinilerek çalışma sonlandırılmıştır.

¹ Türkiye’nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (BMÇHS)’nin 34. maddesi bu hususta taraf devletlere önemli yükümlülükler yüklemektedir. Madde uyarınca, “*Taraf Devletler, çocuğu, her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suiistimale karşı koruma güvencesi verirler. Bu amaçla Taraf Devletler özellikle:*

a) *Çocuğun yasadışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılması veya zorlanmasını;*

b) *Çocukların, fuhuş, ya da diğer yasadışı cinsel faaliyette bulundurulması sömürülmesini;*

c) *Çocukların pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini, önlemek amacıyla ulusal düzeyde ve ikili ile çok taraflı ilişkilerde gerekli her türlü önlemi alırlar.*”

I. KAVRAM

İnceleme konumuz olan çocukların cinsel istismarı suçunun basit şekli, mülga TCK'da düzenlenmiş olan ırza tasaddi² (m. 415 ve m. 416/2) ve (elle) sarkıntılık³ (m. 421) suçlarına karşılık gelmektedir. "Irz" kavramı, doğrudan cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığı karşılamamaktadır. Kadın hakları bakışı açısından ise, kadına ait bir değer olmadığı, erkeğin kadına atfettiği ya da erkeğin kadına sahip olmak bakımından kendinde gördüğü bir değer olarak kabul edildiği için eleştirilmektedir.⁴ Bu açıdan "cinsel istismar" deyiminin kullanılmasının uluslararası terminolojinin kullanılması bakımından olumlu bir yenilik olduğunu düşünenler olduğu gibi;⁵ bu terminolojinin kullanılmasını, bir suçun adının kural olarak mağdura göre değişmeyeceği, bu suçlar bakımından suçun hukuki konusunun aynı olduğu, ancak gerçekleştirilme biçimi olarak mağdurun daha fazla istismar edilmesi

² *Irza tasaddi*, gerek öğretide gerekse Yargıtay içtihatlarında, "bir kimsenin cismi üzerinde cinsi ilişkiye varmayacak surette yapılan şehvi nitelikte hareketler" olarak tanımlanmıştır (Sulhi Dönmezer, *Ceza Hukuku Özel Kısım: Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983, s. 100; Sedat Bakıcı, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Adalet Yay., Ankara 1994, s. 87; Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yay., İstanbul 1985, s. 270, 271. Yine bkz. Ceza Genel Kurulu'nun (CGK) 04.06.1990 tarih ve 5/101-156 sayılı Kararı.

³ *Sarkıntılık* ise, öğretide "bir şahsa karşı, onun rızası hilafına olarak şehvet maksadıyla söz, fiil ve hareketleri edep ve iffete tecavüz teşkil edecek surette ve fakat ırza tecavüz ve tasaddi cürümlerine veya bunların teşebbüsüne varmayacak şekilde yönelen tecavüzler" (Dönmezer, *Özel Kısım*, s.190); CGK kararlarında "belirli bir kimseye karşı işlenen ve o kişinin edep ve iffetine dokunan ani hareketler yönünden kesiklik gösteren edepsizce hareketler" biçiminde tanımlanmıştır (Bkz. CGK'nin, 26.12.1988 tarih ve 287-557 sayılı Kararı). Sarkıntılık suçu, söz atma ile ırza tasaddi suçları arasında yer almaktadır. Söz atma suçundan ileri ancak tasaddi suçu kadar vahim olmayan eylemler bu suçu oluşturmaktadır; örneğin, mağduru izleyip önünü keserek omuz vurmak, telefonla kısa aralıklarla rahatsız etmek, pencere camını tıkrırtıp gel seni öpeyim demek, mağdurenin kilotonu indirip ellemeden cinsel organını seyretmek vb. davranışlar sarkıntılık suçunu oluşturur (Bakıcı, s. 233).

⁴ Öykü Didem Aydın, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_175.htm, s. 10, Erişim Tarihi (E. T.): 01.10.2010; Abbas Kılıç, "Cinsel Hâkimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu", *Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi*, S. 78, s. 180.

⁵ Handan Yokuş Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Nisan 2005, Yıl: 2, S. 5, s. 281; Selami Mahmutoğlu, "TBMM Adalet Komisyonu'ndan Kabul Edilen TCK Tasarısı Hakkında Rapor", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar*, TBB, Ankara 2004, s. 372, 373.

veya istismar edilmeye müsait olmasından bahsedilebileceği gerekçeleriyle eleştirenler de olmuştur.⁶

“İstismar”, sömürme, kötüye kullanma, yararlanma, işletme anlamına gelmektedir.⁷ Çocuk istismarı ise, en geniş anlamıyla, “belli bir zaman dilimi içerisinde bir yetişkin tarafından çocuğa, o kültürde kabul edilme-yen bir davranış uygulanmasıdır”.⁸ Bu tanımda her ne kadar kültüre atfı yapılmış olsa da, ceza hukuku bakımından kanunda açıkça yer verilen haller dışında kültür, ahlak, örf ve âdet gibi kavramlara başvurularak sonuca varılması olanaksız olduğundan, kültüre yapılan bu atıftan hukuk düzenini anlamak daha yerinde olacaktır.

Dünya Sağlık Örgütü, çocuk istismarını, “çocuğun sağlığını, fiziksel ve sosyal gelişimin olumsuz yönde etkileyen bir yetişkin, toplum veya ülke tarafından bilerek veya bilmeyerek yapılan davranışlar” biçiminde tanımlamıştır.⁹

Polat’a göre istismar olgusu karşımıza başlıca dört biçimde çıkar: Fiziksel istismar, cinsel istismar, duygusal istismar ve ihmal.¹⁰ Foller’e göre ise cinsel istismar karşımıza 7 farklı şekilde çıkabilir: Temas içermeyen, cinsel dokunma, oral-genital seks, interfemoral ilişki, seksüel penetrasyon, cinsel sömürü (çocuk pornografisi, çocuk fuhuşu) ve başka istismar türlerini de içeren cinsel istismar.¹¹

İnceleme konumuz ise, çocuğun “cinsel” yönden istismar edilmesidir. Çocuğun cinsel istismarı, psikososyal gelişimini tamamlamamış

⁶ Türkan Yalçın Sancar, “Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Nisan 2008, s. 14.

⁷ Esat Şener, *Hukuk Sözlüğü*, Seçkin Yay., Ankara 2001, s. 378; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yay., Ankara 2003, s. 326.

Ayrıca bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=istismar&ayn=tam>, E. T.: 01.10.2010.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz Polat, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı I: Tanımlar*, Seçkin Yay., Ankara 2007, s. 27.

⁹ Nezih Ahmet Kök, “Çocuğun Cinsel İstismarında Adli Tıp Uygulamaları”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFED)*, 2006, C. X, S. 3-4, s. 3; Yurdağül Erdem, “Çocuğa Yönelik İstismar ve İhmal: Hemşirelik Girişimleri”, *Adli Bilimler Dergisi*, Eylül 2008, S. 3, s. 48, 49.

¹⁰ Polat, s. 27.

¹¹ Polat, s. 95.

bir çocuğun bir yetişkin tarafından cinsel stimülasyon¹² için kullanılması anlamına gelmektedir.¹³

Gerçekten yaş veya içinde bulunduğu durum itibariyle mağdur çocuk, kendisine yöneltilen davranışın cinsel içerikli olduğunu dahi genellikle algılayabilecek durumda olmadığından¹⁴ mağdurun bu durumu istismar edilebilmektedir. İşte bunu öngören kanun koyucu da, on sekiz yaşından büyüklere karşı gerçekleştirilen fiiller bakımından “cinsel saldırı” ifadesini kullanırken, on sekiz yaşından küçükler için “cinsel istismar” ifadesini kullanmış; çocukların cinsel istismarı suçu için cinsel saldırı suçuna nazaran daha ağır müeyyideler öngörmüştür.¹⁵

II. KANUNİ DÜZENLEME

“Çocukların Cinsel İstismarı

Madde 103 - (1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;

a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) (Değişik fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./12.mad) Cinsel istismarın üst-soy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yüküm-

¹² Vücutta uyarıcı reaksiyon yaratılması (<http://www.saglikterimleri.com/4995-stimulasyon-nedir.html>, E. T.: 31.10.2010).

¹³ Polat, s. 45.

¹⁴ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yay., Ankara 2006, s. 182.

¹⁵ Sevük, *Cinsel İstismar*, s. 280, 281; Veysel Gültaş / Remzi Gündüz, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Suçlar*, Bilge Yay., Ankara 2008, s. 49.

lülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Cinsel istismar için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(7) Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur."

III. HUKUKİ KONU

Bir suçun ceza kanunu sistematigi içerisinde düzenlendiği yer, bize o suç ile korunmak istenen hukuki menfaatin, diğer bir deyişle suçun hukuki konusunun ne olduğu¹⁶ konusunda önemli bir bilgi verir.¹⁷ Bu bakımdan mülga ceza kanununda cinsel suçların düzenlendiği yer göz önüne alındığında korunmak istenen hukuki menfaatin "genel ahlak ve aile düzeni"; yürürlükteki kanunda ise "kişilerin cinsel dokunulmazlığı ve cinsel özgürlüğü" olduğunu belirtmek yanlış olmaz.¹⁸

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yay., Ankara 2003.

¹⁷ Handan Yokuş Sevik, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2005, S. 57, s. 245; Kılıç, s. 183.

¹⁸ A. Caner Yenidünya, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", *Legal Hukuk Dergisi*, Eylül 2005, Yıl: 3, S. 33, s. 3285, 3286; Sevik, *Cinsel İstismar*, s. 282; Kılıç, s. 183; İlhan Üzülmüş, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>, s. 1, E. T.: 01.10.2010.

Bu tür suçların Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler babında düzenlenmesinin eleştirisi için bkz. Ayşe Nuhoğlu, "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", *Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan*, İstanbul 1997, s. 61,62; Ayşe Nu-

TCK'nın 102. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" bölümü altında düzenlenen suçların ortak "hukuki konusunun", kişilerin cinsel dokunulmazlığı ve cinsel özgürlüğü olduğunu; ortak "ratio legis" in¹⁹ ise, mağdur çocuğun erken cinsel deneyimden uzak tutulması, bu yolla çocuğun engelsiz bir biçimde cinsel gelişimini tamamlamasını sağlayarak cinsel özgürlüğünün korunması olduğunu söylemek gerekir.²⁰ Kanun koyucu bunu sağlayabilmek için mağdur çocuğu hem dışarıya hem de kendisine karşı korumuş, cinsel davranışlara muhatap olmaması için, (ileride değinilecek bir istisna dışında) rızasına dahi itibar etmemiştir.²¹

IV. MADDİ KONU

Bilindiği gibi suçun maddi konusu, tipik fiilin üzerinde gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu şahıs veya şeydir.²² Çocukların cinsel istismarı suçunun maddi konusu ise "çocuk"tur.

V. FAİL

Kanun koyucunun, suçun basit şekli için fail olabilecek kişiler bakımından herhangi bir özellik aramaması nedeniyle, suçun faili kadın veya erkek, ceza hukuku anlamında çocuk (TCK m. 6,b) veya yetişkin herkes olabilir.²³ Yine fail, mağdurla farklı cinsten olabileceği gibi aynı cinsten de olabilir.

hoğlu, "Türk Ceza Kanununda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, İstanbul 2004, s. 609 vd.

¹⁹ Ratio legis'ten anlaşılması gereken şey, kanun koyucunun belirli bir norm düzenlenirken güttüğü amaçtır (Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 148). Normun koruduğu hukuki menfaat ile ratio legis'in karşılaştırması için bkz. Ünver, *Hukuksal Değer*, s. 148 vd.

²⁰ Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2008, s. 316; İhsan Akçin, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", *Yargıtay Dergisi*, Ankara 2006, C. 32, S. 1-2, s. 107.

²¹ Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 237.

²² Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yay., Ankara 2005, s. 93; Faruk Erem / Ahmet Danışman / Mehmet Emin Artuk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara 1997, s. 237.

²³ Veli Özer Özbeke, *TCK İzmir Şerhi: Yeni Türk Ceza Hukukunun Anlamı C. 2, Özel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara 2008, s. 627.

VI. MAĞDUR

Suçun mağduru erkek veya kadın ancak bir “çocuk” olabilir. Bu açıdan çocukların cinsel istismarı suçunda suçun mağduru ile maddi konusu örtüşmüştür.

TCK'nın 103. maddesinde, “çocuğu” cinsel yönden istismar eden kişi cezalandırılmakta ve “çocuk” deyiimi TCK m. 6,b bendinde “henüz on sekiz yaşını tamamlamamış kişi” biçiminde tanımlanmaktadır.²⁴

Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 124. maddesi evlenme yaşını 17 olarak belirlediği, hatta olağanüstü durumlarda 16 yaşındaki bir çocuğun da evlenmesine müsaade etmiş olduğu için, bunun bir sonucu olarak eşler arasında da bu suçun işlenebilmesi söz konusu olabilecek midir? Öğretide bu konuda görüş ayrılığı mevcuttur.

*Bir görüşe göre, 16-18 yaş grubu içerisinde yer alan ve evli olan çocuklar bakımından da cinsel istismar suçu söz konusu olabilir.*²⁵ Tezcan/Erdem/Önok, çocuk kavramının TCK m. 6'da tanımlandığını, TCK m. 5 gereği TMK' da yer alan ve bu konuda farklı anlama gelebilecek hükümlerin de, ceza kanununun genel hükümleri karşısında geçerli olmayacağını belirtmiştir.²⁶

*Diğer görüşe göre ise, evlenmek kişiyi ergin kılar (MK m. 11/2). O halde on sekiz yaşını bitirmemiş ancak evlenmiş bir kimsenin cinsel davranışa maruz kalması halinde fail, erginlere yapılan cinsel saldırıdan (TCK m. 102) sorumlu olacaktır.*²⁷ Zaten 103. madde gerekçesinde de “*erişkinlere karşı fiillerin*” cinsel saldırı, erişkin olmayan ve çocuklara karşı işlenen eylemlerin cinsel istismar olacağı ifade edilmiştir.²⁸

²⁴ BMÇHS'nin 1. maddesinde çocuk şu şekilde tanımlanmıştır: “*Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır*” .

²⁵ Tezcan / Erdem / Önok, s. 318; Özbek, s. 628, 629; Akçin, s. 104; Gültaş / Gündüz, s. 53.

²⁶ Tezcan / Erdem / Önok, s. 318.

²⁷ Soyaslan, s. 182; İsmail Malkoç, *Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları*, Malkoç Kitabevi, Ankara 2005, s. 124; Ş. Cankat Taşkın, “Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Mart-Nisan 2010, S. 67-68, s. 84, 85.

²⁸ Malkoç, s. 124.

Kanaatimce, öğretilerde öne sürülen ilk görüş ceza hukuku metodolojisine ve ceza muhakemesinden beklenen amaca daha uygundur. Hemen belirtmek gerekir ki, bizi bu sonuca götüren sebep TCK m. 5 hükmü değildir. Zira TMK m. 11/2 (evlenme) ve m. 12 (ergin kılınma) hükümleri ne özel ceza kanununda yer alır ne de ceza içeren kanunlardaki suçlardan sayılabilirler.²⁹ Burada görüşe esas alınması gereken nokta, TCK m. 103 hükmünde suçun mağdurunun açıkça “çocuk” olarak belirtilmiş olması; gerek TCK’nın (m. 6,b) ve gerekse 5395 s. Çocuk Koruma Kanunu’nun (ÇKK m. 3,a), çocuk deyimini tanımlarken açıkça on sekiz yaş esasına dayanması, bu açıdan çocuğun daha erken yaşta ergin olması esasıyla ilgilenmemiş olmasıdır. TCK m. 6,b hükmünün özel olarak konulması ile amaçlanan da budur. Kanun koyucu aksini düşünüyor olsaydı, çocuk deyiminden ne anlaşılması gerektiğini düzenlememek suretiyle bu sorunun TMK’daki genel hükümlere göre çözülmesinin yolunu açardı.

Gerçekten, mağdurun evlenmeyle ya da mahkeme kararıyla ergin kılınması ve bu duruma medeni muhakemede bazı sonuçların tanınması, ceza muhakemesinde de aynı sonuçların tanınmasını gerektirmez, aksi durum, ceza muhakemesinin maddi gerçeği bulma amacıyla çelişir.³⁰ Bu nedenlerle örneğin, 16 yaşındaki bir çocuk, mahkeme kararıyla veya evlenmeyle medeni hukuk bakımından 18 yaşında sayılmışsa, ırza geçme suçunun faili olmak bakımından nasıl 18 yaşında sayılamayacaksa, mağduru olmak bakımından da sayılamamalıdır.³¹

Yine, bir kimse evlenmeyle ya da mahkeme kararıyla ergin olsa bile, “evlenmekle eşin cinsel özgürlüğünü diğer eşe terk ettiği gibi bir sonuç da çıkarılamayacağı için”,³² bu kimse on sekiz yaşından küçük ise, eşi

²⁹ Taşkın, s. 85.

³⁰ Türkan Yalçın Sancar, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFHD)*, Ankara 2002, C. 51, S. 3, s. 8.

³¹ Sancar, *TCK Tasarısı (2000) Hakkında*, s. 8.

³² Tezcan / Erdem / Önok, s. 318; Sancar, *TCK Tasarısı (2000) Hakkında*, s. 5. Bu noktada mülga TCK uygulamasına göz atmak gerekir. Gerçekten bu kanunun uygulandığı dönemde, karının evlenmekle cinsel özgürlüğünü kocaya devrettiği anlayışını yansıtan, bu nedenle kocanın kariya karşı olağan yolla cinsel ilişki için zorla ırza geçme fiilini işlemesi halinde bu suçun oluşmayacağı, anormal yollardan cinsel ilişki için zorla ırza geçme fiilini işlemesi halinde ise sadece fena muamele suçunun oluşacağı yönünde görüşler mevcuttu (Dönmezer, *Özel Kısım*, s. 59 vd.;

tarafından ona karşı gerçekleştirilen ve kanun hükmünce yasaklanan cinsel davranışların çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturabileceğinin kabulü gerekir.

Bu durumda eşler arasında cinsel saldırı suçundan farklı olarak, eşler arasındaki cinsel istismar suçu şikâyete tabi olmayacak, soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılacaktır.

Yine çocukların cinsel istismarı suçu ancak hayatta bulunan kişilere karşı işlenebilir; ölü kimselere karşı işlenmesi halinde diğer unsurların da oluşması koşuluyla TCK m. 130' da hükme bağlanan "*Kişinin Hatırasına Hakaret*" suçunun oluşabileceğini düşünmek gerekir.³³

Kanun koyucu çocukların cinsel istismarı suçunun oluşabilmesi için mağdurun yaşı bakımından 0-15 ve 15-18 olmak üzere ikili; 15-18 yaş grubundaki çocuklar bakımından da kendi içinde yine ikili bir ayrıma gitmiştir. Aslında bu tür suçların mağduru olan küçükler hakkındaki yaş kategorizasyonunun, cezai ehliyetteki yaş gruplarına uygun olması (0-12, 12-15, 15-18; TCK m. 31), diğer bir deyişle küçüklerin bir suçun faili olmaları bakımından nasıl bir sistem öngörülmüşse, belli suçların özellikle de cinsel dokunulmazlığı ihlal eden suçlarının mağduru olmaları bakımından da aynı sistemin benimsenmesi daha doğru olurdu.³⁴ TCK m. 103'e bakıldığında ise çocukların cinsel istismarı suçunun mağduru:

(1) *Henüz 15 yaşını tamamlamamış her çocuk (m. 103/1,a),*

Bakıcı, s. 23). Hatta Yargıtay, kendi uygulamasında bizzat bu anlayışa yol açacak kararlar vermektedir. Yüksek mahkeme bir kararında, "*Kocanın karısına livata filini yapması karı koca cinsi ihtiyacın tatmini hususundaki muvazeneyi ihlal eden ve kadınlık gurur ve haysiyetini kıran bu gayri tabii hal Ceza Kanununun 478. maddesinde yazılı kadına karşı fena muamele teşkil eder*" (Bkz. 2. Ceza Dairesi'nin (CD) 16.5.1946 tarih ve 4263/4823 sayılı Kararı; 4. CD'nin 19.12.1990 tarih ve 5557/7044 sayılı Kararı).

Böylece "evlilik" her türlü cinsel suç bakımından bir hukuka uygunluk nedeni haline getirilmiş olmaktadır (Sancar, *TCK Tasarısı (2000) Hakkında*, s. 6). Yargıtay'ın yukarıda belirtilen kararının (4. CD'nin 19.12.1990 tarih ve 5557/7044 sayılı Kararı) Sami Selçuk tarafından yazılan karşı oy yazında da bu hususa değinilmektedir: "*Evliliğin doğal sonucu olağan cinsel ilişkidir. Evlilik zorla ırza geçme suçunun hukuka aykırılık ögesini ortadan kaldırmaz. Cinsel ilişkiye razı olunmaması halinde diğer eşin sadece ayrılmaya ya da boşanmayı istemeye hakkı vardır... Zorla işlenen olağan cinsel ilişki ise zorla ırza geçme suçunu teşkil eder*" (Bakıcı, s. 9).

³³ Akçin, s. 104; Kılıç, s. 185.

³⁴ Sancar, *TCK Tasarısı (2000) Hakkında*, s. 3; Sancar, *Çocuk İstismarı*, s. 14; Aydın, s. 14.

(2) 15–18 yaş grubunda olan çocuklar bakımından ise;

(a) 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklar (m. 103/1,a),

(b) 15 yaşını tamamlamış ve fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan, ancak kendilerine cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak cinsel davranış gerçekleştirilen çocuklar (m. 103/1,b),

olabilir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, “mağdurun yaşı”, “fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği” veya “cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden” fiilin, böylelikle suçun bir unsurudur.³⁵ Kanunun yasakladığı fiil herhangi bir kimseye karşı gerçekleştirilen cinsel davranış değil ve fakat “henüz 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş ya da kendilerine cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak cinsel davranış gerçekleştirilen” çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlardır. Aksi halin bir an için kabulü bizi, TCK m. 102’de müeyyide altına alınan suç fiili ile aynı kanunun 103. maddesinde müeyyide altına alınan suç fiilinin aynı olduğu sonucuna ulaştırabilir.

Mağdurun yaşı suçun bir unsuru olduğu ve uygulanacak kanun maddesini belirleme bakımından büyük önem arz ettiği için soruşturma veya kovuşturma esnasında mutlaka Nüfus Müdürlüğü’nden onaylı nüfus kaydı getirilmelidir.³⁶ Kovuşturma esnasında nüfus kay-

³⁵ Dönmezer, *Özel Kısım*, s. 43,44; Sancar, *TCK Tasarısı (2000) Hakkında*, s. 8; Devrim Güngör, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yay.*, Ankara 2007, s. 60, 61; Tezcan / Erdem / Önok, s. 317; Sevik, *Cinsel İstismar*, s. 285; Necati Apaydın, “TCK Tasarısındaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar*, TBB, Ankara 2004, s. 149.

Bkz. 5. CD’nin 30.01.2007 tarih ve 2007/181 E., 2007/417 K. sayılı Kararı: “...”cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar”, on beş-on sekiz yaş grubu içerisinde bulunup da kendisine yönelik fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar suçunun unsuru olduğu...”.

³⁶ Bkz. 5. CD’nin 03.04.2006 tarih ve 2006/3565 E., 2006/2812 K. sayılı Kararı: “... nüfus idaresinden yaşını ve medeni halini gösteren onaylı doğum kaydı getirildikten sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri yerine noksan incelemeyle yazılı biçimde

dının mağdurun gerçek yaşını yansıtmadığı ileri sürülmüşse veya bu durum mahkemece re'sen gözlenirse 5271 s. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 218/2 uyarınca nisbi muhakeme yoluyla ilgili kanunda belirlenen usulle bu konuda mahkemece, mağdurun doğumunun resmi sağlık personeli eliyle gerçekleştirildiğine ilişkin doğum tutanağı araştırılmalı, doğum resmi bir sağlık kuruluşunda gerçekleşmemişse tam teşekküllü bir sağlık kuruluşu veya duraksama halinde Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesi nezdinde yöntemine uygun olarak yaş tespiti yapılmalıdır.³⁷ Mağdurun yaşı daha önceden mahkeme kararıyla düzeltilmiş ise yeniden düzeltme mümkün olamayacak, ancak yine de ceza yargılamasının maddi gerçeği bulma amacı gözetilerek mağdurun gerçek yaşı bilimsel olarak belirlenerek nüfus kaydı düzeltilmeden de doğru uygulama yapılabilecektir.³⁸

Yine aynı şekilde 15 yaşını tamamlamış mağdurun, fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişip gelişmediğini belirleyebilmek için de adli tıp uzmanından rapor alınmalıdır.

hükme varılması..." (Mustafa Artuç, *Kişilere Karşı Suçlar*, Adalet Yay., Ankara 2008, s. 644, dn. 896).

³⁷ Bkz. 5. CD'nin 04.02.2010 tarih ve 2009/14749 E., 2010/617 K. sayılı Kararı: "... mağdurenin babasının beyanında geçen Dr. Faruk Sükan Doğumevi Hastanesinde doğup doğmadığının özellikle belirlenmesinden sonra resmi bir sağlık kuruluşunda doğmadığının anlaşılması halinde; yaş tespitine esas kemik film ve grafilerinin çektilirip, tam teşekküllü bir sağlık kuruluşundan raporunun alınması, duraksama halinde, Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulu'ndan da görüş sorularak gerçek yaşın bilimsel biçimde saptanması..."

Bkz. 5. CD'nin 22.05.2006 tarih ve 2006/1499 E., 2006/4274 K. sayılı Kararı: "... Sanık soruşturma aşamasındaki savunmalarında "mağdure bana babasının nüfusa geç tes-cil ettirdiğini söyledi", "15-16 yaşlarında gösteriyordu" şeklindeki beyanları yaşa itiraz niteliğinde olup, suçun niteliğinin belirlenmesine etkili olması nedeniyle kemik grafileri ile dosyada mevcut raporlar bu konuda nihai merci olan Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesine gönderilip, özel hükümlerine göre mağdurenin gerçek yaşının bilimsel şekilde saptanmasından sonra sonuca göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi..." (Artuç, s. 645, dn.898).

³⁸ Bkz. 5. CD'nin 12.11.2008 tarih ve 2008/13329 E., 2008/9718 K. sayılı Kararı: "İzmir Dokuzuncu Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 11.03.2008 gün ve 12/69 sayılı Kararı ile mağdurenin doğum tarihinin düzeltildiği, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30.03.1981 gün ve 5-2/106 sayılı kararında açıklandığı üzere ceza yargılamasının amacının maddi gerçeğin saptanması olduğu nazara alınıp, İzmir Dokuzuncu Asliye Hukuk Mahkemesi'nin anılan dosyası da getirildikten ve duraksama halinde mağdurenin yaşı ile ilgili araştırma da yapıldıktan sonra sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi lüzumu".

5271 s. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) mağdur çocukların ceza yargılaması sırasında nasıl dinleneceğine dair özel bir düzenleme getirmiştir. CMK m. 236/2, 3 bentleri uyarınca suçun etkisiyle psikolojinin bozulduğu tespit edilen mağdur çocuk bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden durumlar saklı kalmak üzere ancak bir defa ve psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulmak suretiyle dinlenebilir.³⁹ Yine CMK m. 234/2 ve m. 239/2 uyarınca mağdur çocuğa, eğer kendisi bir vekille temsil edilmiyorsa istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir.

Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü, kendi bünyesinde bulunan diğer bir deyişle 2828 s. Kanun uyarınca haklarında koruma kararı alınan mağdur çocuklar açısından davaya katılma hakkına sahiptir.⁴⁰

VII. MADDİ UNSUR

A. HAREKET

TCK m. 103/1 incelendiğinde, çocukların cinsel istismarı suçunun basit şeklinin maddi unsurunu oluşturan fiilin, henüz 15 yaşını tamamlamamış veya 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen “her türlü cinsel davranış”; 15 yaşını tamamlamış ve fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği de gelişmiş olan çocuklara ise cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen “cinsel davranışlar” olduğu görülür.

Mağdurun yaşının; fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin; cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenin bulunmasının, “cinsel davranışlar”la birlikte çocukların cinsel istismarı suçunun fiilinin birer unsurunu oluşturduğunu daha önce belirtmiş, mağdurun yaşı konusunda kimi bazı noktalara yukarıda değinmiştik.

³⁹ Bkz. 5. CD'nin 14.12.2006 tarih ve 2006/11067 E., 2006/10223 K. sayılı kararı.

⁴⁰ Bkz. 5. CD'nin 29.01.2007 tarih ve 2006/13910 E., 2007/321 K. sayılı Kararı (Erdal Baytemir, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlakla Karşı Suçlar*, Adalet Yay., Ankara 2009, s. 195).

Şimdi, fiilin, mağdurun yaşı dışında kalan unsurlarının ne anlama geldiklerini ayrı ayrı incelemeye çalışacağız.

1. Cinsel Davranış

TCK m. 103/1' de cinsel istismar deyiminden belirli yaş gruplarındaki çocuklara karşı kanunda öngörülen şekillerde gerçekleştirilen "cinsel davranışların" anlaşılacağı belirtilmiş; ancak bu cinsel davranışlardan ne anlamak gerektiği; gerçekleştirilen cinsel davranışın vücut dokunulmazlığını ihlal etmesinin gerekip gerekmediği, gerekiyorsa vücut dokunulmazlığının ihlalinden ne anlaşılması gerektiği, bu açıdan cinsel taciz suçunun uygulama alanının sınırları gibi konular muğlak bırakılmış ve böylece bazı belirsizliklere yol açılmış; kanunilik ilkesi bakımından eleştirilere neden olmuştur.⁴¹ Tüm bu belirsizlikler öğretilerde yazarları farklı düşünmeye sevk etmiştir.

Bir görüşe göre, cinsel saldırı suçundan farklı olarak cinsel istismar suçunun oluşması için çocuğa yönelik olarak cinsel bir davranışın gerçekleştirilmesi yeterli olup, bunun aynı zamanda vücut dokunulmazlığını ihlal etmiş olması gibi bir zorunluluk aranmamalıdır.⁴² Bu

⁴¹ Bu belirsizlik öğretilere eleştirilere neden olmuştur. Bkz. Nevzat Toroslu / Yüksel Ersoy, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar*, TBB, Ankara 2004, s. 17; Mehmet Emin Artuk / Ali Rıza Çınar, "Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerinde Düşünceler", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar*, TBB, Ankara 2004, s. 81; Duygun Yarsuvat / Köksal Bayraktar / Necmi Yüzbaşıoğlu, "Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar*, TBB, Ankara 2004, s. 308, 309; Bahri Öztürk, *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel 21-22 Mayıs 2004-Ankara*, TBB, Ankara 2004, s. 143; Mehmet Emin Artuk, *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel 21-22 Mayıs 2004-Ankara*, TBB, Ankara 2004, s. 151; Yener Ünver, "Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar", *Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları*: 10, İstanbul 2008, s. 313; Sevük, *Cinsel Saldırı*, s. 251; Mustafa Özen, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2006, S. 63, s. 101; Sancar, *Çocuk İstismarı*, s. 14.

⁴² Tezcan / Erdem / Önok, s. 319; Özbek, s. 630; Soyaslan, s. 181; İbrahim Dülger, "Çocukların Cinsel İstismarı", *Fasikül (Aylık Hukuk Dergisi)*, Mayıs 2010, Yıl: 2, S. 6, s.41.

durumda TCK m. 105 kapsamında cinsel taciz niteliğindeki davranışların çocuğa karşı gerçekleştirilmesi durumunda da çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır.

Diğer bir görüşe göre, TCK m. 103/1’de belirtilen cinsel davranış, cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan ancak mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilen hareketlerdir.⁴³ Bu nedenle TCK m. 105 kapsamında cinsel taciz niteliğindeki davranışların çocuğa karşı gerçekleştirilmesi halinde çocukların cinsel istismarı suçu değil, cinsel taciz suçu oluşacaktır.

Başka bir görüşe göre ise, TCK m. 103/1,a bendinde “her türlü cinsel davranış”tan; TCK m. 103/1,b bendinde ise sadece “cinsel davranış”tan söz edilmesi kanun koyucu tarafından bilerek yapılmıştır.⁴⁴ Buna göre fiilin, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olanlara karşı gerçekleştirilmesi halinde vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gibi bir şart aranmaksızın her türlü cinsel davranış cezalandırılacaktır. Buna karşılık fiilin, on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olanlara karşı gerçekleştirilmesi halinde cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekecektir.

Kanaatimce, her şeyden önce kanun koyucunun cinsel istismardan ve böylelikle maddede belirtilen cinsel davranıştan ne anlaşılması gerektiğini daha açık bir biçimde belirtmesi gerekirdi. Ancak, kanun koyucunun bu konudaki ihmalinin de bir biçimde açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. TCK m. 103’nin gerekçesinde, “*erişkin kişilere karşı işlenen fiiller açısından cinsel saldırı ifadesi kullanılmasına rağmen, çocuklar açısından cinsel istismar ifadesi kullanılmıştır*” denilmek suretiyle kanun koyucunun 103. maddede sözü edilen cinsel davranışlar bakımından aslında 102. maddede kendisine karşılık gelen cinsel davranışlara –yaş ve diğer bazı nitelikler dışında– atıfta bulunduğu sonucuna varılmak

⁴³ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 238; Artuk, *Cinsel Taciz*, s. 73; Malkoç, s. 124, 125; Yenidünya, s. 3303; Akçin, s. 105; Baytemir, s. 196; Necati Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Yay., Ankara 2008, s. 349; Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.1*, Vedat Yay., İstanbul 2006, s. 378; Ünver, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, s. 300, 313.

⁴⁴ Artuç, s. 648.

gerekir. TCK m. 102 gerekçesine bakıldığında ise m. 103/1'e karşılık gelen ve m. 102/1'de bahsedilen cinsel davranışın, "*kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen*", fakat suçun nitelikli şekline varmayan davranışlar biçiminde tanımlandığını, maddede de cinsel davranışlarla bir kimsenin "*vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi... cezalandırılır*" denilmek suretiyle cinsel istismarın basit şeklini oluşturan fiil bakımından cinsel davranışın vücut dokunulmazlığını da ihlal eden ancak cinsel ilişki boyutuna varmayan bir özellik taşıması gerektiğini belirtmek gerekir. Eski TCK uygulaması⁴⁵ ile Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.⁴⁶

Yine aynı gerekçelerle, kanun koyucunun maddenin (a) bendinde "*her türlü cinsel davranış*", (b) bendinde ise "*cinsel davranışlar*" deyimini kullanmış olmasını onun bir özensizliği olarak kabul etmek gerekir. Kanun koyucunun bu ifadeleri bilerek kullanmış olduğu yönünde yapılacak bir yorum, yukarıda değinildiği gibi 103. maddenin gerekçesinde açıkça değindiği noktalar karşısında dayanaksız kalmaktadır.

Ayrıca, her ne kadar TCK m. 105'te de cinsel taciz fiilinden ne anlaşılması gerektiği açıkça belirlenmemiş olsa da madde gerekçesine bakıldığında cinsel tacizin, "*kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliğini taşımayan cinsel davranışlar*" anlamına geldiği görülür.⁴⁷ Bu açıdan cinsel istismarın basit şeklini oluşturan fiilin, 105. maddeyle "*nazaran*" daha belirgin hale getirilmiş cinsel taciz fiilini, "*cinsel taciz fiili çocuklara karşı gerçekleştirilemez*" sonucunu doğuracak bir yorumla "*daraltması*", kanunilik ilkesi dışına çıkılarak tipik fiilin yorum yoluyla daraltılması anlamına gelecektir.

Suçun oluşması için, gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehvî nitelikte bulunmaları yeterlidir; failin şehvi arzularının fiilen

⁴⁵ Dönmezer, *Özel Kısım*, s. 104.

⁴⁶ Bkz. 5. CD'nin 19.02.2009 tarih ve 2008/15019 E., 2009/1909 K. sayılı Kararı: "*Sanığın oluşu kabul edilen 15.03.2006 günü mağdurenin kalçasını sıkmak şeklinde gerçekleşen ve vücut temasını da içeren eyleminin, çocuğun basit cinsel istismarı vasfında bulunduğu ve TCK'nın 103/1. maddesi uyarınca cezalandırılması gerektiği gözetilmeyerek cinsel taciz olarak kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması...*"; Bkz. 5. CD'nin 04.06.2007 tarih ve 2007/3731 E., 2007/4315 K. sayılı Kararı; Bkz. 5. CD'nin 18.03.2008 tarih ve 2008/38 E., 2008/2115 K. sayılı Kararı (Tezcan / Erdem / Önok, s. 319); Bkz. 5. CD'nin 13.03.2007 tarih ve 2006/714 E., 2007/1887 K. sayılı Kararı (Meran, s. 350).

⁴⁷ Mehmet Emin Artuk, "*Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105)*", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Temmuz 2006, S. 7, s. 73.

tatmin edilmiş olması gerekmez. Bu konuda öğretilerdeki görüş ayrılıklarına çalışmamızın “*manevi unsur*” bölümünde ayrıntılı bir biçimde değinilecektir.

2. Mağdurun Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği

On beş yaşını doldurmuş olan çocuklar bakımından cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için kanun koyucu, bu yaş grubundaki çocukların, üzerlerinde gerçekleştirilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin henüz gelişmemiş olması şartını aramıştır (TCK m. 103/1,a).

Öncelikle belirtmek gerekir ki, maddede fiilin “*hukuki*” anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinden bahsedilmesi isabetli olmamıştır.⁴⁸ Zira fiilin işlendiği sırada on beş yaşını tamamlamış olan çocukta bu unsur bakımından bakılması gereken, fiili, diğer bir deyişle kendisine yönelen “*cinsel davranışları*” anlama ve bunların sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunup bulunmadığıdır. Mağdur çocuğun ayrıca bu fiilin hukuki olarak ne anlama geldiğini, rıza, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen diğer sebeplerden hukuken ne anlaşılması gerektiğini bilmesine gerek olmamalıdır.

Kanun koyucu, henüz on beş yaşını doldurmamış olan çocuklar bakımından ise üzerlerinde gerçekleştirilen cinsel davranışların anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunmadığını aksi ispat edilemeyecek şekilde baştan kabul etmiştir.⁴⁹

Henüz on beş yaşını tamamlamamış veya on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı ayrıca cebir veya tehdide başvurulmuş ise çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli hali söz konusu olur ve verilecek ceza yarı oranında artırılır (TCK m. 103/4). Bu maddeyle birlikte cebir veya tehdit suçu, çocukların cinsel istismarı suçunun “*ağır-laştırıcı nedeni*” haline getirilmiş ve böylece TCK m. 42 anlamında bir “*bileşik suç*”a yer verilmiştir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygula-

⁴⁸ Toroslu / Ersoy, s. 4; Şen, s. 398; Tezcan / Erdem / Önok, s. 317; Özbek, s. 628.

⁴⁹ Tezcan / Erdem / Önok, s. 317.

namayacağı için fail hakkında cebir veya tehdit suçundan ayrıca ceza verilmez (TCK m. 42).

Mağdurun fiilin anlam ve sonuçlarını anlama ve sonuçlarını algılama yeteneğinin var olup olmadığı mahkemece, tam teşekküllü bir sağlık kuruluşundan uzman hekim veya duraksama halinde Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesi aracılığıyla araştırılmalı, sanığın durumu bu sonuca göre tayin edilmelidir.⁵⁰

3. Cebir, Tehdit, Hile veya İradeyi Etkileyen Başka Bir Neden

On beş yaşını tamamlamış ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklar bakımından çocukların cinsel istismarı suçunun oluşabilmesi için cinsel davranışların bu çocuklara cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekir (TCK m. 103/1,b).

Bu yaş grubuna giren çocukların sadece iradesinin ortadan kaldırılmış olması değil, *“iradeyi etkileyen neden”* ifadesi kullanılmak suretiyle iradenin herhangi bir nedene dayalı olarak etkilenmesi veya zayıflaması hali de suç fiili kapsamına alınmıştır. Madde gerekçesinde, *“bu nitelendirme, cinsel saldırı ve cinsel istismar fülleri açısından ortaya konan ayırım ölçütüne aykırı olmakla birlikte; suçun mağdurunun çocuk olması ve bu füller karşısında direncinin zayıflığı göz önünde bulundurularak, söz konusu füllerin de bu madde kapsamında suç olarak tanımlanması yoluna gidilmiştir.”* denilmek suretiyle, bu bendin getiriliş amacı açıklanmıştır.

Öğretide ise *“iradeyi etkileyen başka bir neden”* ifadesinin kullanılması eleştirilmiştir.⁵¹ İradeyi etkileyen başka bir nedenden ne anlaşılması gerektiği maddede belirtilmemiş, bu açıdan *“kanunilik”* ilkesine

⁵⁰ Bkz. 5. CD'nin 15.05.2007 tarih ve 3130/3652 sayılı Kararı: *“Suç tarihinde 15 yaş 28 günlük olan mağdur Yakup Çiçek'in fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklardan olup olmadığına uzman hekim raporu ile saptanıp sonucuna göre 5237 sayılı Yasanın 103. maddesinin hangi bendindeki çocuklardan sayılacağına kesin olarak belirlenmesi yerine mağdurun sanığa karşı olay sırasında sarf ettiği “sen homoseksüel misin?” şeklindeki sorusundan onun algılama yeteneğinin geliştiği sonucunun çıkarılması suretiyle eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması...”* (Meran, s. 348).

⁵¹ Şen, s. 397; Tezcan / Erdem / Önok, s. 317, 318; Baytemir, s. 198.

aykırı bir düzenleme getirildiği öne sürülmüştür.⁵² Yine kanunun bu tercihiyle birlikte, çocukların cinsel istismarı suçunun cebir, tehdit ve hile içermeyen, ancak ikna etme amacı içeren davranışların gerçekleştirilmesi suretiyle de işlenebileceği sonucunu doğuran ve böylelikle suçun uygulanma alanını tehlikeli bir biçimde genişleten bir durum ortaya çıkmaktadır.⁵³ Bu ise, 15-18 yaş grubundaki çocukların bir taraftan fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olduğunu kabul ederek rızalarına hukuki bir değer atfetmek, diğer taraftan ise bu nitelikleri taşıyan çocuklara karşı yalnızca ikna etme amacına yönelik gerçekleştirilen davranışları bu suç kapsamına almak suretiyle gelişikili bir durum yaratmaktadır.⁵⁴

Tüm bu nedenlerle, kanun koyucunun kullandığı “*iradeyi etkileyen başka bir neden*” ifadesinden ilk olarak anlaşılması gereken, cebir, tehdit ve hile söz konusu olmasa da “*sağır veya dilsizlik*”, “*geçici nedenler*” (uyku hali vb.) ya da “*alkol veya uyuşturucu madde etkisinde bulunma*” hallerinde çocukların cinsel istismarı suçunun oluşacağıdır. İkinci olarak, kullanılacak cebir, tehdit veya hilenin mağdurun iradesini tamamen ortadan kaldırması şartının aranmayacağı, etkilenmiş olmasının yeterli sayılacağıdır. Son olarak ise, tüm bu nedenlerin fail tarafından yaratılmış olmasına gerek olmadığı, örneğin mağdurun kendi isteğiyle sarhoş olması ya da uyuşturucu madde kullanması durumunda da mağdurun bu durumundan yararlanmak suretiyle cinsel davranışın gerçekleştirilmesi halinde çocukların cinsel “*istismarı*” suçunun oluşacağıdır. Zira bu nedenlerin fail tarafından yaratılmış olması, örneğin fail tarafından mağdurun içkisine uyuşturucu katılması halinde “*iradeyi etkileyen başka bir neden*”den değil, failin hilesinden söz edilecektir.⁵⁵

On beş yaşını tamamlamış ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı bu suçun işlenebilmesi için, cinsel davranışın cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerektiğine (TCK m. 103/1,b) yukarıda değinildi. İşte maddenin (b) bendinde, cebir ve tehdit suçu, çocukların cinsel istismarı suçunun bir “*unsuru*” haline getirilmiş ve böylece

⁵² Şen, s. 397.

⁵³ Tezcan / Erdem / Önok, s. 318.

⁵⁴ Şen, s. 397.

⁵⁵ Tezcan / Erdem / Önok, s. 318.

TCK m. 42 anlamında bir “bileşik suç” a yer verilmiştir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanamayacağı için fail hakkında cebir veya tehdit suçundan ayrıca ceza verilmez (TCK m. 42).

B. SONUÇ VE NEDENSELLİK BAĞI

Çocukların cinsel istismarı suçu, çocuğun vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranışın gerçekleştirildiği anda tamamlanır. Diğer bir deyişle, kanun koyucu bu suçun oluşabilmesi için cinsel davranışın gerçekleştirilmesini yeterli görmüş, bir sonuç aramamıştır.⁵⁶ Bu suçlara öğretilde “sırf hareket (davranış) suçları” denilmektedir.⁵⁷

C. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Diğer tüm suçlarda olduğu gibi, çocukların cinsel istismarı suçunda da suçun gerçekleştiğinden bahsedilebilmesi için olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerekir.⁵⁸

⁵⁶ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yay., Ankara 2007, s. 65.

Bu noktada “sonuç” bakımından iki farklı anlayışın olduğunu belirtmek gerekir. Bunlardan ilki olan *doğalcı anlayışa* göre, sonuç, insan davranışının dış dünyada meydana gelen ve nedensellik bağıyla insan davranışına bağlı olan bir değişiktir. Bu nedenle kanunun sadece belirli bir davranışın gerçekleştirilmesini yeterli gördüğü, ayrıca dış dünyada bir değişiklik meydana gelmesini aramadığı suçlarda bir sonuçtan söz edilemez (Toroslu, *Genel Kısım*, s. 120, 121). *Hukuki anlayışa* göre ise, bu tür suçlarda aslında bir sonuç vardır. Bu sonuç hareketle birleşiktir ve suçun hukuki konusu oluşturan hak ve menfaatin ihlal edilmesi ile gerçekleşir. Bu suçlarda kanun koyucu, sözü edilen ihlal dışında başka bir sonucun gerçekleşmesini gerekli görmez. Bu nedenle sonuçsuz veya neticesiz suç yoktur; neticesi harekete bitişik suç vardır (Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. 1, *Genel Kısım*, Beta Yay., İstanbul 1987, s. 372; Nurullah Kunter, *Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1954, s. 85). Yine bu görüşe göre, sonucun yokluğu kabul edilirse “nedenselliğin” konusu kalmayacak, nedensellik bağından söz edilemeyecektir. Ayrıca, sonuçsuz denilen suçlarda kastı belirleme ve tanımlama mümkün olmayacaktır. Zira kasıta “bilmek” ve “istemek” kavramları ancak bir “sonuç” varsa anlaşılabilir (Erem / Danışman / Artuk, s. 270).

⁵⁷ Toroslu, *Genel Kısım*, s. 123.

⁵⁸ Bilindiği gibi, bir olayda hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması halinde ortada bir suçtan söz edilemez. İşte suç teorisi açısından büyük önem arz eden hukuka uygunluk nedenleri öğretilde, suçun unsurları içinde farklı yerlere konulmuştur. Çalışmamızda hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması koşulu, suçun maddi

Hukuka uygunluk nedenleri, 5237 sayılı TCK ile birlikte “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlığı altında Kanun’un 24. maddesi ve devamında düzenlenmiştir. Ancak bu hükümler 5271 sayılı CMK m. 223 ile birlikte değerlendirildiğinde, TCK m. 24 ve devamında bir bütün halinde düzenlenen ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin bazılarının hukuka uygunluk nedenleri, bazılarının ise sadece ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesini gerektirecek nedenler olduğu sonucuna varılacaktır.

Sonuç olarak CMK m. 223/2,d ve m. 223/3,b bendiyle TCK m. 24 vd. hükümleri birlikte değerlendirildiğinde hukuka uygunluk nedenleri: Kanun hükmünün yerine getirilmesi, meşru müdafaa, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasıdır.

Kanun hükmünün yerine getirilmesi halinde çocuğun cinsel istismarı suçu söz konusu olmayacaktır. Örneğin, CMK m. 75/3’te sanık veya şüphelinin beden muayenesinin yapılabilmesi veya vücudundan örnek alınabilmesi için maddede aranan koşulların gerçekleşmesi halinde bunların ancak tabip veya bir sağlık mensubu tarafından yapılması kanunun amir hükmüdür.⁵⁹ Yine aynı maddenin 4. fıkrasında cinsel organların veya anüs bölgesinin muayenesinin de iç beden muayenesi sayılacağı hükme bağlanmıştır. Şu halde görevi gereği bu muayeneyi gerçekleştiren tabip açısından bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğu kabul edilmelidir. Ancak, bu yapılırken kanunun emrettiği muayenenin gerektirdiği müdahaleler haricinde, sınır aşarak bazı cinsel davranışlarda bulunulması halinde failin kastı söz konusu ise çocuğun cinsel istismarı suçunun vücut bulacağı; kastı olmaksızın aşılması halinde ise suçun taksirli hali cezalandırılmadığı için fail hakkında ceza verilemeyeceğinin kabulü gerekir (TCK m. 27).

Mağdurun rızası bakımından kanun koyucu, on beş yaşını henüz tamamlamamış çocukların rızalarına hukuken hiçbir değer atfetme-

unsurları içinde, fiilin negatif bir unsuru olarak incelenmiştir (Toroslu, *Genel Kısım*, s. 135 vd. Hukuka uygunluk nedenlerinin fiilin negatif bir unsuru olarak değerlendirilmesinin eleştirisi için bkz. Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yay., Ankara 2003, s. 140 vd.).

⁵⁹ Özbek, s. 632.

miştir; mağdurun rızası fiili suç olmaktan çıkarmamaktadır.⁶⁰ 15-18 yaş grubunda olan çocuklar bakımından ise fiilin anlam ve sonuçlarını anlama yetenekleri gelişmişse ve iradeleri cebir, tehdit, hile veya başka bir nedenle etkilenmemişse bu yaş grubundaki çocukların rızaları fiili suç olmaktan çıkaracaktır.

Diğer hukuka uygunluk nedenlerinden meşru müdafaa ve hakkın kullanılması hallerinin çocukların cinsel istismarı suçu yönünden uygulanma imkânı yoktur.⁶¹

Kanun koyucunun hukuka uygunluk nedenleri dışında bıraktığı zorunluluk halinde fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilir (CMK m. 223/3,b). Örneğin, ağır bir hastayı hastaneye yetiştirirken onun kalçasına veya göğsüne dokunulması halinde bir zorunluluk hali söz konusudur.

Bu noktada haksız tahrik hükümlerine de değinmek gerekir. Bilindiği gibi haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimsenin cezası belirli bir oranda indirilir (TCK m. 29). Tahrik altında cinsel dokunulmazlığa karşı suçların işlenmesi halinde ise, bu suçların nitelikleri gereği haksız tahrik müessesinin uygulanması güç olduğundan mahkemece titiz bir incelemeyle sonuca varılması gerekir. Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda, bahçesinden gizlice kayısı toplarken gördüğü mağdureyi yakalayarak boş bir evde onun ırzına geçen sanık hakkında, mağdurenin gerçekleştirdiği eylem ile işlenen suçun nitelikleri bakımından aralarında bir bağlantı ve ağırlık yönünden de bir orantı bulunmadığını belirterek, haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağına karar vermiştir.⁶²

VIII. MANEVİ UNSUR

Çocukların cinsel istismarı suçu doğrudan kastla işlenebileceği gibi, dolayısıyla (olası) kastla da işlenebilir. Örneğin, fail, kalabalık bir

⁶⁰ Ali Parlar / Muzaffer Hatipoğlu, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.2, Seçkin Yay., Ankara 2008, s. 1653; Özbek, s. 632; Baytemir, s. 198.

⁶¹ Özbek, s. 632; Baytemir, s. 198.

⁶² Bkz. 5. CD'nin 24.01.1978 tarih ve 51/84 sayılı Kararı (Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. 2, Genel Kısım, Beta Yay., İstanbul 1986, s. 388, dn. 73a).

yerde birine sürtünmeye çalışırken bir başkasının da vücuduna dokunabileceğini öngörerek fiili gerçekleştirirse olası kasttan söz edilebilir.⁶³ Kanunda bu suçun taksirli hali ayrıca cezalandırılmadığı için bu suç taksirle işlenemez (TCK m. 22/1).

Öğretide, çocukların cinsel istismarı gibi cinsel dokunulmazlığa karşı diğer suçların manevi unsuru bakımından genel kastın (objektif olarak şehvi davranışları gerçekleştirme kastının) yeterli olup olmadığı, genel kastın yanında failde ayrıca özel bir saikin (cinsel yönden tatmin saikinin) de bulunmasının gerekip gerekmediği soruları etrafında mülga TCK döneminde başlayan ve yeni TCK ile birlikte günümüze kadar uzanan görüş ayrılıkları mevcuttur.

Bir görüşe göre, bu tür suçlarda genel kastın yanında failde, “cinsel arzuları tatmin” saikinin de bulunması gerekir.⁶⁴ Kanun’un 102. maddesinin gerekçesinde de bu duruma dikkat çekilmiştir. 5237 sayılı TCK’da olduğu gibi, bu konuyu düzenleyen maddesinde bir açıklık bulunmayan 765 sayılı mülga TCK uygulanmakta iken Yargıtay uygulaması özel kastın aranması gerektiği yönündeydi.⁶⁵ Önder ise, esasını daha çok Alman doktrininden alan bir görüşe iştirak etmektedir. Yazar, failin objektif olarak şehvi davranışların gerçekleştirilmesinden ayrı olarak failin şehvet hissini tatmininin de aranması, ancak bunun saik olarak kabul edilmemesi, bu tahrik veya tatminin suçun maddi unsuru içinde değerlendirilmesi gerektiği ve hukuka aykırılığın yoğunluğunu belirlediği görüşündedir.⁶⁶

Diğer görüşe göre ise, bu tür suçlarda suçun oluşabilmesi için failde genel kastın bulunması yeterlidir; failde ayrıca cinsel arzuları tatmin saikinin bulunmasına gerek yoktur.⁶⁷ Kanun koyucu böyle bir amacın gerçekleşmesini isteseydi bunu kanun metninde düzenlerdi. Yine

⁶³ Sevük, *Cinsel Saldırı*, s. 253.

⁶⁴ Yenidünya, s. 3304; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 245; Şen, s. 399; Sevük, *Cinsel İstismar*, s. 286, 287; Kılıç, s. 187; Artuç, s. 659.

⁶⁵ Bkz. 5. CD’nin 15.11.1977 tarih ve 1977/3227 E., 1977/3256 K. sayılı Kararı (Dönmezer, *Özel Kısım*, s. 108).

⁶⁶ Önder, *Özel Hüükümler*, s. 277, 278.

⁶⁷ Dönmezer, *Özel Kısım*, s. 107 vd.; Toroslu, *Özel Kısım*, s. 65; Tezcan / Erdem / Önok, s. 320; Ünver, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, s. 300, 313; Nuhoğlu, 2002 *Tasarısında Cinsel Suçlar*, s. 623; Akçin, s. 112, 113; Meran, s. 363; Özbek, s. 632; Parlar / Hatipoğlu, s. 1653; Malkoç, s. 134; Taşkın, s. 91.

her olayda yargılama makamının kastın, fiil ile beraber aynı zamanda failin şehvetinin tatminine yönelik olduğunu ispat etmesi güç ve gereksizdir.⁶⁸

Kanaatimce, failin objektif nitelikte şehvi (cinsel) bir davranış gerçekleştirdiğine dair bilinç ve iradesi (kastı) yeterli sayılmalıdır. Zira kanun metninde failde cinsel arzularını tatmin etme saikinin aranması gerektiğine ilişkin herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Kanun koyucu failin saikine önem verseydi bunu kanun metninde açıkça gösterirdi.⁶⁹ Aksi halin kabulü halinde failin objektif şehvi hareketlerle, ancak örneğin, kıskançlık, oç alma, küçük düşürme gibi saiklerle cinsel davranış gerçekleştirmesi halinde cinsel istismar suçundan bahsedilemeyeceği sonucuna varılacaktır. Bu açıdan failde objektif olarak şehvi (cinsel) bir davranış gerçekleştirdiğine ilişkin kastı yeterli görülmelidir. Örnekte fail, kıskançlık veya oç alma gibi bir saikle hareket etse de objektif olarak şehvi bir davranış gerçekleştirdiği bilinç ve iradesine sahiptir.

Failde cinsel arzularını tatmin etme saikinin aranması gerektiğini düşünen yazarlar, objektif olarak şehvi hareketlerin yeterli olacağı kabulü halinde örneğin, şaka yoluyla veya kavga esnasında ya da hastayı hastaneye götürmek amacıyla gerçekleştirilen davranışların da objektif olarak şehvi oldukları için cinsel istismar suçunu oluşabilecekleri yönünde eleştiri getirmişlerdir.⁷⁰ Bu tür örneklerde her şeyden önce failde objektif olarak “şehvi” bir davranış gerçekleştirme kastından söz edilemez. Kanaatimce burada dikkat edilmesi gereken nokta, failde cinsel arzularını tatmin etme saikinin aranmasına gerek olmasının, failde genel kastın da, diğer bir deyişle objektif olarak “şehvi” bir davranış gerçekleştirme kastının da aranmayacağı anlamında gelmeyeceğidir.

TCK m. 103’ün gerekçesinde bu konuda herhangi bir açıklama yapılmamıştır; ancak 102. maddenin gerekçesinde bu konuya değinilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki kanunun bu maddesinin gerekçesi çelişkiler barındırmaktadır. Her ne kadar gerekçede, “suçun temel şekli-

⁶⁸ Bakıcı, s. 91; Dönmezer, *Özel Kısım*, s. 111

⁶⁹ Dönmezer, *Özel Kısım*, s. 110.

⁷⁰ Artuç, s. 659. Örnekler için bkz. Önder, *Özel Hükümler*, s. 276 vd.

nin aksine, bu fıkra (2. fıkra) tanımlanan nitelikli hâlinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir” denilmiş olsa da, aynı gerekçede açık bir biçimde “suçun oluşması için, gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehvî nitelikte bulunmaları yeterlidir; failin şehvi arzularının fiilen tatmin edilmiş olması gerekmez” denilmiştir.

Yukarıda mağdurun yaşının, fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin veya cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenin fiilin bir unsuru olduğuna değinilmişti. Failin kastının da fiilin işte tüm bu unsurlarına yönelik olması aranacaktır.⁷¹ Failin bu unsurlar üzerinde “kaçınılmaz” bir hataya düşmesi halinde bu hatasından yararlanacağını, fiilin suç oluşturmayacağını belirtmek gerekir (TCK m. 30/1). Yine fail, mağdurun rızasının bulunduğu şeklindeki hatasından da yararlanır (TCK m. 30/3).⁷² Ancak, bu hüküm uygulanırken mahkemece çok titiz davranılması, hatanın kaçınılmaz nitelikte olduğunun gerekli tüm adli tıp kayıtları getirtilerek tespiti gerekir. Bu nedenle failin bu unsurlar üzerindeki şüphesi, bilmeye eşit sayılmalıdır.⁷³

IX. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

A. TEŞEBBÜS VE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Çocukların cinsel istismarı suçunun, çocuğun vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranışın gerçekleştirildiği anda tamamlandığına ve bu açıdan suçun sırf hareket suçu olduğuna yukarıda değinildi. Sırf hareket suçlarına teşebbüs kural olarak mümkün değildir; ancak, hareket parçalara bölünebiliyorsa bu suçlara da teşebbüs mümkündür.⁷⁴ Şu halde elverişli vasıtalarla başlanan icra hareketleri, engel bir nedenle tamamlanamazsa fail bu suça teşebbüsten sorumlu olacaktır.

⁷¹ Tezcan / Erdem / Önok, s. 320; Artuç, s. 659; Parlar / Hatipoğlu, s. 1653; Gültaş / Gündüz, s. 54.

⁷² Toroslu, *Özel Kısım*, s. 65.

⁷³ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 65.

⁷⁴ Toroslu, *Genel Kısım*, s. 271.

Bilindiği gibi “teşebbüs” müessesesi 5237 s. TCK m. 35’te düzenlenmiş; 765 s. mülga TCK’da yer alan eksik (nakıs) –tam teşebbüs ayrımı kaldırılmıştır. Yine, hazırlık hareketleri- icra hareketleri ayrımının daha objektif esaslara dayanılarak yapılabilmesi için kanun tasarısındaki “*kastı şüpheye yer bırakmayacak*” ölçütü madde metninden çıkartılmış ve bunun yerine “*doğrudan doğruya icraya başlama*” ölçütü kabul edilmiş; böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacağı kabul edilmiştir.⁷⁵

Çocukların cinsel istismarı suçunun basit şekli yönünden icra hareketlerinin bölünmesi mümkün bazı durumlar söz konusu olabileceği için bu suç, teşebbüse müsaittir. Örneğin failin, cinsel organını mağdura tutturmak veya onun cinsel organını ellemek için onu elindeki bıçakla tehdit ederken engel nedenle suç tamamlanamamışsa cinsel istismar suçunun basit şekline teşebbüsten söz edilir.

Cinsel istismar suçunun vücuda organ veya sair bir cisim sokulmak suretiyle işlenmesi halini düzenleyen nitelikli cinsel istismar (TCK m. 103/2) suçuna da teşebbüs mümkündür. Ancak bu durumda failin hareketlerinin basit cinsel istismara mı, yoksa nitelikli cinsel istismara mı yönelik olduğunun belirlenmesi gerekir. Bu yapılırken de failin hazırlık hareketlerine, olay anında söylenen sözlere, olay yerine vs. bakılarak bir sonuca varılmalıdır. Örneğin Yargıtay bir kararında, failin mağdura “*seni yapacağım*” demesi ve elindeki kırık şişeyle mağduru soyunması konusunda zorlaması, ardından engel nedenle icra hareketlerinin tamamlanamaması durumunda nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüs suçunun oluşacağını kabul etmiştir.⁷⁶ Yine Yargıtay başka bir kararında, failin gece yarısı arabayı ıssız bir yere park etmesi, mağdureyi araca kilitleyerek “*bekâretine dokunmayacağım, ters ilişkiye gireceğiz*” demesi ve mağdurun üzerindeki kileri çıkarmasını sağlamak isterken mücadele etmeleri, bu mücadele esnasında failin aşırı alkol ve mağdurun karşı koyması nedeniyle dışarı boşalarak engel haller

⁷⁵ Bkz. TCK m. 35’in madde gerekçesi.

⁷⁶ Bkz. 5. CD’nin 30.01.2006 tarih ve 2005/18597 E., 2006/343 K. sayılı Kararı (Meran, s. 352).

nedeniyle nitelikli cinsel istismar suçunu gerçekleştiremediği, bu nedenlerle suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kanaatine varmıştır.⁷⁷

Fail, çocukların cinsel istismarı suçunun basit veya nitelikli şeklinde icra hareketlerine başlamış, ancak herhangi bir engel neden olmaksızın bu hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçmişse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacak; fakat failin o zamana kadar gerçekleştirdiği hareketler bir suç oluşturuyorsa, faile o suçtan ceza verilecektir (TCK m. 36). Örneğin, fail mağduru elindeki bıçakla tehdit ederek, “*pantolonunu indir, seni yapacağım*” demiş, ancak fiilinden, engel başka bir neden olmaksızın kendi rızasıyla vazgeçmişse çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna (TCK m. 103/2) teşebbüsten değil, cinsel taciz (TCK m. 105) suçundan; aynı örnekte fail, mağdurun göğsünü ellemişse ve ardından gönüllü olarak eyleminden vazgeçmişse, çocuğun cinsel istismarı suçunun basit şeklinden (TCK m. 103/1) sorumlu olduğunun kabulü gerekir.⁷⁸

B. İÇTİMA

Çocukların cinsel istismarı suçunu düzenleyen 103. maddenin (b) bendinde, *cebir ve tehdit* suçunun, çocukların cinsel istismarı suçunun bir “*unsuru*”; aynı maddenin 4. fıkrasında ise bir “*ağırlaştırıcı nedeni*” haline getirildiğine ve böylece her iki halde de TCK m. 42 anlamında bir “*bileşik suç*”a yer verildiğine; bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanamayacağı için fail hakkında cebir veya tehdit suçundan ayrıca ceza verilemeyeceğine (TCK m. 42) yukarıda değinildi.

Çocukların cinsel istismarı suçu için başvuru olan cebir ve şiddetin, kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacak; gerçek içtima uygulanarak her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilecektir (TCK m. 103/5). Ancak hemen belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun cinsel saldırı suçu yönünden kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uy-

⁷⁷ Bkz. 5. CD'nin 26.03.2007 tarih ve 1363/2213 sayılı Kararı (Meran, s. 352).

⁷⁸ Bkz. 5. CD'nin 27.05.2004 tarih ve 2003/3568 E., 2004/4361 K. sayılı Kararı: “*Mağdureyle cinsi ilişkide bulunma isteğinden ciddi bir engel yok iken ihtiyariyle vazgeçen sanığın bu aşamada kalan eyleminin tasaddi niteliğinde bulunduğu ...*”. Aynı yönde bkz. Tezcan / Erdem / Önok, s. 320; Sevük, *Cinsel İstismar*, s. 291; Artuç, s. 661.

gulanabilmesi için “mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılmış olması”nı araması, buna karşılık çocukların cinsel istismarı suçu bakımından “başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması” şartını arayarak çocuklar bakımından suçun oluşma şartlarını daha da ağırlaştırması her şeyden önce kanunun sistematığıne ve amacına aykırıdır.⁷⁹

“Zincirleme suç” müessesesi TCK’nun 43. maddesinde düzenlenmiş; maddenin 3. fıkrasında yer alan “cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı” deyimleri, 29.06.2005 tarih ve 5377 s. Kanun’un 6. maddesiyle madde metninden çıkarılmıştır. Böylece, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir çocuğa karşı cinsel istismar suçunun birden fazla işlenmesi halinde fail hakkında bir cezaya hükmedilir; ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır.

Burada dikkat edilmesi gereken ilk nokta, suçların bir suç işleme kararının icrası kapsamında, ancak “değişik” zamanlarda işlenmesinin gerektiği hususudur. Bu açıdan Yargıtay’ın, vermiş olduğu bir kararda,⁸⁰ “sanığın nitelikli cinsel istismar eylemini zorla hem anal hem de oral yoldan gerçekleştirdiği halde hakkında 5237 sayılı Yasa’nın 103/4 ve 43. maddelerinin uygulanmaması, karşı temyiz olmadığından bozma nedeni sayılmamıştır.” şeklindeki görüşüne katılmak güçtür. Zira karara konu olan olayda, birden fazla suç değil; ancak bir suç işleme kastına yönelik, birbirini yakın aralıklarla izleyen ve harekete bir bütün olma özelliği (hedefin tekliği, amaçta birlik) veren birden fazla davranıştan söz edilebilir.⁸¹ Bu nedenle olayda TCK m. 43 hükmünün uygulanamayacağı kabulü gerekir.⁸² Yargıtay da daha ileri tarihli bir kararında bu içtihadını değiştirmiştir. Gerçekten Yüksek Mahkeme, “...sanıklardan

⁷⁹ Dülger, s. 42.

⁸⁰ Bkz. 5. CD’nin 23.02.2006 tarih ve 2008/11972 E., 2008/10675 K. sayılı Kararı (Artuç, s. 662, dn.984).

⁸¹ Türkan Yalçın Sancar, *Müteselsil Suç*, Seçkin Yay., Ankara 1995, s.63, 64; Dönmezer-Erman, C. 1, s. 384; Erem / Danışman / Artuk, s. 345; Toroslu, *Genel Kısım*, s. 315; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, Beta Yay., İst. 1992, s. 499.

⁸² Artuç, s. 662; Tezcan / Erdem / Önok, s. 321. Aksi görüşte bkz Akçin, s. 135. Yazara göre, “nitelikli cinsel saldırı suçunu anal yoldan işlemeyi amaçlayan failin bunu gerçekleştiremeyince kalkışma aşamasında bırakarak, bu kez vajinal ve oral yoldan failini gerçekleştirmesi... halinde de zincirleme tek suçun oluştuğunun kabulü ile temel cezanın suçun tamamlanmış nitelikli şekline göre belirlenmesi, 43. madde uyarınca artırımın da bu miktar üzerinden yapılmasının uygun olacağı düşünülmektedir”.

Ömer'in, mağdurenin cinsel organına önce parmağını daha sonra da penisini ithal etmek suretiyle gerçekleşen eyleminde; zincirleme suçun değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi şartı bulunmadığı gözetilmeksizin" ceza verilmesi bozma nedeni sayılmıştır.⁸³

Dikkat edilmesi gereken diğer bir nokta, zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için suçların, "aynı kişiye" karşı işlenmiş olması gerektiği hususudur. Bu nedenle, farklı çocuklara karşı birden fazla cinsel istismarı suçu işlenmişse, mağdur sayısı kadar suç vardır ve her suç için ayrı ayrı ceza verilir.⁸⁴

Fail, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir çocuğa karşı hem çocukların cinsel istismarı suçunun basit halini hem de nitelikli halini⁸⁵ gerçekleştirirse, TCK m. 43/1 gereğince, bir suçun temel şekli ile daha az veya daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri aynı suç sayılacağından, hakkında nitelikli cinsel istismar suçu üzerinden zincirleme suç hükümleri uygulanarak TCK m. 103/2'de öngörülen ceza, TCK m. 43 uyarınca artırılarak verilecektir.⁸⁶

Ancak, her ne kadar kanun koyucu madde gerekçesinde de belirttiği gibi, TCK m. 103/2'de yaptırımı bağladığı suçu TCK m. 103/1'in nitelikli hali olarak düzenlemek istemiş ise de, kanaatimce maddenin birinci ve ikinci fıkrasında belirtilen suçlar ayrı ayrı birer suçun basit şeklini teşkil eder. Zira başlıca unsurları farklı olan suçlar arasında teselsül ilişkisi kurulamaz.⁸⁷ Bu iki suç arasında geçitli suç ilişkisinin bulunması,⁸⁸ birinin diğerinin nitelikli halini oluşturduğu anlamına gelmemelidir. Nasıl kasten yaralama fiili ile kasten öldürme fiili arasında müteselsil suç ilişkisinin varlığı düşünülemezse, mülga

⁸³ Bkz. 5. CD'nin 02.12.2008 tarih ve 2005/19512 E., 2006/1058 K. sayılı Kararı.

⁸⁴ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 237; Yenidünya, s. 3307; Baytemir, s. 199.

⁸⁵ "...Maddenin birinci fıkrasında, cinsel istismar suçunun temel şekli açısından ceza yaptırımını belirlemiştir. İkinci fıkrada ise, bu suçun işleniş tarzı itibarıyla nitelikli hâli tanımlanmıştır" (103. madde gerekçesinden).

⁸⁶ Meran, s. 350; Artuç, s. 662; Bkz. CGK'nın 20.03.1984 tarih ve 6-338/265 sayılı Kararı (Önder, Genel Hükümler, s. 501).

⁸⁷ Sancar, Müteselsil Suç, s.85; Erem / Danışman / Artuk, s.344.

⁸⁸ Dönmezer / Erman, C. 1, s.395.

TCK'daki irza geçme ve irza tasaddi, yeni TCK'da ise m. 103/1 ile m. 103/2 arasında müteselsil suç ilişkisinin varlığı kabul edilemez.⁸⁹

Çocukların cinsel istismarı suçunda mağdurun ruh ve beden sağlığının bozulması ağırlaştırıcı bir neden olarak öngörülmüştür (TCK m. 103/6). Maddenin bu fıkrası, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından özellik arz eder. Ceza Genel Kurulu'nun önüne gelen bir olayda Kurul, *"mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulmasının artırım nedeni olabilmesi için, kalıcı bir hasarın varlığı gerekmektedir. Kalıcı hasarın varlığı ise, doktor raporu ile belirlenecektir. Mağdurda oluşan bu kalıcı hasar ise, ancak bir kez oluşacaktır... Gerçekleşen her eylemde ruh sağlığının yeniden bozulması söz konusu değildir. Bu nedenle, suçun temel şeklinin zincirleme şekilde gerçekleştirildiği hallerde, mağdurun ruh sağlığının bozulması halinde, bu bozulmanın bir kez gerçekleştiği nazara alınarak, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç haline zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. Aksi halde sanık hakkında fazla ceza tayin edilmesi söz konusu olur. O halde ceza uygulaması yapılırken, zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı hallerde, TCY'nin 43. maddesi uyarınca artırım, diğer artırım nedenleri uygulanarak bulunan ceza üzerinden yapılacak ve artırım miktarı, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç nedeniyle TCY'nin 103/6. maddesi uyarınca yapılacak artırımla bulunan ceza miktarı üzerine eklenerek sonuç ceza miktarı belirlenecektir"* şeklinde karar vermiştir.⁹⁰ Bu nedenle örneğin, fail hakkında, değişik zamanlarda aynı mağdura karşı gerçekleştirdiği fiiller nedeniyle TCK m. 103/1 uyarınca 4 yıl; fiilini maddenin (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlediği için de cezasında yarı oranında artırım yapılarak toplam 6 yıl; suçun sonucunda mağdurun ruh ve beden sağlığı bozulduğu için en az 15 yıl hapis cezası verildiğini varsayarsak; bir an için, zincirleme suç hükmü gereği cezasında yapılacak ¼ oranındaki artırımın da 15 yıl üzerinden yapılması gerektiğini söyleyebilirdik. Ancak kararda da belirtildiği üzere, gerçekleşen her eylemde mağdurun ruh sağlığının yeniden bozulması söz konusu olamayacağı için, ¼ oranındaki artırımın

⁸⁹ Sancar, *Müteselsil Suç*, s.85; Dönmezer - Erman, C. 1, s.386.

⁹⁰ Bkz. CGK'nın 20.11.2007 tarih ve 2007/5-142 E., 2007/240 K. sayılı Kararı. Mülga TCK zamanında benzer bir uygulama kızlık bozma halinde gerçekleşecek "mayubiyet" in teselsül edemeyeceği yönündeydi: Bkz. 5. CD'nin 01.12.1993 tarih ve 3997/4323 sayılı Kararı (Bakıcı, s.206); Bkz. 5. CD'nin 10.12.1992 tarih ve 3637/3975 sayılı Kararı (Bakıcı, s.208).

15 yıl değil, 6 yıl üzerinden hesaplanması, bulunan 1 yıl 6 aylık sürenin bu kez 15 yıla eklenerek faile 16 yıl 6 ay ceza verilmesi gerekecektir.

TCK m. 109/5 uyarınca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu “cinsel amaçlarla” işlenirse fail hakkında verilecek cezalar yarı oranında artırılır. Fail, cinsel amaçlarla hürriyetinden yoksun kıldığı mağdur çocuğa karşı ayrıca TCK m. 103’te müeyyide altına alınan fiilleri gerçekleştirmişse, gerçek ıçtima kuralları uyarınca hakkında hem TCK m. 109/5’ten hem de TCK m. 103’ten ceza verilmesi gerekir. Zira TCK m. 109/5’te yalnızca faildeki saik göz önünde bulundurulmuş, buna karşılık failin ayrıca bir cinsel davranış gerçekleştirmiş olması şartı aranmamıştır.⁹¹ Bu açıdan cinsel istismar suçu kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun bir ağırlaştırıcı nedeni haline getirilmediğinden ortada bir bileşik suçun varlığından da söz edilemez.⁹²

Çocukların cinsel istismarı suçunun aile bireyleri arasında gerçekleşmesi halinde TCK m. 232’de hükme bağlanan “kötü muamele” suçunun da oluşacağını; ancak, fikri ıçtima kuralları (TCK m. 44) gereğince, gerçekleştirilen bir fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebep verildiği için fail hakkında, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan, dolayısıyla çocukların cinsel istismarı suçundan ceza verilmesi gerektiğinin kabulü gerekir.⁹³

Yine, TCK m. 94/1,a bendi uyarınca suçun çocuğa karşı işlenmesi ve m. 94/3’te işkence fiilinin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleştirilmesi nitelikli bir hal olarak öngörülmüştür. Maddede yer alan cinsel taciz fiilinden 105. maddede müeyyide altına alınan fiili anlamak gerekir. TCK m. 94’ün gerekçesinde de belirtildiği gibi, “üçüncü fıkraya göre, fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Dikkat edilmelidir ki, bu hükmün uygulanabilmesi için, mağdur üzerinde gerçekleştirilen fiillerin cinsel saldırı boyutuna ulaşmamış olması gerekir. Aksi takdirde, işkence suçunun yanı sıra, ayrıca cinsel saldırı suçundan dolayı da cezaya hükmetmek gerekecektir”. Bu nedenle işkence fiilinin, cinsel taciz fiiliyle birlikte işlenmesi halinde bileşik suç hükümleri uyarınca fail sadece TCK m.

⁹¹ Tezcan / Erdem / Önok, s. 321; Parlar / Hatipoğlu, s. 1659; Özbek, s. 634; Şen, s. 392.

⁹² Tezcan / Erdem / Önok, s. 321.

⁹³ Özbek, s. 634.

94/3 uyarınca sorumlu olacak; cinsel istismar fiiliyle birlikte işlenmesi halinde fail, gerçek içtima kuralları uyarınca hem işkence suçunun nitelikli şeklinden (TCK m.94/3) hem de çocukların cinsel istismarı suçundan (TCK m. 103) sorumlu olacaktır.⁹⁴

Çocukların cinsel istismarı suçunun, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur (TCK m. 77/1). Burada çocukların cinsel istismarı suçunun unsur olduğu bir bileşik suç söz konusudur.

C. İŞTİRAK

Çocukların cinsel istismarı suçuna her türlü iştirak (TCK m. 37 vd.) mümkündür. Bu bakımdan, tipik fiili birden fazla kişinin birlikte gerçekleştirmesi halinde asli faillikten söz edilebileceği gibi koşulları varsa azmettirme veya yardım etme (suç işlemeye teşvik etmek; suç işleme kararını kuvvetlendirmek; fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek; suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak; suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak) suretiyle iştiraktan dahi söz edilebilir.

Kanun koyucu bu suçun birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında artırılacağını hükme bağlamıştır (TCK m. 103/3). Benzer bir ağırlaştırıcı nedeni öngören TCK m. 102'nin gerekçesine bakıldığında, fiilin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinden, bu suçun icra hareketlerinin "*müşterek fail*"⁹⁵ (TCK

⁹⁴ Artuk, *Cinsel Taciz*, s. 75; Sevük, *Cinsel Saldırı*, s. 263, 264; Serap Keskin / Kızıroğlu, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar", *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, C. 2, Ankara 2008, s. 995, 996; Artuç, s. 662.

⁹⁵ Müşterek faillikten söz edilebilmesi için birden çok kişinin birlikte suç işleme kararına sahip olmalarının yanı sıra kural olarak tipik fiili de birlikte gerçekleştirmeleri gerekir. Ancak, suçu oluşturan tipik fiili gerçekleştirmemekle beraber, tipik fiili gerçekleştiren failin davranışıyla aynı zamanda ve tipik fiilin işlenebilmesi için mutlaka gerçekleştirilmesi gereken davranışlarda bulunan kimse de müşterek fail olarak sorumlu olur (Toroslu, *Genel Kısım*, s.303). Bu nedenle örneğin, bir kimse on dört yaşındaki bir çocuğa karşı cinsel davranış gerçekleştirirken diğer bir kimse bu çocuğu kollarından tutuyorsa, çocuğu kollarından tutan kimse de cinsel davranışı gerçekleştiren kendisi olmasa da müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır.

m.37) olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmesinin anlaşılacağı ifade edilmektedir. Diğer bir deyişle, suça azmettiren ya da yardım eden sıfatıyla iştirak halinde bu ağırlaştırıcı nedene başvurulamayacaktır.

X. MÜEYYİDE

İnceleme konumuz olan çocukların cinsel istismarı suçunun basit şekli için TCK m. 103/1'de öngörülen müeyyide, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasıdır.

Bu fiillerin üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır (TCK m. 103/3).

Yine cinsel istismarın, 103. maddenin birinci fıkrasının (a) bendindeki çocuklara (henüz on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara) karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır (TCK m. 103/4).

Cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır (TCK m. 103/5).

Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, on beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına (TCK m. 103/6); suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükümlenir (TCK m. 103/7).

XI. USUL

Çocukların cinsel istismarı suçunun basit şekli yönünden;

Soruşturma ve kovuşturma, (765 sayılı mülga TCK'da karşılık gelen suçlarda da olduğu gibi) re'sen yapılır; şikâyet şartı aranmamıştır.

Görevli mahkeme, 5235 s. Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10 vd. maddeleri gereğince Asliye Ceza Mahkemesi'dir.⁹⁶

Dava zamanaşımı, TCK m. 66/1,d ve m. 66/4 uyarınca on beş yıldır,⁹⁷ bu süre m. 66/6 uyarınca, suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlar.

SONUÇ

Bu çalışmada çocukların cinsel yönden istismar edilmesinin hukuki boyutuna; yeri geldikçe mülga ceza kanunundaki uygulamalara ve nihayet günümüzdeki kanuni düzenlemeye ve Yargıtay'ın bu konulardaki görüşlerine değinilmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinde hükme bağlanan çocukların cinsel istismarı suçu her ne kadar sorunu tespit ve soruna yaklaşım bakımından mülga TCK'ya nazaran daha çağdaş bir düşünceden hareket edilerek düzenlenmeye çalışılmış olsa

⁹⁶ 5235 s. K. m. 10: "Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, **sulh ceza mahkemelerinin** görevi içindedir" .

5235 s. K. m. 11: "Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere **asliye ceza mahkemelerince** bakılır" .

5235 s. K. m. 12: "(Değişik madde: 31/03/2005 – 5328 S. K./10.mad) Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikap (m. 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflas (m. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla **ağır ceza mahkemeleri** görevlidir" .

5235 s. K. m. 14: "Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının **üst sınırı** göz önünde bulundurulur" .

⁹⁷ 5237 s. TCK m. 66/4: "Yukarıdaki fıkralarda yer alan sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının **yukarı sınırı** göz önünde bulundurulur; seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır" .

5237 s. TCK m. 66/1,d: "Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası... d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda on beş yıl... geçmesiyle düşer" .

da, norm koyma tekniğinden bir hayli uzaklaşmıştır. Madde metninde yer verilen kavramların muğlâklığı, kullanılan ifadelerdeki özensizlik, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünün kendi içerisinde çelişiklere neden olacak eksiklikler, suç fiilinin veya suçun manevi unsurunun tespitini büyük ölçüde güçleştirmekte, ceza hukukunun en temel ilkelerinden birisi olan kanunilik ilkesini birçok yönden anlamsız hale getirecek yorum ve uygulamalara neden olmaktadır.

Çocukların cinsel yönden istismar edilmesinin hukuki boyutunun tespitinin yanında bu konunun “önleme” boyutu da büyük önem arz eder. Sorunun bu boyutu ayrı bir çalışmanın konusudur. Ancak, bu sorunun çözümüne toplumun temel kurumu olan ailelerin “bilinçlendirilmesi” ile başlamak en doğrusu olacaktır.⁹⁸ Çocukların sadece cinsel değil diğer tüm boyutlarıyla da istismarında ailelerin rolü “kara rakamlarda” kalmakta, bu nedenle tespit dahi edilememektedir.⁹⁹

Çalışmanın en başında da belirtildiği gibi, bu sorunun çözümü için hukukun olanaklarının yanı sıra psikoloji, sosyoloji, felsefe gibi disiplinlerden de destek alınmalı, bu multi-disipliner çalışmanın veri, uyarı ve önerileri, devletin politika aracında yerini bulmalıdır. Zira bu sorunun, yalnızca çocukları değil, bizzat toplumun kendisini ilgilendiren bir sorun olduğu unutulmamalıdır.

⁹⁸ Yapılan bir istatistiksel araştırmada cinsel istismara uğramış çocukların aileleri de incelenmiş; annelerin eğitim düzeyine bakıldığında, %20,8’inin herhangi bir eğitim kurumuna başlamadığı, %70’inin ilköğretim, %5,6’sının da ortaöğretim düzeyinde kaldığı; babaların eğitim düzeyine bakıldığında %9,7’sinin herhangi bir eğitim kurumuna başlamadığı, %70,8’inin ilköğretim, %11,1’inin ortaöğretim düzeyinde kaldığı, %1,4’ünün de üniversite eğitimi aldığı gözlenmiştir (Seher Akbaş / Ahmet Turla / Koray Karabekiroğlu / Ahmet Şenses / Melih Nuri Karakurt / Gökçe Nur Taşdemir / Ömer Böke, “Adli Makamlarca Çocuk Psikiyatrisi Polikliniğine Gönderilen Cinsel İstismara Uğramış Çocukların İstismar Şekilleri, Ruhsal ve Fiziksel Muayene Özellikleri”, *Adli Bilimler Dergisi*, Mart 2009, S.1, s.27).

⁹⁹ İstismar edenin mağdura yakınlığı konusunda yapılan istatistiksel araştırmaya göre, istismar edenlerin %44,4’ünün mağdurla “akraba” oldukları; mağdurların % 58,3’ünün de istismar olayını kendilerinin söyleyemediği, olayı başka yollardan öğrenildiği; yalnızca %3’ünün polise başvurduğu gözlemlenmiştir (Akbaş / Turla / Karabekiroğlu / Şenses / Karakurt / Taşdemir / Böke, s.28, 29).

KAYNAKLAR

- A. Caner Yenidünya, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", *Legal Hukuk Dergisi*, Eylül 2005, Yıl: 3, S. 33, s. 3284-3316.
- Abbas Kılıç, "Cinsel Hâkimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Eylül-Ekim 2008, S. 78, s. 167-204.
- Ali Parlar / Muzaffer Hatipoğlu, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.2*, Seçkin Yay., Ankara 2008.
- Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III*, Beta Yay., İstanbul 1992.
- Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yay., İstanbul 1985.
- Ayşe Nuhoglu, "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", *Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan*, İstanbul 1997, s. 59-70.
- Ayşe Nuhoglu, "Türk Ceza Kanununda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar", *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, İstanbul 2004, s. 609-640.
- Bahri Öztürk, *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel 21-22 Mayıs 2004-Ankara*, TBB, Ankara 2004, s. 143-145.
- Devrim Güngör, *Ceza Hukukunda Fil Üzerinde Hata*, Yetkin Yay., Ankara 2007.
- Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yay., Ankara 2006.
- Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2008.
- Duygun Yarsuvat / Köksal Bayraktar / Necmi Yüzbaşıoğlu, "Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar*, TBB, Ankara 2004, s. 285-318.
- Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yay., Ankara 2003.
- Erdal Baytemir, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*, Adalet Yay., Ankara 2009.
- Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.1*, Vedat Yay., İstanbul 2006.

- Esat Şener, *Hukuk Sözlüğü*, Seçkin Yay., Ankara 2001.
- Faruk Erem / Ahmet Danışman / Mehmet Emin Artuk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara 1997.
- Handan Yokuş Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2005, S. 57, s. 243-282.
- Handan Yokuş Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Nisan 2005, Yıl: 2, S. 5, s. 280-302.
- <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=istismar&ayn=tam>, E. T.: 01.10.2010
- <http://www.saglikterimleri.com/4995-stimulasyon-nedir.html>, E. T.: 31.10.2010
- İbrahim Dülger, "Çocukların Cinsel İstismarı", *Fasikül (Aylık Hukuk Dergisi)*, Mayıs 2010, Yıl: 2, S. 6, s. 41, 42.
- İhsan Akçin, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", *Yargıtay Dergisi*, Ankara 2006, C. 32, S. 1-2, , s. 99-144.
- İlhan Üzülmöz, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>, E. T.: 01.10.2010.
- İsmail Malkoç, *Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları*, Malkoç Kitabevi, Ankara 2005.
- Mehmet Emin Artuk, "Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105)", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Temmuz 2006, S. 7, s. 70-76.
- Mehmet Emin Artuk - Ali Rıza Çınar, "Yeni Bir Ceza Kanunu Araştırmaları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerinde Düşünceler", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar*, TBB, Ankara 2004, s. 37-85.
- Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- Mehmet Emin Artuk, *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel 21-22 Mayıs 2004-Ankara*, TBB, Ankara 2004, s. 150-152.
- Meşe İctihat Programı.
- Mustafa Artuç, *Kişilere Karşı Suçlar*, Adalet Yay., Ankara 2008.

- Mustafa Özen, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2006, S. 63, s. 96-108.
- Necati Apaydın, "TCK Tasarısındaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar*, TBB, Ankara 2004, s. 147-163.
- Necati Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Yay., Ankara 2008.
- Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yay., Ankara 2005.
- Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yay., Ankara 2007.
- Nevzat Toroslu - Yüksel Ersoy, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar*, TBB, Ankara 2004, s. 1-20.
- Nezih Ahmet Kök, "Çocuğun Cinsel İstismarında Adli Tıp Uygulamaları", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD)*, 2006, C. X, S. 3-4, , s. 3-13.
- Nurullah Kunter, *Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1954.
- Oğuz Polat, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı I: Tanımlar*, Seçkin Yay., Ankara 2007.
- Öykü Didem Aydın, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", http://www.turkhukuksitesi.com/makale_175.htm, E. T.: 01.10.2010.
- Sedat Bakıcı, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Adalet Yay., Ankara 1994.
- Seher Akbaş / Ahmet Turla / Koray Karabekiroğlu / Ahmet Şenses / Melih Nuri Karakurt / Gökçe Nur Taşdemir / Ömer Böke, "Adli Makamlarca Çocuk Psikiyatrisi Polikliniğine Gönderilen Cinsel İstismara Uğramış Çocukların İstismar Şekilleri, Ruhsal ve Fiziksel Muayene Özellikleri", *Adli Bilimler Dergisi*, Mart 2009, S.1, s. 24-32.
- Selami Mahmutoğlu, "TBMM Adalet Komisyonu'ndan Kabul Edilen TCK Tasarısı Hakkında Rapor", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar*, TBB, Ankara 2004, s. 357 vd.
- Serap Keskin / Kızıroğlu, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar", *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, C. 2, Ankara 2008, s. 995-1004.
- Sulhi Dönmezer, *Ceza Hukuku Özel Kısım: Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983.

- Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 1, Genel Kısım*, Beta Yay., İstanbul 1987.
- Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, Genel Kısım*, Beta Yay., İstanbul 1986.
- Ş. Cankat Taşkın, "Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu", *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Mart-Nisan 2010, S. 67-68, s. 77-110.
- Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yay., Ankara 2003.
- Türkan Yalçın Sancar, "Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu", *Güncel Hukuk Dergisi*, Nisan 2008, s. 12-16.
- Türkan Yalçın Sancar, *Müteselsil Suç*, Seçkin Yay., Ankara 1995.
- Türkan Yalçın Sancar, "Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler", *AÜHFD*, Ankara 2002, C. 51, S. 3, s. 1-25.
- Veli Özer Özbek, *TCK İzmir Şerhi: Yeni Türk Ceza Hukukunun Anlamı C. 2, Özel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara 2008.
- Veysel Gültaş / Remzi Gündüz, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Suçlar*, Bilge Yay., Ankara 2008.
- Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yay., Ankara 2003.
- Yener Ünver, "Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar", *Türk Ceza Kanununun 2 Yılı*, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 10, İstanbul 2008, s. 294-343.
- Yurdagül Erdem, "Çocuğa Yönelik İstismar ve İhmal: Hemşirelik Girişimleri", *Adli Bilimler Dergisi*, Eylül 2008, S. 3, s. 46-55.

MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA ADLİ YARDIM

LEGAL AID IN CIVIL PROCEDURE LAW

Mehmet AKBAL*

Özet: Yoksul bir kişi, haklı olduğuna dair delil getirmek koşuluyla mahkemeden adli yardım kararı alabilir. Bunun üzerine, hiçbir yargılama gideri ödemediği iddia veya savunmada bulunabilir.

Kişinin adli yardımdan yararlanabilmesi için 'yoksulluk' ve 'haklılık' şartlarını taşıması gerekir.

Adli yardım; hukuk mahkemelerinde, askeri ve idari yargıda, icra ve iflas takiplerinde, ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacizlerde uygulanır.

Anahtar Sözcükler: Adli yardım, yargılama giderleri, vekalet ücreti, yoksulluk koşulu, haklılık koşulu, yetkili mahkeme.

Abstract: A poor citizen can obtain a legal aid decision from the court provided that he prove his rightness.

In this case he can apply the court and maintain the process of judgement without any payment of court expenses

Anyone, who want to take advantage of the legal aid, has to have two condition, poverty and legitimacy

Legal aid is implemented on civil courts, military and administrative judiciary, execution and interim and precautionary measures.

Keywords: Legal aid decision, court expenses, attorney fee, condition of poverty, condition of legitimacy, authorised court.

* Hakim, Yargıtay 1. Başkanlığı Tasnif Kurulu.

GİRİŞ

Bilindiği gibi, hukuk mahkemelerinde dava açılabilmesi, yargılama harç ve giderlerinin ödenmesine bağlıdır. Harç ve masraflar, kişilerin ekonomik durumlarına göre alınmamakta, tam tersine ekonomik durumu ne olursa olsun herkes aynı giderleri ödemek zorunda bırakılmaktadır. Bu durum ise yoksul kişilerin mahkemelerde dava açmalarına engel olmaktadır.

Yoksul kişilerin hukuk mahkemelerinde dava açabilmelerini sağlamak amacıyla, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (m. 465-472) adli yardım müessesesi düzenlenmiştir. Buna göre, esas davasında haklı olmak koşuluyla yoksul bir kişi, mahkemeden adli yardım talep edebilir. Mahkemenin adli yardıma kararı vermesi üzerine de hiçbir yargılama gideri ödemediği esas davasını açabilir.

İşte, bu çalışmamızda, 'yoksulluk' ve 'haklılık' koşullarından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmuş; kimlerin adli yardım talep edebileceği açıklandıktan sonra, adli yardım kararının kapsamı açıklanmaya çalışılmıştır.

Teorik tartışmalardan daha çok uygulamanın üzerinde durulmuş; bugüne kadar Yargıtay'a intikal eden konuya ilişkin bütün kararlara ulaşılmaya çalışılmıştır. Mahkemelerin adli yardıma ilişkin kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulmadığı için sınırlı sayı Yargıtay kararı incelenebilmiştir. Bu kararların incelenmesi, tartışmalı olan bazı noktaları aydınlatması bakımından çok yararlı görülmüştür. Kararların çoğu ilk kez yayınlanmakta olup ilişkin kısımlarda dip not olarak verilmiştir.

Türkiye'de nüfusun önemli bir kısmı yoksulluk sınırının altında yaşamaktadır. Ancak adli yardım kurumunun yeterince işletilemediği de bir gerçektir. Halbuki adli yardım kurumunun etkin bir şekilde işletilmesi büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle, çalışmamızda adli yardım kurumunun aksayan yönleri üzerinde durulmuş, çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

A. GENEL OLARAK

Bir davanın açılabilmesi veya açılmış olan bir davanın takip edilebilmesi, belli bir ekonomik maliyeti gerektirmektedir. Bir davada yapı-

lan masraflar kişilerin ekonomik durumlarına göre değişmediğinden yoksul kişilerin yargılama harç ve giderlerinden sorumlu tutulması doğru olmaz. Zira, yoksul kişilerin dava açmaları ve kendilerini bir avukat ile temsil ettirmeleri ya da kendilerine karşı açılan bir davada savunma bulunabilmeleri oldukça zordur.¹

Yoksul bir kişinin gerekli harç ve giderleri ödeyememesi nedeniyle haklı olduğu bir konuda dava açamaması veya açmış olduğu bir davada avukat tutamaması sebebiyle kaybetmesi mümkündür. Diğer yandan, yoksul bir kişinin kendisine karşı açılan bir davanın ödenmesi gereken giderlerini karşılayamaması veya bir avukat tutamaması nedeniyle davayı kaybetmesi de mümkündür.²

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin "*sosyal bir hukuk Devleti*" olduğu belirtilmektedir. "*Sosyal Hukuk Devleti*"nin en önemli özelliklerinden biri vatandaşların tüm haklarının hukuki güvenceye kavuşturulmasıdır.³ Vatandaşların ekonomik duruma göre hukuki güvencenin değişmemesi sosyal hukuk devletinin gereğidir. Sosyal hukuk devletinin bir gereği olarak, mahkemeler önünde tarafların sahip olduğu hak ve yükümlülüklerde bir denge sağlanmalı ve yargılamanın sonuna kadar bu denge korunmalıdır. Ekonomik olarak güçsüz kişilere adli yardımda bulunulması bu dengeyi sağlayıcı bir işlev görevi görür.

Kişilerin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkesi ile bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri, devlet Anayasa'nın 5. maddesi gereğince ortadan kaldırmak zorundadır. Yani, hak arama özgürlüğünün kullanımını güçleştiren ekonomik ve sosyal engelleri ortadan kaldırmak devletin başlıca görevlerindedir. İşte, adli yardım kurumu devletin bu görevini yerine getirebileceği bir araçtır.⁴

¹ Yargılama giderleri kavramı için bkz. Faruk Erem, "Adli Yardım", *İmran Öktem'e Armağan*, Ankara 1970, s. 113.

² Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.V, İstanbul 2001, s. 5419; Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2005, s. 855.

³ Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2007, s. 648.

⁴ Alim Taşkın, "Adli Yardımın İşlevi ve Yardım Giderlerinin Geri Alma Zamanı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 1999/3, s. 834.

Anayasa m. 10'da düzenlenen "*kanun önünde eşitlik*" ilkesi de, kişilere yeterli hukuki güvence sağlanmasını gerektirir. Diğer bir ifade ile kişiler bir ekonomik sıkıntı kaygısı yaşamadan haklarını arayabildikleri ölçüde "*kanun önünde eşitlik*" ilkesi yaşama geçirilmiş olur.

Anayasa'nın "*hak arama hürriyeti*" başlıklı 36. maddesinde, herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanarak yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma bulunma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Bu düzenleme, ekonomik koşulları ne olursa olsun bütün yurttaşların mahkemelerde dava açabilmeleri veya savunmada bulunabilmeleri ile bir anlam ifade eder.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğü de kapsamaktadır. Buna göre, her şahıs kamu veya özel hukukla ilgili davasını; yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkemeden makul sürede adil ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hak arama özgürlüğü yeterince güvenceye alınmamışsa, adil yargılanma hakkından söz etmek mümkün olmayacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargılama harç ve giderlerinin yoksulluk nedeniyle ödenememesini, mahkemeye başvuru hakkının ihlali olarak yorumlamaktadır. Mahkeme'nin, adaletin gerçekleşmesinin kişinin avukatla temsil edilmesi ile mümkün olduğu durumlarda, yoksul kişilere bir avukat atanması gerektiği yönünde de kararları mevcuttur.⁵

İşte, "*sosyal hukuk devleti*", "*kanun önünde eşitlik*", "*hak arama özgürlüğü*" ilkeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6'da düzenlenen "*adil yargılanma hakkı*" adli yardım kurumunun düzenlenmesini zorunlu kılmıştır. Böylece, yoksul kimselerin mahkemelerde dava açabilmelerine ve savunmada bulunabilmelerine imkân sağlanmıştır.

B. ADLİ YARDIM KAVRAMI, UYGULAMA ALANI VE ADLİ YARDIMDAN YARARLANABİLECEK KİŞİLER

I. Adli Yardım Kavramı ve Uygulama Alanı

Adli yardım, ilk görünüşe göre haklı olan gerçek kişilerin yoksullukları nedeniyle yargılama giderlerinden geçici olarak, atanmışsa

⁵ Taşkın, s.832.

avukat ücretinden ise tamamen muaf tutulmasıdır.⁶ Kısaca adli yardım, yoksul kişilerin yargılama giderlerinden yargılama sonuna kadar, avukatlık ücretinden is tamamen muaf tutulmasıdır.⁷

Adli yardım, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 465 ile 472 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre, kendilerinin ve ailelerinin geçimini önemli ölçüde zora sokmaksızın yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda olan kişiler, haklı oldukları yönünde bir kanaat uyandırdıkları takdirde yargılama giderlerinden geçici olarak muaf tutulurlar.

Hukuk davalarının yanında, icra ve iflas takiplerinde, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve diğer geçici hukuki koruma tedbirlerinde de adli yardım hükümleri uygulanır.⁸ Adli yardıma ilişkin bu hükümler idari ve askeri yargıda da uygulanmaktadır.⁹

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun adli yardıma ilişkin hükümlerinin ceza mahkemelerinde uygulanacağı ileri sürülmekte ise de,¹⁰ "şahsi dava" açmanın kaldırıldığı, bütün davaların kamu davası olarak açıldığı ve Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun vekil ve müdafiliğe ilişkin hükümleri (CMK m. 150, 234/3) dikkate alındığında, sanıklar bakımından bu hükümlerin uygulama kabiliyetinin kalmadığı anlaşılmaktadır. Ancak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nu kapsamında vekil atanamadığı hallerde, mağdur, şikayetçi ve zarar görenler bakımından adli yardım hükümlerinin uygulanmasına engel bir düzenleme de bulunmamaktadır.¹¹

⁶ Her ne kadar hayır kurumlarının adli yardım talebinde bulunma hakları varsa da, uygulaması pek olmadığından ayrıntılı olarak değinilmeyecektir.

⁷ Funda Bacınoğlu, "Ankara Barosu Adli Yardım Kurulu Eğitim Semineri", *Hukuk Merceği*, Konferans ve Paneller, Ankara 2007, s. 568.

⁸ Ancak, ihtiyati haciz konusunda yasa maddesinde hüküm olmamasına rağmen, öğreti ve uygulamada ihtiyati haciz için de adli yardımın talep edilebileceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Bkz. Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 855 dipnot 53.; Kuru, s.5419.

⁹ Ejder Yılmaz,, "Adli Yardım Kurumunun İdari Yargıda Uygulanması", *Mali Hukuk Dergisi*, 1987/7, s. 16.

¹⁰ Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 649.

¹¹ İdil Elveriş, *Türkiye'de Adli Yardım*, İstanbul 2005, s. 40.

Adli yardım hükümlerinin tahkimde uygulanacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Mali yükümlülükler, istisna ve muafiyetler, Anayasa'nın 73. maddesine göre ancak kanunla düzenlenebilir. Bir tür muafiyet olan adli yardım hükümlerini hakem yargılamasında uygulamak mümkün değildir. Bu nedenle, hakemlerin adli yardım kararı verme yetkileri bulunmadığı gibi, hakem yargılaması için mahkemelerden adli yardım kararı almak da mümkün değildir.¹²

II. Adli Yardımdan Yararlanabilecek Kişiler

Ekonomik olarak zor durumda olan gerçek kişileri korumak amacıyla adli yardım müessesesi getirilmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 465. maddesinde '*kendisiyle ailesinin geçiminden*' bahsedilmektedir. Aile geçimi ise ancak gerçek kişiler için geçerlidir. Bu da demek oluyor ki, adli yardımdan ancak gerçek kişiler yararlanabilecektir.

Dava ve takip ehliyetine sahip her gerçek kişi gerekli şartları taşıyorsa adli yardım talebinde bulunabilir. Kuşkusuz kişilerin vekilleri aracılığı ile adli yardım talebinde bulunmaları mümkündür. Vekil, vekaletnamede özel yetki olmasa bile (m. 62) adli yardım talebinde bulunabilir.¹³ Vasi, kayyım ve kanuni temsilci de adlarına hareket ettiği kişi yararına adli yardım talebinde bulunabilir.¹⁴ Diğer yandan yalnız Türk vatandaşları değil, karşılıklılık koşulu bulunması şartıyla yabancı gerçek kişiler de adli yardımdan yararlanabilirler. Tüzel kişilerin adli yardım talebinde bulunmaları ise mümkün değildir.¹⁵ Ancak kamu yararı düşüncesiyle hayır kurumlarının adli yardımdan yararlanabileceği

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Taşkın, s. 838-839. Erem, s. 116; Mahkemelerce verilen adli yardım kararlarının hakem yargılamasında geçerli olduğu da savunulmaktadır. Bkz. Mehmet Kabakcıoğlu, "Muzahareti Adliye", *Adliye Ceridesi*, 1942/3, s.380.

¹³ Kabakcıoğlu, s.378.

¹⁴ Pekcanitez / Atalay / Özeks, s. 649.

¹⁵ "...sermaye şirketlerinin adli yardımdan yararlanmalarının mümkün bulunmaması karşısında davacı şirketin adli yardıma karar verilmesine ilişkin isteminin reddinde bir isabetsizlik olmadığından..." 11. HD, 16.11.2008 T 2007/9398 E. 2008/12385 K. (Yayımlanmamıştır).

düzenlenmiştir (m. 265/2).¹⁶ Hukukumuzda 'hayır kurumları' şeklinde bir tüzel kişilik örgütlenmesi bulunmadığına göre, bu kavramı kamu yararına çalışan dernekler ve vakıflar şeklinde anlamak gerekir. Ancak her kamuya yararlı dernek ve vakıf değil, hayır işleri yapan, yani ihtiyacı olanlara karşılıksız yardım eden kamuya yararlı dernek veya vakıf adli yardım talebinde bulunabilir. Hakim, kamuya yararlı dernek veya vakfın amacına ve fiilen bu amaç doğrultusunda hareket edilip edilmediğine bakarak hayır işleri ile uğraşıp uğraşmadığını, dolayısıyla hayır kurumu olup olmadığını takdir edecektir.¹⁷

C. ADLİ YARDIMDAN YARARLANMA KOŞULLARI

Adli yardımdan yararlanabilmek için kişinin yoksul ve ilk görüşme göre esas davasında haklı olması gerekir.¹⁸

I. Yoksulluk Koşulu

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 465. maddesine göre, kendisi ile ailesinin geçimini önemli ölçüde sıkıntıya düşürmeksizin gerekli yargılama giderlerini kısmen veya tamamen karşılayabilecek durumda olmayan kimseler, yoksul sayılır.

Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahiptir (Ay. m. 17) Bu nedenle, bu temel hakkın doğal sonucu olarak, yeme-içme, giyinme, barınma, sağlık, ula-

¹⁶ Yabancı ülkelerin hayır kurumlarının adli yardımdan yararlanıp yararlanmayacağı Yasada düzenlenmemiştir. Ancak karşılıklılık koşulunun bulunması şartıyla yabancı hayır kurumlarının da adli yardımdan yararlanabileceği kanısındayım.

¹⁷ Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 649.; Bu husustaki kanun hükmünün geniş yorumlanarak, yalnız kamuya yararlı dernek ve vakıflar için değil, hayır işleri yapan bütün dernek ve vakıfların adli yardımdan yararlandırılması gerektiği yönündeki görüşü için, bkz. Kemal Hakkı Reisoğlu, "Müzaharetli Şahsın Davada Haksız Çıkması", *Adalet Dergisi*, 1952/1, s. 57; Erem, s. 115.

¹⁸ Bazı hallerde bir kimsenin bu iki şart aranmaksızın adli yardımdan yararlanabileceği özel kanun maddesi ile düzenlenmiştir. Bkz. 1111 sayılı Askerlik Kanunu m. 61; 4308 sayılı Seferberlik ve Fevkalade Hallerde Askeri Şahıslara Ait Hukuk Davaları ile İcra Takiplerinde Yapılacak Muameleler Hakkında Kanun m. 1; 4539 sayılı Doğal Afet Bölgelerinde Afetten Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümüne ve Bazı İşlemlerin Kolaylaştırılması Hakkında Kanun m. 3.

şım, kültür gibi kişinin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanları yoksul kabul etmek gerekir.¹⁹

Adli yardım için genel anlamda yoksulluk değil, nispi bir yoksulluk aranmaktadır. Adli yardım talebinde bulunan kişi, genel olarak yoksul olmayabilir; ancak, yargılama giderlerini ödemediği takdirde kendisinin ve ailesinin geçimi önemli ölçüde sıkıntıya düşecekse, yoksulluk koşulu var sayılır.²⁰ Yoksulluk şartı nispi bir nitelik taşıdığından, kişinin ekonomik durumunun yanında, açılan veya açılması düşünülen davada yapılacak masraf miktarlarının da dikkate alınması gerekir.

Ortalama bir geçim düzeyine sahip olmakla beraber, dava nedeniyle yapmak zorunda olduğu giderler nedeniyle önemli ölçüde maddi sıkıntıya düşecek olan kişiler, HUMK gereğince yoksul sayılırlar.²¹ Bu nedenle, bir devlet memuru bile, bir davanın gerektirdiği harç ve gideri karşıladığında kendisinin ve ailesinin geçimi önemli ölçüde sıkıntıya düşecekse, adli yardımdan yararlanabilir.²²

Küçükler adına adli yardımda bulunan velinin de yoksul olması gerekiyor. Zira, veli, velayeti altındaki küçüğe bakmakla yükümlüdür. Küçüklerin malvarlıkları da velinin idare ve gözetimi altındadır. Dolayısıyla, bu durumda aslında küçüğün yoksulluğundan daha çok, velinin yoksulluğu aranmaktadır.

Vasinin ise, yoksul olması gerekmez. Çünkü vasi vesayeti altındaki kişinin mallarını onun adına yönetmekle görevlidir. Vesayeti altındaki kişinin mal varlığından yararlanamadığından, onun masraflarını karşılamakla da yükümlü değildir.

Hayır, kurumlarının adli yardım talepleri ise, olağan gelirleri, borçları, harcamaları ve yaptıkları faaliyetler göz önünde bulunduru-

¹⁹ Ömer Uğur Gençan, Adli Yardım, *Yargıtay Dergisi*, 2005/1-2, s. 129

²⁰ Ülkemizde davanın değeri ve niteliği dikkate alınarak yaklaşık ne kadar masrafa ihtiyaç duyulduğu, kişinin, ekonomik durumuna göre önemli bir sıkıntıya düşmeksizin bunu ödeyip ödeyemeyeceğine pek bakılmamakta; kişinin genel olarak yoksul olup olmadığı araştırılarak ona göre karar verilmektedir.

²¹ Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 650.

²² Gençan, s.130.

larak, önemli ölçüde bir sıkıntı yaşamadan yargılama giderlerini ödeyip ödeyemeyeceklerine göre değerlendirilmelidir.²³

II. Haklılık Koşulu

Adli yardım talebinde bulunan kişinin, yoksul olmasının yanında, haklı da olması gerekir (m. 465).²⁴ Haklı olma koşulu, teknik anlamda ispat hukukunun uygulanması sonucu ulaşılan bir haklılık değildir. Zira ancak yargılamanın sonunda kimin haklı kimin haksız olduğu ortaya çıkacaktır. Yani, haklılık şartını, esas davanın sonucunda ulaşılan hukuken haklı olma şeklinde anlamamak gerekir. Dolayısıyla, adli yardım talebi ile ilgili yargılamada asıl davalardaki gibi haklı olduğunun tam olarak ispat edilmesi gerekmez.

Haklılık koşulunu, ilk bakışta asıl davayı kazanma olasılığının, kaybetme olasılığına göre daha fazla olması şeklinde anlamak gerekir.²⁵ Diğer bir ifade ile buradaki ispat daha çok ilk görünüşte açıkça haksız durumda bulunmamak ve hâkimde haklı olunduğu konusunda bir izlenim uyandırmaktır. Asıl davada başarısız olunacağı açıkça anlaşılıyorsa adli yardım talebinde bulunulamaz.²⁶

Haklılık koşulunun araştırılması sırasında yanılğı ile tam ispat ya da gerçeğe yakın ispatın aranması halinde, yoksul kişilerin hak arama özgürlüklerine büyük bir darbe vurulmuş olunacaktır. Haklılık şartının katı bir şekilde incelenerek, adli yardım taleplerinin reddedilmesinin sakıncaları daha çoktur. Bu nedenle, mahkemelerin asıl davayı kazanma şansı daha fazla ise, yoksul kişilerin adli yardım taleplerini kabul etmeleri daha doğru olur.

Hâkim haklılık konusunda takdirini kullanırken adli yardım kurumunun amacı ve gereklerini göz önünde bulundurmak zorundadır.

²³ Ancak, Erem, hayır kurumları için yoksulluk şartının aranmadığı görüşündedir. Bkz. Erem, s. 115.

²⁴ "...Adli yardım için yoksulluk şartının yeterli olması gerektiği, haklılık şartının aranmasının taraflar arasında eşitsizliğe neden olduğu ve bu nedenle kaldırılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Ejder Yılmaz, Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti, ABD, 1984, s. 219.

²⁵ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 651.

²⁶ Gençcan, s. 130.

Aksi takdirde, hâkim dava hakkındaki kanaatini gerekmediği halde davanın başında belirtmiş olacaktır ki, bu durum hâkimin reddi sebebidir (m. 29/2).²⁷

Adli yardım talepte bulunan kişi, dava veya savunmasında haklı olduğu yönünde kanıtlarını göstermelidir.

D. ADLİ YARDIM TALEPLERİNDE USUL

I. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Asıl dava açılmadan önce adli yardım talebinde bulunuluyorsa, görevli mahkeme asıl davaya bakmakla görevli olan mahkemedir. Dava açıldıktan sonra ise, ancak davanın görüldüğü mahkemede adli yardım talebinde bulunulabilir (m. 468/1, 469/11). Bu kural, hukuki koruma tedbirleri için de geçerlidir.

Birleştirilen ve ayrılan davalar için verilen adli yardım kararları, birleştirilen veya ayrılmasına karar verilen davalar bakımından geçerlidir. Ancak, şartların değişmesi halinde adli yardım kararı kaldırılabilir.²⁸ Adli yardım kararının verildiği dosya işleminden kaldırıldıktan sonra süresi içinde tekrar yenilenirse, adli yardım kararı geçerli olmaya devam eder.

İcra takipleri yönünden, adli yardım taleplerine icra mahkemeleri bakmakla görevlidir (İİK m. 15/2). Takip aşamasında alınan adli yardım kararı, takibin tüm aşamaları için geçerlidir. Hatta adli yardım kararının, takiple ilgili genel mahkemelerde açılan itirazın iptali ve menfi tespit davası gibi davalar için de geçerli olması gerekir.²⁹

İflas yoluyla takiplerde de, adli yardım ile ilgili taleplere icra mahkemesi karar vermekle görevlidir (İİK m. 15/2). Takip aşamasında alınan adli yardım kararı, iflas davasını gören ticaret mahkemesinde

²⁷ Taşkın, s. 839.; "İhtiyati tedbir, ihtiyati haciz delil tespiti veya adli yardım kararı vermiş veya bu taleplerin reddine karar vermiş olan hakim böyle bir karar vermiş olması nedeniyle reddedilemez. Çünkü; bütün bu hallerde hakim, daha önce Kanunen gerektiği için reyini beyan etmiş (karar vermiş) durumdadır." 20. HD, 09.07. 2009 T, 2009/9855-11696 S. (Yayımlanmamıştır).

²⁸ Kabakcıoğlu, s. 379.; Atalay, s. 45.

²⁹ Pekcanitez / Atalay / Özeker, s. 651

de geçerlidir. Zira iflas davası, iflas takibinin ayrılmaz bir parçasıdır. Ancak, daha önce istenmemişse, ticaret mahkemesinde de adli yardım talep edilebilir.

Asıl dava için yetkili olan mahkeme, adli yardım talepleri yönünden de yetkilidir. Asıl dava hangi yer mahkemesinde açılacaksa, o yer mahkemesinde adli yardım talebinde bulunulması gerekir.

Başka yer mahkemesince verilen adli yardım kararı, davaya bakan mahkemeyi bağlamaz. Dava açıldıktan sonra ise; ancak, davanın açıldığı yer mahkemesinden adli yardım talebinde bulunulabilir (m. 468).

İcra takiplerinde ise, takibin yapıldığı veya yapılacağı yerdeki icra mahkemesi yetkilidir (m.15/2).

Adli yardım konusundaki yetki kuralı kesindir. Yetki sözleşmesi yapılamaz.

II. Talep Usulü

Adli yardım talebi yazılı veya sözlü olarak yapılabilir (m. 468).³⁰ Dava açılmadan önce adli yardım talebinde bulunulabileceği gibi; dava dilekçesiyle birlikte veya dava açıldıktan sonra da talepte bulunulabilir.

Dava açılmadan önce yapılan adli yardım talepleri her türlü harç ve resimden muaftır (m. 468/2). Bu nedenle, hak düşürücü sürenin veya dava zamanaşımı süresinin dolması söz konusu değilse, davadan önce adli yardım talebinde bulunulması daha doğru olacaktır. İlişkin olduğu dava veya iş belirtilmeyen adli yardım taleplerinin incelenemeyeceği ileri sürülmektedir.³¹

Dava dilekçesiyle adli yardım talebinde bulunulması mümkündür. Dava dilekçesiyle aynı zamanda adli yardım talebinde bulunulmuşsa, mahkeme karar verene kadar harç ve giderlerin en azından bir kısmının yatırılmasını isteyebilir. Bu durumda adli yardım talebi kabul

³⁰ Ancak uygulamada daha çok yazılı olarak talepte bulunulmaktadır.

³¹ Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 651.; Ancak hakim, müphem ve çelişkili gördüğü hususlarda izahat isteyebileceğinden ve talepte bulunandan davasını somutlaştırmasını istemesi daha doğru olur (m. 75/2)

edilse bile ödenen harç ve masraflar iade edilmez.³² Uygulamada, dava dilekçesi adli yardım talepli ise, peşin alınan karar ve ilam harcı alınmamakta ancak başvuru harcı, posta masrafları tahsil edilmektedir. UYAP sisteminin Türkiye'nin her yerinde uygulanmaya başlanması ile tüm davalar UYAP üzerinden açılmaktadır.³³ UYAP üzerinden bir davanın açılabilmesi ise, sistemde tanımlanan harç ve giderlerin yatırılmasına bağlıdır. Aksi takdirde davanın açılması, dolayısıyla hakimin adli yardım talebini incelemesi mümkün olmayacaktır.

Adli yardım talebinde bulunan kişinin, yoksul olduğunu kanıtlamak için, oturduğu yer belediyesi veya ihtiyar heyeti tarafından düzenlenmiş olan fakirlik belgesini talebine eklemesi gerekir.³⁴ Bu belgede, adli yardım talebinde bulunanın hangi meslekle uğraştığı, geliri, serveti, vermekte olduğu vergi miktarı, ailesinin hal ve vaziyeti ve dava masraflarını ödemeye gücünün yetmediği yazılması gerekir (m. 468).³⁵

Dava dilekçesiyle adli yardım talep edilmişse, hâkimin öncelikle adli yardım talebi hakkında bir karar vermesi gerekir.³⁶ Adli yardım talebi kabul edildiği takdirde herhangi bir harç ve masraf alınmadan yargılamaya devam edilir. Adli yardım talebi reddedildiği takdirde ise, yargılamaya devam edilebilmesi için öncelikle ödenmeyen peşin

³² İdil Elveriş, *Türkiye'de Adli Yardım*, İstanbul 2005, s. 50.

³³ Kısa adı UYAP olan Ulusal Yargı Ağı Projesi, mahkemeler ile diğer bütün yargı birimlerinde kullanılan merkezi bilgisayar sistemi ağına verilen addır.

³⁴ Yalnız muhtar tarafından imzalanan fakirlik belgesinin geçerli olmadığına yönelik Danıştay kararları mevcuttur. Bkz. Kuru, s. 5419 dipnot 6. ancak uygulamada yalnız muhtarın imzaladığı belge ile yetinildiği de görülmektedir.

³⁵ Mahkeme, bu belgedeki bilgilerden yoksulluk şartının gerçekleştiği kanaatine varmazsa, vergi daireleri, banklar, tapu müdürlükleri, Sosyal Güvenlik Kurumu gibi mercilerden gerekli araştırmaları yaparak yoksulluk şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırır; "Mahkemece, araştırma sonunda bir kısım davacıların üzerlerine kayıtlı taşınır ve taşınmaz mallar belirlendiği ve fakir olmadıkları gerekçesi ile fakirlik ilmühaberi düzenleyen muhtar ve ihtiyar heyeti üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunularak..." 8. HD, 09.02.2009 T. 2008/5478 - 691 S. (Yayımlanmamıştır).

³⁶ "Yerel mahkemece öncelikle, davacının adli yardım istemi değerlendirilerek; adli yardım isteminin reddi halinde ise gerekli harcın yatırılması için davacıya yöntemine uygun süre verilerek sonucuna göre işin esasının incelenerek bir karar verilmesi gerekecektir..." 4. HD, 27.04.2009 T, 2009/7485-12029 S. (Yayımlanmamıştır).

harç ve giderlerin ödenmesi gerekir. Aksi takdirde 409. madde gereğince dosyanın işleminden kaldırılması gerekecektir.³⁷

Adli yardım talebini içeren dava dilekçesi mahkemeye verildiğinde, ibraz edilen belgelere göre adli yardım şartlarının bulunduğu hâkim kanaat getirmez ve gerekli mercilerden soruşturmaya başlarsa, kalem şefi veya yardımcısının, davacıya adli yardım konusunda henüz bir karar verilmediğini ve bu sebeple, dava dilekçesinin harçsız kabul edilemeyeceğini anlatması gerekir.³⁸ Ancak, uygulamada, Adli yardım talepli davalar da, başvuru harcı ve beli masraflar alınmak suretiyle UYAP üzerinden açıldığından, dosya tevzi bürosu bilgisayarına kaydedildiği anda dava açılmış sayılır.³⁹ Bu nedenle, kalemin böyle bir uyarı yapmasının anlamı kalmamıştır.

³⁷ "...Yasa, harcın tamamlanmasını yanların isteğine bırakmamış, (492 s. Yasa m. 26) mahkemece kendiliğinden nazara alınacağını, 492 sayılı Harçlar Yasası'nın 32. maddesinde yargı işlemlerinde alınması gereken harçların ödenmedikçe müteakip işlemlerin yapılamayacağını öngörmüştür. ...Öte yandan; önele rağmen harcın tamamlanmamış olması da doğrudan davanın reddine esas teşkil etmez. Böyle bir durumda, mahkemece yapılacak iş; HUMK'nın 409. maddesi uyarınca dosyanın yenileninceye kadar işleminden kaldırılmasına; maddede belirtilen süre içerisinde harcın yatırılmadığı, dosyanın yenilenmediği anlaşıldığı takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesinden ibarettir..." 1. HD, 29.04.2009 T, 2009/2721 -4991 S.; "...Davacı vekilinin adli yardım talebi davacının ekonomik ve sosyal durumu dikkate alınarak mahkemece reddedilmiş, davacı vekili buna rağmen eksik kalan karar ve ilam harcını yatırmamıştır... Kanununun hükmünden de anlaşılacağı üzere karar ve ilam harcının eksik yatırılıp tamamlanmaması halinde dosyanın işleminden kaldırılması gerektiği..." 8. HD, 26.05.2008 T. 2008/2429 -2834 S. (Yayımlanmamıştır).

³⁸ Bkz. Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliği m. 19.; Yargıtay Uygulamasına göre ise: "... harca tabi davalarda her dava açılırken davalıdan başvurma harcı ile nispi harca tabi davalarda nispi karar ve ilam harcının dörtte biri peşin olarak alınır. Gerekli harçlar alındıktan sonra dava dilekçesi esas defterine kaydedilir ve dava, dava dilekçesinin esas defterine kayıt edildiği tarihte açılmış sayılır. İnceleme konusu olan bu olayda maddi tazminattan bakiye alacak miktarı ile manevi tazminat istemine ilişkin dilekçenin verilmesini takiben başvurma harcının yatırıldığı, nispi harç ile ilgili olarak da davacının adli yardımdan yararlandırıldığı anlaşılmaktadır. Bu duruma göre ıslah talebiyle verilen dilekçenin bu haliyle bir ek dava dilekçesi olarak kabulünün gerektiği ortadadır..." 21. HD, 14.10.2008 T. 2008/14382 -15743 S. (Yayımlanmamıştır).

³⁹ Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliği m. 18/A " Bilgisayar kullanan hukuk ve ticaret mahkemelerinde; dava dilekçesinin, Tevzi Bürosu bilgisayarına kayıt tarihi, davanın açıldığı tarihtir".

Dava açıldıktan sonra da adli yardım talebinde bulunulabilir. Ancak, Adli yardım talebinin kabulü halinde bu karar geriye doğru değil, ileriye doğru etki doğurur. Bu nedenle, hakkında adli yardım kararı verilen kişi, daha önce ödediği harç ve masrafın kendisine ödenmesini isteyemez.

Davanın görülmesi sırasında, davacı tarafın yoksulluk nedeniyle yargılama giderlerini ödeyemeyeceğini beyan etmesi halinde, dava-cıya adli yardım talebinde bulunması için uygun bir süre verilmesi, adli yardım talebinde bulunduğu takdirde adli yardım kararı verilerek yargılamaya devam edilmesi gerekir.⁴⁰

Yargılamanın sonuna kadar adli yardım talebinde bulunulabileceği gibi, hüküm verildikten sonra ancak temyiz süresi içerisinde, kararı veren mahkemeden adli yardım talebinde bulunulabilir.⁴¹ Bu durumda, hâkimin öncelikle adli yardım talebi hakkında bir karar vermesi, adli yardım talebi reddedildiği takdirde temyiz harç ve masraflarını yatırması için tebligatta bulunması; buna rağmen, gerekli harç ve gi-

⁴⁰ Taşkın, s. 845.

⁴¹ "Mahkemece, asıl davanın ve birleştirilen davanın da kabulüne karar verilmiş, davalı fakir olması nedeniyle harcı ödeyemeyeceğini bildirip adli yardımdan yararlandırılarak dosyanın Yargıtay'a gönderilmesini istemiş mahkemece 30.5.2008 tarihinde davalının isteği kabul edilerek yargılama harçlarını ödemekten geçici olarak muafiyetine karar verilmiştir.

Bilindiği üzere adli yardım, fakir bir kimsenin bir davanın gerektirdiği oldukça kabarık olan harç ve masrafları sağlayamaması durumunda, bu mali külfetlerden geçici olarak muaf tutulmasıdır. (HUMY 465.472 m.) Anılan maddelerde adli yardımın yargılamanın hangi aşamalarında yapılacağı hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Temyizde bir dava olduğuna göre, temyiz aşamasında da adli yardım kararı verilebileceği kabul edilmelidir. Bu kabulün, yargı mercileri önünde hak arama özgürlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesi ile adil yargılanma hakkını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddelerine uygun olduğu da kuşkusuzdur." 1. HD, 28.11.2008 T, 2008/8055-12520 S. (Yayımlanmamıştır); "...eksik kalan giderlere yönelik davalılar vasisine "tebliğinden itibaren 7 günlük kesin süre içinde giderlerin tamamlanması, aksi halde kararın temyiz edilmemiş sayılmasına karar verileceği" meşruhatını içeren muhtıra tebliğ edildiği, tebliğden sonra yasal süre içinde vasinin eksik harç ve giderleri yatırmadığı ancak adli yardım isteminde bulunduğu görülmüş, muhtıra gereği yerine getirilmemesine kararın mahkemece HUMK'nın 434/3. maddesi uyarınca bir karar verilmemiştir..." 4. HD, 27.04.2009 T. 2008/10147-5961 S. (Yayımlanmamıştır).

derler yatırılmadığı takdirde temyiz istemini reddetmesi gerekir (m. 434).⁴²

Temyiz harç ve giderleri için adli yardım talebinde bulunulamayacağına ilişkin kararlar da mevcuttur.⁴³

Temyiz aşamasında ise adi yardım talebinde bulunulamaz.⁴⁴ Mahkemelerce verilen adli yardım kararlarının temyiz aşamasında da geçerli olduğu yönündeki uygulamanın istikrar kazanmasıyla, zaten temyiz aşamasında adli yardım kararına ihtiyaç duyulmayacaktır. Dolayısıyla, Yargıtay'dan adli yardım talebinde bulunulamaması uygulaması doğrudur. Kaldı ki, yargılama aşamasında adli yardım talebinde bulunulmamışsa bile, karar verildikten sonra, kararı veren mahkemeden, temyiz harç ve giderleri için adli yardım talebinde bulunulabileceğini yukarıda belirtmiştik.

Adli yardım talebinden feragat mümkündür. Ancak burada feragat, kesin bir hükmün hukuki neticelerini doğurmaz (m.95/1). Talepte bulunan şartları oluştuğunda tekrar adli yardım talebinde bulunabilir.⁴⁵

Adli yardım talepleri zamanaşımını kesmez.⁴⁶

⁴² "...Yerel mahkeme tarafından temyiz eden vekilinin adli yardım talebinin yerinde olmadığı gerekçesiyle reddine karar verildikten sonra temyiz harç ve giderlerinin yatırılması konusunda HUMK'nın 434/3. maddesi uyarınca temyiz eden vekiline muhtıra gönderildiği, muhtıra tebliğine rağmen temyiz harcının yatırılmadığı anlaşılmıştır... temyiz isteminin ... reddine dair Dairemizin... kararında bir usulsüzlük bulunmadığından karar düzeltme isteminin reddi gerekmiştir..." 19. HD, 06.05.2008 T. 2008/3920-4876 S. (Yayımlanmamıştır).

⁴³ " tarafından maktu temyiz harcı yatırılarak adli müzaheret istemli olarak temyiz edilmesi üzerine, adli yardım talebinin en geç dava sırasında yapılabileceği hükümden sonra kanun yollarına müracaat için adli yardım kararı verilemeyeceği..." 19. HD, 06.12.2007 T. 2007/10155-1100 S. (Yayımlanmamıştır); "...Uygulamada adli yardımın en geç dava sırasında yapılabileceği kabul edilmektedir. Hükümden sonra kanun yollarına müracaat için Adli yardım kararı verilemez..." 19. HD, 14.03.2008 T. 2007/8780 E.20082527 K. (Yayımlanmamıştır).

⁴⁴ Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 652.; "... Davalı vasisi tarafından adli yardım talebi ile birlikte temyiz isteğinde bulunulmuş olup, temyiz aşamasında temyiz merciinden adli yardım talebinde bulunulamayacağı kuşkusuzdur..." 1. HD, 21.11.2007 T 2007/9730 -11192 S. (Yayımlanmamıştır).

⁴⁵ Kabakcıoğlu, s. 377.

⁴⁶ Ancak, davanın açılması zamanaşımını kesen nedenlerden biridir. Dava ise, harca tabi davalarda harcın yatırıldığı tarihte açılmış sayılır. Dolayısıyla, adli yardım

III. İnceleme Usulü

Adli yardım taleplerine ilişkin kararlar, duruşma yapılmadan verilebileceği gibi, duruşma da yapılabilir.⁴⁷ Sübjektif bir hakkın ve bir hasmın bulunmaması nedeniyle adli yardım talebine ilişkin istemler çekişmesiz yargı işlerindedir.⁴⁸ Çekişmesiz yargıda basit yargılama usulü uygulanmaktadır. Çekişmesiz işlerde ise, kendiliğinden araştırma ilkesi geçerlidir

Adli yardım istemi üzerine mahkememe, adli yardım koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemeye başlayacaktır. Hâkim yargılama sırasında yapılan adli yardım taleplerini “*hadise*” şeklinde inceler ve bir karara bağlar.

Adli yardım talebinde bulunan kişi, asıl davada kullanacağı delillerin nelerden ibaret olduğunu mahkemeye bildirmiş olacağından, hâkim öncelikle bu deliller açılacak davada kullanıldığında başarılı olma olasılığını inceleyecektir. Burada dikkat edilecek husus, dava için ciddi delillerin bulunup bulunmadığıdır. Örneğin, sadece yemin deliline dayanılan asıl davaya ilişkin adli yardım talebi kabul edilmemelidir.

Yoksulluk koşulunun ispatında 468. maddede belirtilen fakirlik belgesi kullanılabilecek tek delil değildir. Bu belge olmasa bile hâkimin adli yardım talebini inceleyip, bu konuda her türlü delili kendiliğinden toplaması mümkündür. Bunun için ilgili merciler nezdinde gerekli araştırmaları yapması gerekir. Asıl davanın karşı tarafını dinlemesi de mümkündür.⁴⁹

talebinin kabul edildiği tarihte dava açılmış, Zamanaşımı da bu tarihte kesilmiş sayılır. Davanın adli yardım talebinin kabul edildiği tarihte açıldığına ilişkin bkz. 2. HD, 24.02.1995, 1995/926-2327 sayılı kararı (Kuru, s. 5423). Ancak, Kuru, henüz adli yardım talebi bir karara bağlanmamışsa dava dilekçesinin esas deftere kaydedilmemesi gerektiğini; buna rağmen kaydedilmişse, davanın adli yardım kararının verildiği tarihte değil, esas deftere kaydedildiği tarihte açılmış sayılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Kuru, s. 5424.

⁴⁷ Uygulamada daha çok dosya üzerinde karar verilmektedir.

⁴⁸ Ancak hasım olarak esas davanın karşı tarafının yazılması, çekişmesiz yargı olmadığı anlamına gelmez. Zira karşı taraftan bir şey talep edilmemekte, yalnız esas uyuşmazlığın somutlaştırılması için karşı tarafın belirtilmesi gerekmektedir.

⁴⁹ Kuru, s. 5425.; Pekcanitez / Atalay / Özeks, s. 652.

Adli yardım talebinde bulunan kişinin geliri, malvarlığı, borçları, kendisi ve ailesinin yaşam düzeyi ve ihtiyaçları dikkate alınarak her somut olaya göre yoksul olup olmadığı araştırılacaktır. Buna göre, adli yardım talebinde bulunan kişinin; kendisine ait bir evi olup olmadığı, ödediği kira bedeli, bakmakla yükümlü olduğu kişi sayısı, çalışıyorsa maaşı, çalışmıyorsa, nasıl geçindiği, maaş dışındaki kira, faiz, sosyal yardım gibi gelirleri, kendisinin veya aile fertlerinin üzerine kayıtlı mal varlığı, banka hesapları, Sosyal Güvenlik Kurumu bilgileri ve giderlerinin araştırılması gerekir. Bu araştırmalar; kolluk, tapu sicil müdürlüğü, ticaret sicil memurlukları, vergi dairesi, Sosyal Güvenlik Kurumu, bankalar ve ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşlarına yazı yazılmak suretiyle yapılır.⁵⁰

Adli yardım koşullarının bulunup bulunmadığı konusunda çok katı davranmayı gerektirecek bir durum bulunmamaktadır. Çünkü Adli yardım, yargılama giderlerinde geçici bir muafiyet sağladığından, adli yardımda bulunan kişinin davayı kaybetmesi halinde zaten yargılama giderlerini ödemek zorunda kalacaktır. Diğer yandan adli yardım koşullarının oluşmadığının sonradan anlaşılması halinde adli yardım kararı ortadan kaldırılabilir. Bu nedenlerle, adli yardım talebinde bulunan yoksul kişileri korumak amacıyla özellikle haklılık şartının incelemesinde daha esnek davranmak gerekir.⁵¹ Zira haklılık konusunda çok sıkı davranmak, adli yardımı imkânsızlaştırır. Ancak kolay verilen bir yardım kararı da haksız davalara yol açabilir.⁵² Bu nedenle adli yardım kurumunun amacına uygun bir uygulamanın yerleşmesi büyük önem arz etmektedir.

Yabancılar için adli yardım taleplerinde karşılıklılık koşulunun varlığında ise, öncelikle uluslararası bir antlaşmanın mevcut olup olmadığı araştırılır. Ancak, bir antlaşma olmasa bile fiili bir uygulamanın varlığının ispatı yeterlidir.

⁵⁰ Elveriş, s. 56.

⁵¹ Gençcan, s. 131.

⁵² Erem, s. 119.

E. ADLİ YARDIM KARARI

I. Genel Olarak Adli Yardım Kararı

Hakim, yaptığı inceleme sonucunda adli yardım talebinde bulunan kişinin yoksul ve esas davasında haklı olduğu kanaatine varırsa talebin kabulüne karar verir. Kararın verildiği tarihten itibaren adli yardımdan yaralanan kişi yargılama harç ve giderlerinden muaf olarak esas davasını açar. Eğer dava devam ederken adli yardım kararı almışsa, yargılamanın daha sonraki aşamalarında herhangi bir masraf ödemez. Ancak adli yardım kararı verilmeden önce yapılan masraflar da kendisine ödenmez

Yaptığı inceleme sonucunda adli yardım şartlarının oluşmadığı kanaatine vardığı takdirde ise, hakim adli yardım talebinin reddine karar verir. Karşı tarafı ve esas davası gösterilmeyen adli yardım talepleri ile görevsiz ve yetkisiz mahkemelerde yapılan adli yardım taleplerinin reddedilmesi yerinde olur.⁵³

Adli yardım talebinin reddine veya kabulüne ilişkin kararlar kesindir.⁵⁴ Adli yardım, dava sırasında talep edilmişse, bu talep üzerine mahkemenin vereceği karar, bir ara kararı niteliğindedir ve bu ara karara karşı da herhangi bir kanun yolu mevcut değildir. Adli yardım kararı, dava sonunda verilen hükümle bile temyiz edilemez. Kararı temyiz etmek mümkün olmamasına rağmen koşulları oluştuğu takdirde yeniden adli yardım talebinde bulunmak mümkündür.

Dava açılmadan önce adli yardım kararı alınmışsa, esas dava açıldığında hakim talep üzerine veya gerektiğinde kendiliğinden adli yar-

⁵³ Esas davaya bakmaktan memnu olan bir hakim tarafından verilen kararların bir hükmü bulunmadığından, davaya bakması yasak olan bir hakim tarafından verilen adli yardım kararı geçersizdir. Bkz. Kabakcıoğlu, s. 381.

⁵⁴ Ancak, buradaki kesinlik şekli anlamda kesinliktir; maddi anlamda kesinlik değildir (Atalay, Oğuz, Adli Yardım Kararı ve Etkiler, *İzmir Barosu Dergisi*, Ocak 1988, s. 41.); "...Hemen belirtilmelidir ki, adli müzaheret talebinin kabul veya reddine dair mahkemece verilen kararlar kesin olup, aleyhine hiç bir yasa yoluna başvurulamayacağı HUMK'nın 469/1. maddesi hükmü gereğidir..." 1. HD, 29.04.2009, 2009/2721-4991 S. (Yayımlanmamıştır).

dım koşularında bir değişiklik olup olmadığını araştırabilir ve gerekiyorsa adli yardım kararını geri alabilir (m. 470).⁵⁵

Adli yardım kararı, temyiz ve bozmadan sonraki yargılama da dâhil olmak üzere hüküm kesinleşinceye kadar geçerlidir⁵⁶ (m. 470). Ancak, yargılamanın yenilenmesi davası yeni bir dava olduğundan, daha önce alınan adli yardım kararı bu davada geçerli değildir.

Adli yardım karar ortadan kaldırılmadıkça hüküm kesinleşinceye kadar yapılması gereken harç ve masrafları içermektedir. Kanunda açık bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle adli yardım kararının dava sonuna kadar geçerli olduğu, temyiz aşamasını kapsamadığı yönündeki uygulama terk edilmeye başlanmıştır.⁵⁷

Adli yardım tam olabileceği gibi, kısmi de olabilir. Bu nedenle mahkeme yapacağı incelenme sonucunda, yoksulluk derecesine göre kısmi adli yardıma da hükmedebilir. Bu durumda, hâkimin kararında hangi yargılama kalemleri bakımından adli yardıma hükmettiğini açıkça yazması gerekir. Örneğin, hakim, adli yardımda bulunan kişinin ekonomik durumunu yargılama harç ve giderlerini için yeterli, an-

⁵⁵ Atalay, s. 41; Esas davanın görülmesi sırasında ilgililerin, Hazinenin, fakirlik belgesini veren Belediye veya Muhtarlığın bildirmesi üzerine mahkemenin adli yardım kararını kaldırması mümkündür. Bkz. Kabakcioğlu, s. 380.

⁵⁶ Adli yardım kararının hüküm verilinceye kadar geçerli olduğu yönündeki uygulama yanlıştır. Zira 466. maddede adli yardımın, tebligat giderlerini ve icra dairelerince alınan harç ve giderleri içerdiği belirtilmektedir. Kural olarak bir hükmün icraya konulabilmesi için her şeyden önce kesinleşmesi gerekir. Kesinleşmesi için ise, verilen hükmün taraflara tebliğ edilmesi, süresinde temyiz edildiği takdirde ise dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi gerekir. Bu işlemlerin yapılabilmesi ise harç ve giderlerinin yatırılmasına bağlıdır. Diğer taraftan, kararın adli yardım adli yardımdan yararlanan lehine bozulması da mümkündür. Bu nedenle adli yardım kararının kanun yollarını da kapsayacak şekilde uygulanması isabetlidir.

⁵⁷ "...Davacıların temyiz istemi mahkemece, ihtara rağmen temyiz harcının tamamlanmadığı gerekçesiyle reddedilmiş olup, davacılar bu kararı da temyiz etmişlerdir. Yapılan incelemede, mahkemece davacıların adli yardımdan yararlandırılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. HUMK 466. maddesi gereğince davacılar yargı harcından muaftırlar, bu nedenle de temyiz harcı yatırmaları gerekmez. Mahkemenin davacıların temyiz isteminin reddine dair 20.12.2006 tarihli kararının kaldırılmasına, asıl karara yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine karar verilmiştir..." 4. HD, 11.11.2008 T, 2008/8443-13825. (Yayımlanmamıştır).

cak bir avukat tutması için yetersiz görüyorsa sadece avukat ataması yoluna gidebilecektir.

Adli yardım kararı sadece lehine karar verilen kişi bakımından geçerlidir. Bu kişinin mirasçıları, cüzi halefleri, fer'i müdahil veya dava arkadaşları için geçerli değildir. Diğer yandan, adli yardım kararı hangi dava veya iş için verilmişse sadece o dava veya iş için geçerlidir. Zira yoksulluk koşulunda değişiklik olmasa bile her davanın haklılık koşulunun ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Bu nedenle alınan adli yardım kararlarının karşılık veya birleştirilen davalarda geçerli olmaması gerekir.⁵⁸

Adli yardım kararı esas dava açılmadan önce alınmışsa esas davanın açılması için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Bu nedenle kişi, esas davasını hak düşürücü sürenin veya zamanaşımı süresinin bitimine kadar açabilir.⁵⁹

Adli yardım kararının verilmesi esas davanın tabi olduğu zamanaşımını kesmez.⁶⁰

Adli yardım kararı verildikten sonra adli yardım koşullarının oluşmadığının sonradan anlaşılması veya adli yardım koşullarının sonradan ortadan kalkması halinde, adli yardım kararı ortadan kaldırılır (m. 470). Bu durumda, adli yardımdan yararlanan kişinin daha önce ödemediği harç ve masrafları ödemekle yükümlüdür. Aksi takdirde HUMK'nın 409. maddesine göre işlem yapılması gerekir.

Adli yardım kararı, adli yardımdan yararlanan kişinin ölümü, müddeabihin temliki nedeniyle kişinin dava dışı kalması nedenlerinden biri ile de sona erebilir.

⁵⁸ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 653.

⁵⁹ Kabakcıoğlu, s. 380.

⁶⁰ Adli yardım kararının verilmesi ile asıl davanın açıldığı süre içerisinde, zamanaşımı süresinin dolması adli yardım kararının geçerliliğini etkilemez. Zira zamanaşımı ancak def'i olarak ileri sürülebilmektedir (Atalay, kararın etkileri, s. 41) Kanımca zamanaşımının def'i olması sebebiyle, zamanaşımı süresi dolmuş olsa bile adli yardım kararı verilebilmelidir. Zira zamanaşımının ileri sürülmesi nedeniyle davanın reddi halinde bile adli yardım giderlerinin tahsili yoluna gidilecektir.

II. Adli Yardım Kararının Sonuçları

Adli yardım kararı ile sağlanan muafiyet ve kolaylıklar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 466. ve 467. maddelerinde sayılmıştır. Buna göre, adli yardım kararı kapsamında;

1. Yapılacak tüm yargılama giderlerinden geçici olarak muafiyet,
2. Tanık ve bilirkişi giderlerinin Devlet tarafından avans olarak ödenmesi,
3. Yargılama giderleri için teminat göstermekten muafiyet,
4. Tebligat ücreti ve masraflarından geçici muafiyet,
5. Davanın vekil ile takibi gereken durumlarda ücreti sonradan ödenmek üzere vekil tayini,
6. İcra dairelerinde alınan harçlardan geçici muafiyet ve zorunlu masrafların Devletçe avans olarak verilmesi,⁶¹
7. Her türlü pul ve resimlerden muafiyet,
8. Noterlerin düzenleyecekleri tüm belge ve suretlerin harç ve resimlerinden geçici muafiyet, sağlanabilir.

Buna göre, keşif avansı ve masrafları dâhil yargılama için gerekli bütün giderlerden adli yardımdan yararlanan kişilerin geçici olarak muaf tutulması gerekmektedir.⁶² Aslında, maddenin birinci bendinde yargılama harç ve giderlerinden bahsedildikten sonra, 2, 4, 5, ve 7. bentlerinde düzenlemeler gereksiz olmuştur. Zira bu bentlerdeki gider kalemleri, yargılama giderlerine dâhildir.

⁶¹ Yukarıda bir davada verilen adli yardım kararının o dava sonunda alınan ilamın icrası aşamasında da geçerli olduğunu belirtmiştik

⁶² "... Adli yardımdan yararlanan tarafa yapılacak mahkeme masraflarına ilişkin muafiyet geçici bir muafiyettir. (HUMK m. 466/1) Adli yardımdan yararlanan taraf davayı kaybederse, gerek diğer tarafın ödemiş olduğu, gerekse kendisinden adli yardım nedeniyle alınmamış olan harç ve masrafları ödemeye mahkum edilir. Davalı kadının yargılama giderleri ve avukatlık ücretinden adli yardım nedeniyle sorumlu tutulmaması doğru görülmüştür..." 2. HD, 04.06.2009 T, 2009/6079-10847 S. (Yayımlanmamıştır).

Adli yardım kararı üzerine, keşif ve bilirkişi incelemesi ve tanık dinlenmesi için gerekli giderler Devlet tarafından avans olarak verilir (m. 466/6).⁶³

Adli yardım kararının sağladığı diğer muafiyetler geçici iken, teminat konusunda tam bir muafiyet sağlanmıştır (m. 466/3). Buna göre, adli yardımdan yararlanan kişilerin teminat göstermelerine gerek yoktur.⁶⁴

Hakim, adli yardımdan yararlanmasına karar verdiği kişinin, davasının bir avukat aracılığı ile takip edilmesi gerektiği kanaatindeyse bir vekil atayabilir.⁶⁵

Adli yardımdan yararlanan kişinin başvurusu üzerine, noterlerin düzenleyecekleri tüm belge ve suretlerden geçici olarak harç ve resim almayarak işlem yapmaları gerekir (m.466/8, Noterlik K. m. 1, 2, 60). Adli yardımdan yararlanan kişinin başvurusu üzerine noterlerin her türlü işlemi ücret almaksızın yapmaları gerektiği ileri sürülmektedir.⁶⁶ Ancak, HUMK'nun 466/8. maddesinde "*Katibiadillerin tanzim edecekleri bilcümle evrak ve suretlerin harç ve rüsumundan muvakkaten muafiyet*" denildiğine göre, noterlerin harç, vergi ve resim gibi giderleri geçici olarak almamaları gerekiyor ise de, yaptıkları iş nedeniyle emeklerinin karşılığında işlem ücreti almalarının önünde hiçbir yasal engel bulunmamaktadır.

Noterler de bir kamu hizmeti yürüttüklerinden, mahkemenin vermiş olduğu adli yardım kararının ibrazına rağmen, adli yardım kap-

⁶³ Keşif için kanunda açıklık olmamasına rağmen, uygulama ve doktrinde keşif giderleri için de avans ödeneceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak adli yardımdan yararlanan kişinin istediği değil, hakimın dava için zorunlu gördüğü tanık ve bilirkişi ücretleri avans olarak ödenir (Atalay, Kararın etkileri, s. 43.)

⁶⁴ Bakınız HUMK m. 97, 110, 449, 453; İİK m. 36, 159/II.

⁶⁵ Avukat atanabilmesi için adli yardım kararında bunun açıkça belirtilmiş olması gerekir. Karşılaştırınız HUMK m. 70 ve 71.; " Adli müzaheret sebebiyle görevlendirilen avukatında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'nın 67. maddesi gereğince vekaletname vermesi zorunludur". 2. HD, 14.04.2008 T., 2007/7593, 2008/5320 S. (Yayımlanmamıştır).

⁶⁶ Alim Taşkın, "Noterlik İşlemlerinde Adli Yardım Hükümlerinin Uygulanması", *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 49, 2000/1-4 , s. 132.

samındaki işlerin yapılması noterlerin cezai ve hukuki sorumluluğunu gerektirir.⁶⁷

Adli yardım kararında talepte bulunanın hangi masraflardan bahşışık olduğunun açıkça belirtilmesi gerekir. Yalnız belli masraflar için adli yardım talebinde bulunulduysa, taleple bağılı kalınarak, o taleple ilgili bir karar verilmelidir. Örneğın yargılama harçlarını ödemeye gücü yettiğı için yalnız kesif ve bilirkişii giderleri için adli yardım talebinde bulunulduysa yalnız o giderlere ilişkin bir karar verilmelidir.

III. Adli Yardım Giderlerinin Tahsili

Adli yardımdan yararlanan taraf davayı kazandığı takdirde diğeri taraf, adli yardımdan yararlanma nedeniyle geçici olarak ödenmeyen bütün harç ve masrafları ödemeye mahkûm edilir.⁶⁸ Bu harç ve masraflar, ilamın icrası sırasında imtiyazlı olarak tahsil edilir (İİK m. 206/I). Adli yardımdan yararlanan tarafa avukat tayin edilmişse, karşı taraf vekâlet ücretine de mahkûm edilir (m. 465/5).⁶⁹ Bu vekâlet ücreti, adli yardımdan yararlanana değıl, tayin edilmiş olan avukata verilir⁷⁰. Avukat, kendi adına bu ücreti doğrudan karşı taraftan tahsil etme yetkisine sahiptir (m. 472).

Adli yardımdan yararlanan kişinin davayı kaybetmesi halinde ise, kendisinden geçici olarak alınamayan harç ve giderlerin yanında,

⁶⁷ Herhangi bir sıkıntıya sebep olunmaması için adli yardım talep edilirken noter işlemleri için ayrıca ve açıkça talepte bulunulmalı, mahkeme de noter işlemlerini ayrıca ve açıkça belirterek adli yardım kararı vermelidir.

⁶⁸ "Davacıların adli yardımdan yararlandırılmasını göre, alınması gereken ... YTL ilam harcının davalıdan tahsili ile Hazine'ye gelir kaydına,..." 21. HD, 03.06.2008 T, 2008/6721-8464 S.; "Dava, davacı lehine Aile Mahkemesinin ... D.İş dosyasında verilen adli yardım kararı üzerine açılmıştır. Mahkemece Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 471. maddesi uyarınca haksız çıkan taraftan (davalıdan) yargılama harç ve giderlerini tahsil edilmemesi de doğru görülmüştür..." 2. HD, 30.04.2009 T, 2008/6048 E. 2009/8364 K. (Yayımlanmamıştır).

⁶⁹ "...davacının HUMY'nın 466/1. maddesine göre mahkeme kararı ile adli yardımdan yararlandığı göz önüne alınarak, yararına keşfen belirlenen değere göre nispi vekalet ücretine hükmedilmesi gerekir iken, dava dilekçesindeki değer üzerinden vekalet ücretinin hesaplanması doğru olmadığında..." 1.HD.20.09.2007 T. 2007/7156 - 8762 S. (Yayımlanmamıştır).

⁷⁰ Avukatlık ücreti, hüküm tarihinde yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenir.

karşı tarafın ödemiş olduğu harç ve masrafları da ödemeye mahkûm edilir.⁷¹ Adli yardım kararı nedeniyle kendisinden alınmayan harç ve giderler devlet bütçesinden ödendiğinden, bu alacaklar bir kamu alacağı olarak tahsil edilir.⁷² Uygulamada adli yardımdan yararlanan kişinin davayı kaybettiğine ilişkin kararın kesinleşmesi üzerine Maliye'ye müzekkere yazılmakta ve tahsil işlerini maliye gerçekleştirmektedir.⁷³ Davayı kazanan tarafça yapılan yargılama giderleri ise ilamları icrası yoluyla tahsil edilir.⁷⁴

SONUÇ

Hak arama özgürlüğünün bir sonucu olarak, yoksul kişilere herhangi bir yargılama harç ve gideri ödemediği dava açma hakkı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile tanınmıştır (m. 465-472). Bu düzenlemeye göre, yargılama harç ve giderlerini yoksulluğa düşmeksizin ödeyemeyecek olan gerçek kişiler, açmayı düşündükleri veya açtıkları davada haklı oldukları konusunda hâkimde bir kanaat oluşturmak şartıyla adli yardımdan yararlanabilirler.

Ancak, nüfusunun azımsanamayacak bir kısmı yoksulluk sınırının altında yaşayan Türkiye gibi bir ülkede Adli yardım kurumunun yeterince işletilemediği bir gerçektir. Bunda üç faktörün rolü olduğu düşüncesindeyim: Birincisi, yoksul kişilerin haklarını yeterince bilememesi; İkincisi, avukatlık kanunundaki paralel düzenlemeler nede-

⁷¹ Aslında, adli yardımdan yararlanan kişinin davayı kaybetmesi halinde ödemediği harç ve giderlerin ödeneceği konusunda açık bir yasa hükmü bulunmamaktadır. Ancak 466. maddede 'geçici muafiyet' ve 'avans' tan bahsedildiğine ve bu masraflar devlet bütçesinden ödendiğine göre, bu uygulama doğrudur. Ancak Belgasay, buradaki geçicilikten kastın adli yardım kararının şartlarının oluşmaması veya değişmesi nedeniyle adli müzaheret kararının ortadan kaldırılması halinde, alınamayan harç ve masrafların istenebilmesini ifade ettiğini beyan etmektedir. Bkz. Belgasay / Mustafa Reşit, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Şerhi*, C. Cilt II, s. 428

⁷² Adli yardım giderleri tahsil edilirken adli yardımda kararı verilirken aranan yoksulluk değil; genel olarak kişinin acz halinde olup olmadığı aranmalıdır. Bkz. Erem, s. 121.

⁷³ Reisoğlu, s. 71.

⁷⁴ Pekcantez / Atalay / Özkes, s. 655; Gençan, s. 136.

niyle kişilerin önce baroya müracaat etmesi ve baroların çeşitli nedenlerle adli yardımdan yararlandırılma konusunda gerekli katkıyı verememesi; Üçüncüsü, hâkimlerin devletin kaynaklarının gereksiz yere harcanmaması amacıyla adli yardım kararlarını verirken fazla hassas davranmaları.

Adli yardım sisteminin işleyebilmesi için, yoksul kişilerin bu haklarını bilmeleri gerekir. Bunun için başta barolar olmak üzere, bütün sivil toplum kuruluşlarının harekete geçerek, adli yardım kurumunun bilinirliğinin sağlanmak için gerekli tanıtım faaliyetlerinde bulunmaları faydalı olur.

Adli yardımdan yararlanma koşullarını taşıyan kişilerin zaten avukat tutma imkanları olmadığından, baroların sosyal görev bilinci ile hareket ederek, yoksul kişilerin adli yardımdan yararlandırılmaları konusunda daha duyarlı davranmaları gerekir.

Adli yardım koşullarının bulunup bulunmadığı konusunda hâkimlerin katı davranmasını gerektirecek bir durum bulunmamaktadır. Zira adli yardım, yargılama giderlerinde geçici bir muafiyet sağladığından, adli yardımdan yararlanan kişinin davayı kaybetmesi halinde zaten yargılama giderlerini ödemek zorunda kalacağı gibi, adli yardım koşullarının oluşmadığının sonradan anlaşılması halinde de karar ortadan kaldırılabilir. Adli yardımdan yararlanan kişinin davayı kazanması halinde ise, zaten karşı taraftan adli yardımdan yararlanan kişinin ödemediği harç ve giderler dahil, bütün yargılama giderleri alınacaktır.

Diğer yandan, adli yardım kararlarının kesin olması, bu konuda içtihat oluşmamasına ve dolayısıyla ülke çapında yasaların ayı şekilde yorumlanıp uygulanmamasına neden olmaktadır. Bu nedenle, adli yardım kararlarına karşı en azından esas hükümle birlikte kanun yollarına başvuru imkanının sağlanması da yerinde olur.

Yukarıda belirtildiği gibi, adli yardım kararı nedeniyle alınamayan yargılama harç ve giderleri her halükarda yargılama sonunda tahsil edilmektedir. Hakkılık koşulunun incelenmesi ise, adli yardım kurumunun en sorunlu alanını teşkil etmektedir. Bu nedenle, hakkılık koşulunun kaldırılarak yoksul kişilerin adli yardımdan yararlandırıl-

masının önünün açılması sosyal hukuk devleti anlayışına daha uygun olacağı kanısındayım.

Sonuç olarak, ülkemizde azımsanmayacak oranda kişinin adli yardıma ihtiyacı olmasına karşın, bu kurumun yeterince işletilemediği bir gerçektir. Adli yardım daha iyi işletilebilmesi için bu kurumun yeniden gözden geçirilmesinde yarar bulunmaktadır.

KAYNAKLAR

- Adalet Bakanlığı, Adliye Personeli El Kitabı, Ankara 2009.
- Atalay, Oğuz, *Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım*, Ankara 1987.
- Atalay, Oğuz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağında Avukatla Temsil Zorunluluğu ve Adli yardım, *Hukuk Perspektifleri Dergisi*, Eylül 2006, s. 97 vd.
- Atalay, Oğuz, Avukatlık Kanununda Adli Yardım, *Manisa BD*, 1987/23, s. 2-9.; *İzBD*, 1988/1, s. 40-47.
- Bacinoğlu, Funda, *Hukuk Merceği*, Konferans ve Paneller, Ankara 2007, s. 568.
- Bayraktar, Köksal, Adli Yardım Üzerine, *Yargı*, 1979/37, s.12-13.
- Belgesay, Mustafa Reşit, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Şerhi*, C.II, s. 428.
- Elveriş, İdil, *Türkiye’de Adli Yardım/Karşılaştırmalı İnceleme ve Politikalar*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.
- Erem, Faruk, Adli Yardım, *İmran Öktem’e Armağan*, Ankara 1970, s. 107 vd.
- Gençcan, Ömer Uğur, Adli Yardım, *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 2005, s. 127 -140.
- Kabakçioğlu, Hüsnü Mehmet, Müzahareti Adliye, *AD*, 1942/4, s.375-386.
- Kut, Kemel Hakkı, Müzaharetli Şahsın Davada Haksız Çıkması, *AD*, 1952/1, s. 64-73.
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.V, İstanbul 2001, s. 5419;
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2004, s. 855.

- Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2007, s. 648.
- Reisoğlu, Kemal Hakkı, Müzaharetli Şahsın Davada Haksız Çıkması, *Adalet Dergisi*, 1952/1 s. 57 vd.
- Taşkın, Alim, Adli Yardımın İşlevi ve Yardım Giderlerini Geri Alınma Zamanı, *TBB Der.* 1999/3, s. 831-854.
- Taşkın, Alim, Noterlik İşlemlerinde Adli Yardım Hükümlerinin Uygulanması, *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.49, 2000/1-4, s. 117-136.
- Uslu, Feyzullah, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 472'nci Maddesine dair Bir İnceleme, *İzBD*, 1942/24-25, s. 349, 355
- Yaşar, İmmihan, Adli yardım Uygulaması, *İBD*, 2006/5, s. 2007 vd.
- Yılmaz, Ejder, Adli Yardım Kurumunun İdari Yargıda Uygulanması, *Mali Hukuk Dergisi*, 1987, s. 12-23.
- Yılmaz, Ejder, Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti, *ABD*, 1984, s. 219

TİCARİ İŞLETME REHNİNDE REHİN ALACAKLISININ KORUNMASI

PROTECTION OF THE PLEDGE CREDITOR IN THE UNDERTAKING PLEDGE

Metin TOPÇUOĞLU*

Ömer ÇON**

Özet: İşletmenin menkul tesisatı ve fikri mülkiyet hakları üzerinde teslim şartı aranmadan kurulan ticari işletme rehni, istisnai bir teminat türüdür. Herhangi bir risk üstlenmesi arzu edilmeyen ticari işletme rehni alacaklısı, diğer teminat türlerinden farklı olarak munzam tazminat, hürriyeti bağlayıcı ceza ve sigorta gibi hayli önemli hak ve yetkilerle güçlendirilmiştir.

Anahtar Sözcükler: İşletme rehni, rehin alacaklısının korunması, munzam tazminat, rehin borçlusunun hapis cezası ile cezalandırılması, sigorta yükümlülüğü, ihtiyati haciz.

Abstract: The pledge of undertaking is an exceptional kind of warrants that is established on enterprise's movable properties and intellectual properties without delivery condition. Situation of the undertaking pledge creditor, taking any risk is not wished, is different from other kinds of warrant. Because the creditor of undertaking pledge is strengthened with very important rights and authorities as additional compensation, imprisonment and insurance.

Keywords: The pledge of undertaking, protection of the pledge creditor, additional compensation, insurance obligation, punishment of the pledge debtor, provisional distraint.

* Doç. Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD öğretim üyesi.

** Av., Isparta Barosu.

A. Giriş

Bugün sanal alem, etkisini giderek arttırmakla birlikte, ticari hayatın yoğun olarak icra edildiği yerler genel olarak işletmelerdir. İşletmelerin faaliyetlerini yürütebilmesi, daha verimli çalışabilmesi veya kendini büyütebilmesi için krediye ihtiyaç duymaları kaçınılmazdır. İşte ilgililerin kredi için işletmelerini teminat gösterebilmeleri, teminatın alacaklı ve borçluya etkileri, işletmelerin ve ticari hayatın niteliğine göre farklılık göstermektedir. Bu sebeple kanun koyucu, bir teminat türü olarak işletmenin rehnini 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu¹ ile özel olarak düzenlemiştir.

TİRK istisnai bir rehin türü olarak işletme rehnini; rehnin şartlarını, kapsamını, taraflarını; tarafların hak ve borçlarını diğer rehin türlerine göre hayli farklı ve şekilci bir anlayışla düzenlemiştir. Bu çalışmada Kanun'un özellikle rehin alacaklılarının korunmasına ilişkin hükümleri incelenecek ve tartışılacaktır.

Kanunun adı "*ticari işletme rehni*" olmakla birlikte rehnin kapsamına sadece ticari işletmeler değil, esnaf işletmeleri de girmektedir. Bu sebeple ticari işletme rehninde, rehnin konusunu oluşturan işletme türlerine kısaca göz atmakta fayda vardır.

B. "İşletme" Kavramı ve Türleri

I. Genel Olarak

İşletme, bir girişimci tarafından ekonomik çıkar sağlamak amacıyla emek ve sermayenin bağımsız şekilde bir araya getirilmesidir.² Bütün işletmeleri ve ticari faaliyetleri genel olarak üç kapsamda değerlendirmek mümkündür: Esnaf işletmesi, ticari işletmeler ve serbest meslek faaliyetleri.³

¹ RG, 28.07.1971, S. 13909.

² Arkan, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 13. Baskı, İstanbul 2009, s. 26.

³ Bkz. Ülgen, Hüseyin / Teoman, Ömer / Kendigelen, Abuzer / Helvacı, Mehmet / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, İstanbul 2009, s. 130.

II. İşletme Türleri

1. Esnaf İşletmesi

TK m. 17'ye göre esnaf, *"ister gezici ister bir dükkânda veya bir sokağın belli bir yerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti nakdi sermayesinden daha çok beden çalışmasına dayanan ve kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan sanat ve ticaret sahibi kişidir"*. 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu⁴ m. 2'de de benzer tanım tekrarlanarak (m. 3/a), tanım kapsamına girenlerin esnaf ve sanatkarlar siciline ve meslek odalarına kaydolması zorunluluğu getirilmiştir (m. 68). TK (m. 1463) ve ESMKK'nın (m. 3/a, 63) verdiği yetki uyarınca, esnaf ve sanatkârlar ile tacir ve sanayici ayrımı 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı⁵ ile belirlenmiştir.⁶ Söz konusu Kararnamede esnaf ve tacir ayrımına ilişkin esaslar şu şekilde belirlenmiştir:

"a) Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunun tespit edeceği ve Resmî Gazete'de yayımlanacak esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dâhil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunanlardan 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 177 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, (2) numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamını aşmayanların esnaf ve sanatkâr sayılmaları ile esnaf ve sanatkâr siciline ve dolayısıyla esnaf ve sanatkarlar odalarına kaydedilmeleri,

Ancak, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hâsılatı, esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerini aşanların kendileri istemedikçe ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kayıt için zorlanmaması, yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hâsılatı esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerinin altı katını aşanların ise kayıtlarının, esnaf ve sanatkâr sicili marifetiyle ticaret siciline aktarılması,

⁴ RG, 21.06.2005, S. 25825.

⁵ RG, 21.07.2007, S. 26589.

⁶ 86/10313 sayılı Kararname (RG, 19.02.1986, S. 19024), 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlükten kaldırılmıştır.

b) 213 sayılı Vergi Usul Kanununa istinaden birinci sınıf tacir sayılan ve bilanço esasına göre defter tutanlar ile işletme hesabına göre defter tutan ve bu Kararın (a) bendinde belirtilenlerin dışında kalanların tacir ve sanayici sayılmaları ... kararlaştırılmıştır".⁷ Görüldüğü gibi 2007/12362 Sayılı Kararname şartlarını taşıyan işletmeler esnaf işletmesi olarak kabul edilecektir.⁸ TİRK'e göre esnaf işletmeleri de ticari işletmenin rehnine ilişkin hükümlere göre rehnedilebilir.

2. Ticari İşletme

Ticari işletmeyi, faaliyetlerini gelir sağlama amacına yönelik, devamlı ve bağımsız olarak yürüten ve esnaf işletmesi kapasitesini aşan işletmeler şeklinde tanımlayabiliriz.⁹ TK Tasarısı da ticari işletmeyi bu şekilde tanımlamaktadır (m. 11/1).

Ticari işletmenin temel nitelikleri şunlardır:

a. Gelir sağlama amacı: Yürütülen ticari etkinliklerin amacı gelir elde etme amacına yönelik olmalıdır.¹⁰ Faaliyet sonunda mutlaka gelir elde edilmesi gerekmez. Gelir sağlama amacının varlığı yeterlidir.¹¹

b. Devamlılık: Bu unsurdan anlaşılması gereken ticari etkinliklerin ilelebet veya kesintisiz olarak yürütülmesi değildir. Kısa veya be-

⁷ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (RG, 10.1.1961, S. 10705) m. 177'ye göre:

"1. Satın aldıkları malları olduğu gibi veya işledikten sonra satan ve yıllık alımlarının tutarı 7.200.000.000 (120.000 TL) lirayı veya satışlarının tutarı 8.640.000.000 (170.000 TL) lirayı aşanlar;

2. Birinci bentte yazılı olanların dışındaki işlerle uğraşıp da bir yıl içinde elde ettikleri gayri safi iş hasılatı 3.600.000.000 (68.000 TL) lirayı aşanlar;

3. 1 ve 2 numaralı bentlerde yazılı, işlerin birlikte yapılması halinde 2 numaralı bentte yazılı iş hasılatının beş katı ile yıllık satış tutarının toplamı 7.200.000.000 (120.000 TL) lirayı aşanlar..." birinci sınıf tacir, bu limitleri aşmayan fakat "işletme hesabı esasına göre defter tutan" tacirler ise ikinci sınıf tacir (VUK m. 178) kabul edilmiştir.

⁸ Geniş bilgi için bkz. Ülgen / Teoman / Kendigelen / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan, s. 273-280.

⁹ Bkz. Ülgen / Teoman / Kendigelen / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan, s. 130, 131; Karahan, Sami, *Ticari İşletme Hukuku*, Mimoza Yayınları, 13. Baskı, Konya 2004, s. 28.

¹⁰ Karahan, s. 18.

¹¹ Bkz. Ülgen / Teoman / Kendigelen / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan, s. 139, 140; Arkan, s. 21.

lirli bir zaman dilimi için planlanmış faaliyetler de örneğin beş ay, bir yıl, on yıl gibi bu şartın gerçekleştiği söylenebilir. Uzun süreli olarak planlanan ancak piyasa şartlarına dayanamayıp kısa sürede sona erdirilen işletme faaliyetleri için de farklı düşünmeyi gerektiren bir sebep yoktur.¹²

c. Bağımsızlık: İşletmenin hem iç hem de dış ilişkide, başka bir işletmenin irade ve işlemine bağlı olmaksızın işlemler yapabilmesidir.¹³ Bağımsız nitelikte olmayan birimler örneğin şubeler, mal depolanan yerler, otomobil servisleri içinde bulunan tamir atölyeleri bağımsız değildirler.¹⁴

d. Esnaf işletmesi faaliyetleri sınırının aşılması: Kısaca, 2007/12362 sayılı Kararnamede öngörülen şartları taşıyan işletmenin faaliyetleri nakdi sermayeye dayanan ve yıllık olarak elde ettiği gelir, VUK m. 177'deki her yıl güncellenerek belirlenen sınırı¹⁵ aşan işletmeler ticari işletmedir.¹⁶

3. Sanayi İşletmesi

"Ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler, ticari işletme sayılır" diyen TK m. 11 hükmü ticari işletmeler arasında bir ayırım yapmamıştır. Bu anlamda sanayi işletmelerini TK m. 12/2 anlamında *"fabrikacılık"* faaliyetleriyle iştigal eden işletmeler olarak

¹² Bkz. Ülgen / Teoman / Kendigelen / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan, s. 140, 141; Arkan, s. 21.

¹³ Karahan, s. 22.

¹⁴ Bkz. Ülgen / Teoman / Kendigelen / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan, s. 141, 142; Arkan, s. 22.

¹⁵ Birinci sınıf tacirler için 1.1.2010 tarihinden geçerli olmak üzere tespit edilen miktarlar aşağıdaki gibidir:

1. Satın aldıkları malları olduğu gibi veya işledikten sonra satan ve yıllık alımlarının tutarı 120.000 TL veya satışlarının tutarı 170.000 TL;

2. Birinci bentte yazılı olanların dışındaki işlerle uğraşanların bir yıl içinde elde ettikleri gayri safi iş hasılatı 68.000 TL;

3. 1 ve 2 numaralı bentlerde yazılı işleri birlikte yapanlar için 2 numaralı bentte yazılı iş hasılatının beş katı ile yıllık satış tutarının toplamı 120.000 TL [Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği, No: 393 (RG, 29.12.2009, S. 27447)].

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ülgen / Teoman / Kendigelen / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan, s. 142-148; Arkan, s. 22.

nitelendirebiliriz. Sanayi işletmesini, Sanayi Sicili Kanunu (San. SK)¹⁷, “bir maddenin vasıf, şekil, hassa veya terkiibini makina, cihaz, tezgah, alet veya diğer vasıta ve kuvvetlerin yardımı ile veya sadece el emeği ile kısmen veya tamamen değiştirmek veya bu maddeleri işlemek suretiyle devamlı ve seri halinde imal veya istihsal eden yerlerle madenlerin çıkarılıp işlendiği yerler” olarak tanımlamıştır (m. 1/1). Aslında bilişim ve yazılım teknolojilerini de kapsayan; daha ayrıntılı ve belirleyici bir tanım “Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu”nda¹⁸ yer almaktadır. Kanun, sanayiciyi tanımlamış fakat sanayi işletmesini tanımlamayı ihmal etmiştir. Ancak maddede işaret edilen alanlarda faaliyet gösteren işletmelere sanayi işletmesi denileceği aşikârdır. Söz konusu Kanuna göre, “tezgâh, cihaz, makine gibi muharrik kuvvet kullanarak ham madde, yarı ve tam mamulleri, özellik, içerik, bileşim veya şeklini kısmen veya tamamen değiştirmek amacıyla işleyerek, seri halde veya standart olarak yeni bir ürün üretmek suretiyle katma değer oluşturan işyerleri ile yer altı kaynaklarının çıkarılıp işlendiği yerleri işletenler ve bilişim teknolojisi ve yazılım üretenler en az on işçi çalıştırmak şartıyla ... sanayici sayılır” (m. 5/7). Kanunun uygulaması bakımından “sanayici” sayılmayacak kimseler, her ne kadar sınırlı sayıda tespit edilmiş izlenimi verilse de, örnek kabilinden ayrıca gösterilmiştir (m. 5/8, a-e).

Sanayi işletmeleri, TİRK m. 3/1’in aksine, işletmenin unsurlarından birini veya birkaçını rehne konu yapabilir (TİRK Ek m. 2). Bu imkândan yararlanabilmek için işletmenin sanayi işletmesi olması ve bu durumunu ticaret unvanı veya işletme kayıtlarıyla ispat etmesi gerekmektedir (San. SK m. 2/1).¹⁹

¹⁷ RG, 24.04.1957, S. 9593.

¹⁸ RG, 01.06.2004, S. 25479.

¹⁹ Sanayi işletmesi hakkında ayrıca bkz. Yıldız, Şükrü, “Ticari İşletme Rehni Kanununda Yapılan Değişiklikler ve Sanayi İşletmeleri Üzerinde Kurulacak Ticari İşletme Rehni Ortaya Çıkabilecek Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 514-516; Reisoğlu, Seza, “Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme”, Bankacılar Dergisi, İstanbul 2003, S. 47, s. 122 (http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma_ve_Raporlar/ticari_isletme.doc).

4. Serbest Meslek Faaliyetleri

Serbest meslek faaliyetleri Gelir Vergisi Kanunu'nda,²⁰ "sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır" (m. 65/2) şeklinde tanımlanmaktadır. Serbest meslek faaliyetleri ile işgal eden kimseler de serbest meslek erbabı sayılır (GVK m. 66/1). Buna göre, ilmi ve kültürel nitelik arz eden dişçilik, doktorluk, mimarlık, avukatlık gibi faaliyetlerin serbest meslek faaliyeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. Gelir sağlama amacı taşıyan bu faaliyetlerden örneğin avukatlık, adi ortaklık ilişkisi çerçevesinde yürütülebilir (Av. K m. 44). Ancak serbest meslek faaliyetlerini ne esnaf ne de işletme şartları çerçevesinde düşünmek ve söz konusu işyerlerini de esnaf işletmesi veya ticari işletme olarak nitelendirmek mümkün değildir.²¹ Bu sebeple serbest meslek faaliyetleri TİRK kapsamında rehne konu olmazlar.

C. Teminat Türleri

Teminat, belli bir hukuksal durumu (genellikle borcun ödenmesini) sağlamak için verilen garanti olarak tanımlanmaktadır.²² Teminat türleri genel olarak şahsi teminat ve aynı teminat olarak ikiye ayrılır.²³

I. Şahsi Teminat

Alacaklıya şahsi garanti sağlayan yani borçlunun bütün malvarlığıyla sorumlu olmasını gerektiren sözleşmelere şahsi teminat sözleşmeleri denmektedir. Hukukumuzda kefalet, garanti, borca katılma ve sigorta sözleşmeleri şahsi teminat sözleşmeleridir. BK m. 483'de kefalet sözleşmesi şöyle tanımlanmıştır: "Kefalet bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı tahhüt eder". Kefilin sorumlu olacağı en yüksek tutarın kapsamına yal-

²⁰ RG, 1.1.1961, S. 10700.

²¹ Bkz. Ülgen / Teoman / Kendigelen / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan, s. 38.

²² Hukuk Sözlüğü, www.uyap.gov.tr/hs/index (Erişim tarihi: 29.9.2010).

²³ Bkz. Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992, s. 519 vd.

nız anapara değil, borçlunun kusur ve temerrüdünün sonuçları, akdi faizler, dava ve takip masrafları da girer.²⁴ Diğer teminat türlerinden farklı olarak kefil, alacaklıya karşı, sözleşme konusu borçtan dolayı tüm malvarlığıyla sorumludur.²⁵

II. Aynı Teminat

Alacaklıya aynı teminat sağlayan sözleşmeler aynı teminat sözleşmeleridir. Aynı teminat, herkese karşı ileri sürülebilen bir teminat türüdür. Taşınır ve taşınmaz rehni, ticari işletme rehni, hapis hakkı başlıca aynı teminat türlerini oluşturmaktadır.

D. "Rehin" Kavramı ve Türleri

I. Genel Olarak

Hak sahibine, bir alacak yerine getirilmediği takdirde, rehnedilene paraya çevirterek bundan alacağını tahsil etmek yetkisini veren, eşyanın maliki başta olmak üzere herkese karşı ileri sürülebilen aynı hakka rehin hakkı denir²⁶. Rehin sözleşmesi ise doğmuş veya doğabilecek bir para borcunun ve alacağının, teminat gösterilen taşınır, taşınmaz ve sair hakların cebri icra yoluyla satımı sonucu elde edilen satış bedelin-den (teminat derecelerinden doğan istisnalar saklı olmak üzere) ayrıcalıklı olarak tahsili hak ve yükümlülüğünü ortaya çıkaran bir hukuki işlemdir.²⁷

²⁴ Aral, Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2004, s. 456.

²⁵ Konuyla ilgili ayrıca bkz Şahan, Gökhan, *Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 17; Zevkliler, Aydın, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2004, s. 395 vd; Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2007, s. 823.

²⁶ Öztan, Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, 23. Baskı, Ankara 2006, s. 894; Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer, *Eşya Hukuku*, Filiz Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 1997, s. 669; Ertaş, Şeref, *Eşya Hukuku*, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2008, s. 515; Esener, Turhan/Güven, Kudret, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2008, s. 423.

²⁷ Domaniç, Hayri/Ulusoy, Erol, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, Arıkan Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2007, s. 181.

II. Taşınır Rehni

Taşınır rehni, taşınmaz dışında kalan ve bir alacağın teminatı olmak üzere alacaklıya teslim edilmiş şeyin veya hakkın, satılarak, satış bedelinden alacağın elde edilmesi olanağını veren bir rehin şeklidir.²⁸

Taşınır rehninin, teslimine bağlı ve teslim şartı gerekmeyen taşınır rehni olmak üzere iki türü vardır. Teslim şartlı taşınır rehninin özelliklerini şöyle sayabiliriz:

a. Fer'i ve aynı bir haktır.

b. Bir sözleşme ile kurulur.

c. Eşyanın alacaklıya teslimi zorunludur.

d. Rehin konusu borç için rehin alacaklısına borçlu bütün malvarlığıyla sorumludur.

e. Paraya çevrilebilen, ferdileştirilmiş bir eşya üzerinde kurulur.

İstisnai olarak kimi taşınır rehninde teslim şartı aranmamıştır. Teslim şartı aranmayan taşınır rehni de kendi içinde, tescile bağlı olup olmamalarına göre ikiye ayrılır. Ziraat Bankasının çiftçi malları üzerindeki rehin hakkı, Zirai Donatım Kurumu'nun, tarım kredi kooperatiflerinin ve amme alacaklarıyla ilgili rehin hakları tescil şartı aranmayan ve teslimi gerekmeyen rehin türüdür.

Tescile bağlı olan ve teslimi gerekmeyen rehinde, adından anlaşılacağı üzere sicile tescil, kurucu unsurdur. Bu rehin türleri ise şunlardır: Ticari işletme rehni, hayvan rehni, maden rehni, hava aracı ipoteki, gemi ipoteki ve motorlu taşıt rehnidir.²⁹

III. Taşınmaz Rehni

Taşınmaz rehni, bir alacağın temini için, borç ödenmezse, alacaklıya konusu olan taşınmazı sattırıp, satış değerinden alacağını öncelikle

²⁸ Akıntürk, Turgut, *Medeni Hukuk*, Beta Yayınları, 13. Baskı, Ankara 2008, s. 458; Ertaş, *Eşya Hukuku*, s. 551; Oğuzman/Seliçi, s. 755 vd; Esener / Güven, s. 477.

²⁹ Motorlu taşıt rehniyle ilgili bkz. Doğan, Murat, "Teslime Bağlı Olmayan Sicilli Motorlu Taşıtların Rehni", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2008, C. 12, S. 3-4, s. 182.

temin etme imkânı veren aynı haktır.³⁰ Taşınmaz rehninin başlıca iki fonksiyonu vardır: Bunlar kişisel alacağı güvence altına almak ve arazinin değerini tedavül ettirmektir. Taşınmaz rehnine belirlilik, kamuya açıklık ve sabit derece ilkeleri hâkimdir.³¹

Taşınmaz rehninin üç türü vardır: İpotek, ipotekli borç senedi ve irat senedir. İpotekte alacağın teminat fonksiyonu ağırlık kazanırken, ipotekli borç senediyle, irat senedinde kanun koyucu taşınmazın değerini taşınmazdan bağımsızlaştırarak, düzenlenen kıymetli evraklar vasıtasıyla, bu değer, piyasada tedavülü amacını gütmüştür.³² İpotekli borç senedi ve irat senedi kıymetli evrak niteliği taşır.³³

İpotek, hem borçlunun kişisel sorumluluğunu hem de aynı (taşınmaz) sorumluluğu içeren taşınmaz teminatıdır. İpotek konusu taşınmaz paraya çevrildiğinde alacak tam olarak karşılanamıyorsa, borçlunun alacaklıya karşı kişisel sorumluluğu devam edecektir. İpotekte borçlunun mutlaka taşınmazın maliki olması gerekmez.

İrat senedi, taşınmazın değerinin tedavül edebilmesini sağlar. İrat senedinde ödenmesi gereken para borcu taşınmaza yüklenmiştir. İrat senedi el değiştirdikçe irat senediyle birlikte taşınmaz ve borç el değiştirmiş olur.³⁴ İpotekli borç senedi ise ipotekte olduğu gibi hem taşınmaz değerinin, hem de sorumluluğun kişisel olarak devam ettiği bir taşınmaz rehni çeşididir.³⁵ İpotekli borç senedinin irat senedinden farkı; ipotekli borç senedinde eşyaya bağlı bir borç ilişkisinin olmamasıdır. Ancak son iki tür taşınmaz rehni ülkemizde yaygın değildir.

IV. Ticari İşletme Rehni

TİRK'in öngördüğü rehin sistemi ile bir işletmenin menkul mallarının ve fikri mülkiyet haklarının tamamı veya bir kısmı, teslim şartı aranmaksızın sadece ticaret veya esnaf siciline tescili suretiyle rehne-

³⁰ Ertaş, *Eşya Hukuku*, s. 515; Esener / Güven, s. 451.

³¹ Öztan, s. 895; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 516; Oğuzman/Seliçi, s. 675.

³² Ertaş, *Eşya Hukuku*, s. 515; Oğuzman/Seliçi, s. 742 vd.

³³ Bkz. Pulaşlı, Hasan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Adalet Yayınları, 9. Baskı, Ankara 2009, s. 34.

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Esener / Güven, s. 469.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Esener / Güven, s. 464.

dilmesi mümkün hale gelmiştir (TİRK m. 3 ve m. 5). Böylece borçlu-ya, ticari işletmeye ait taşınır eşyaları kullanma ve kredi temin etme imkânı sağlanmıştır. Tacir veya esnaf, işletmesini sadece kendi borcu için değil başkalarının borcu için de rehin verebilir.

Ticari işletme rehni, bir taşınır rehni türü olduğundan, taşınır rehni ile ilgili genel ilkeler; alacağa bağlılık, kamuya açıklık, iyi niyetin korunması, belirlilik, teminatın bölünmezliği, sıra, bu rehin türü için de geçerlidir (MK m. 939-950). Ayrıca, özel hüküm bulunmadıkça, taşınmaz rehnine ilişkin hükümler de uygulama alanı bulacaktır (TİRK m. 20).³⁶

TİRK m. 8'e göre aynı ticari işletme üzerinde birden fazla rehin tesis edilebilir. Hatta ticari işletme üzerinde kurulacak ikinci ve sonraki rehin hakkı için önceki rehlinli alacaklıların iznini almaya da gerek yoktur.³⁷ Rehin alacaklısı sicile kayıtlı rehin hakkını, işletmeyi devralan herkese karşı ileri sürebilir. Böylece kanun koyucu TİRK m. 9/1 ile 10/2³⁸ arasındaki çelişkiyi önlemiştir.

1. Kuruluşu

Ticari işletme rehninin kurulabilmesi için öncelikle taraflar arasında bir rehin sözleşmesi yapılmalıdır.³⁹ Kanun koyucu rehin sözleşmesini sıkı şekil şartlarına bağlamıştır. TİRK m. 4'e göre rehin sözleşmesinin noter tarafından düzenleme yoluyla yapılması gerekmektedir.⁴⁰

³⁶ İşletme rehninin, aslen bir taşınır rehni türü olması sebebiyle taşınmaz rehni hükümlerine yönelik atfın (TİRK m. 20) hatalı olduğu savunulmaktadır. Bkz. Ertaş, *Eşya Hukuku*, s. 47.

³⁷ Ülgen / Teoman / Kendigelen / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan, s. 198.

³⁸ "Ticari işletme sahibi, işletmeyi veya rehne dâhil münferit unsurları devretmek, bir aynı hakla takyidetmek, başka bir mahalle nakletmek veya başkaları ile değiştirmek için alacaklının muvafakatını almak zorundadır" (TİRK m. 10/2).

³⁹ Rehin sözleşmesi yapılmadan önce rehin alacaklısının, işletmenin envanterini incelemesi yerinde olacaktır (Kayıhan, Şaban, *Ticari İşletme Hukuku*, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2009, s. 95).

⁴⁰ Noter önüne gelen işlemleri iki şekilde yapar: Düzenleme ve onay, Noterlik Kanunu'nda (RG, 05.02.1972, S. 14090) düzenleme (m. 84-89) ve onay (m. 90-93) işlemlerinin nasıl yapılacağı ayrıntılı olarak gösterilmiştir. Noter rehin sözleşmesini başından sonuna kadar kendisi düzenlemelidir. Rehin sözleşmesinin taraflarının bizzat kaleme alarak notere onaylattıkları rehin sözleşmesi geçerli

Rehin sözleşmesi, tacir veya esnaf ya da bu kimselerin özel olarak yetkilendirdiği temsilci (ticari mümessil, vekil) tarafından yapılır.⁴¹ Ayrıca rehin kapsamına giren unsurların da tam bir listesi sözleşmeye eklenmelidir.

TİRK m. 6'ya göre rehin sözleşmesinde alacak miktarının Türk Lirası olarak gösterilmesi gerekir (TİRK m. 6).⁴² Ancak MK'da yapılan son değişiklik ile yabancı para üzerinden ipotek tesisine imkân tanınması, ticari işletme rehninin de yabancı para üzerinden kurulup kurulamayacağı konusunda tartışmaya yol açmıştır.⁴³ Doktrinde bir görüş 6. maddenin yeterince açık olduğu bu nedenle yorum yoluyla böyle bir kanaate ulaşamayacağını ileri sürmektedir.⁴⁴ Diğer görüşe göre ise TİRK m. 20'de taşınmaz rehnine yapılan genel yollama nedeniyle MK hükümlerine paralel olarak rehin hakkı yabancı para üzerinden kurulabilmelidir.⁴⁵ Alacak miktarının belirli olmaması rehin işlemine engel olmaz, fakat taraflar hiç değilse işletmenin hangi miktara temi-

olmayacaktır. Noterlik işlemleri hakkında bkz. Ulukapı, Ömer/Atalı, Murat, *Noterlik Hukuku*, Mimoza Yayınları, 2. Baskı, Konya 2001, s. 206-212; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2005, s. 142.

⁴¹ Kanunda rehin sözleşmesinin, "işletme maliki" tarafından yapılması öngörülmektedir (TİRK m. 2/1). Rehin konusu işletme, işleten kimsenin mülkiyetinde ise rehin sözleşmesinin malik veya yetkili temsilcisi tarafından yapılması şarttır. Ancak sanayi işletmelerinin hâsılat kirasına (BK m. 270 vd) konu olduğu hallerde, tacir sıfatı işletmenin sahibine değil bizzat işleten kiracıya aittir. Sanayi işletmeleri üzerinde TİRK m. 3/1-b, c'deki unsurların bir kısmıyla sınırlı olarak rehin sözleşmesi kurulabilir. Bu durumda kiralayana ait olmayan sadece hâsılat kiracısı tacire ait işletme adı (ticaret unvanı işletmeden ayrı devredilemez), fikri mülkiyet hakları veya motorlu nakil araçları üzerinde rehin hakkı kurulacaksa kiralayanın iznini aramaya gerek yoktur. Krş. Ülgen / Teoman / Kendigelen / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan, s. 185.

⁴² Rehnin tescilinde, alacaklının ticaret unvanı, açık adresi ve ikametgâhı, alacağın Türk lirası olarak miktarı, alacak miktarı belirli değilse ticari işletmenin teminat teşkil ettiği miktar, faiz (şart koşuluşa) miktarı gösterilir (TİRK m. 6).

⁴³ Ülgen / Teoman / Kendigelen / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan, s. 196; Domaniç/ Ulusoy, s. 185.

⁴⁴ Arkan, s. 52; Domaniç/ Ulusoy, s. 185; Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 10. Baskı, İstanbul 2004, s. 56.

⁴⁵ Erten, Ali, *Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2001, s. 40-41; Ertaş, Şeref, "Ticari İşletme Rehni", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, C. 7, İzmir 2005, s. 43.

nat teşkil edeceğini belirlemiş olmalıdır (TİRK m. 6).⁴⁶ Kanun koyucu, taşınmaz rehninde olduğu gibi miktarın önceden muayyen olup olmamasına göre anapara veya azami meblağ ipoteğine benzer bir rehin öngörmüştür.⁴⁷ Bu bakımdan alacak miktarının belli bir meblağ olarak rehin senedinde belirtilmesi rehlin bir geçerlilik unsurudur. Alacak miktarının önceden likit olmaması, rehin tesisini engellemez fakat alacak miktarı en geç rehlin paraya çevrildiği anda belli olmalıdır.

Rehin hakkının doğumu için sicile tescil şarttır. TİRK m. 20 yollamasıyla taşınmaz rehlinin aykırı olmayan hükümleri ticari işletme rehnine de uygulanacağından tasarruf işlemi niteliği taşıyan rehin sözleşmesinin geçersizliği yolsuz tescil sonucunu doğuracaktır.⁴⁸

Tescil talebinde bulunma yetkisi işletme sahibi veya rehin alacaklısına aittir (TİRK m. 5/1). Kural olarak sözleşmenin ilgili sicile 10 gün içinde tescil ettirilmesi gerekir (TİRK m. 5/2).

2. Kapsamı

a. Genel Olarak

Ticari işletme rehni sözleşmesinde bulunması gereken unsurlar, ticaret unvanı, işletme adı ve menkul işletme tesisatıdır. Fikri mülkiyet hakları (marka, patent, model, resim, lisans vb.) kısmen veya tamamen rehin kapsamı dışında bırakılabilir (TİRK m. 3). Ticari işletmenin malvarlığı unsurları arasında yer alan kiracılık hakkı, taşınmazlar, nakit, alacak ve döner malvarlığı (TK m. 11/2) rehlin kapsamına dâhil değildir.⁴⁹

b. Ticaret Unvanı ve İşletme Adı

Ticaret unvanı, ticari işletme sahibinin diğer işletme sahiplerinden ayrılmasını ve işletmeyi şahsileştirerek işletmenin diğer işletmelerden

⁴⁶ "Ticari işletme rehni 32.600.000 Lira asıl alacak ve her ne nam altında olursa olsun bunun ferileri, icra vekaleti ücreti, icra harç ve masrafları vb. alacağı tamamen 32.600.000 Lira içinde mütalaa edilmek gerekir" Y. 12. HD, 22.03.1984, 164/3359 (Sinerji Veri Tabanı).

⁴⁷ Ertaş, *Ticari İşletme Rehni*, s. 43.

⁴⁸ Erten, s. 38.

⁴⁹ Karahan, s. 43.

ayırt edilmesini sağlar.⁵⁰ Ticaret unvanı kullanma hak ve yükümlüğü, tacir ile sınırlandırıldığından esnaf ticaret unvanı kullanamaz (TK m. 41, 17). Rehin borçlusunu esnaf işletmesi ise, esnafın ticaret unvanı kullanma yetkisi bulunmadığından, rehin sözleşmesinde ticaret unvanı bulunmayacaktır.⁵¹

İşletme adı ise, bir işletmeyi diğer benzer işletmelerden ayırt etmeye yönelik isimlerdir. Ticaret unvanının aksine işletme adı kullanmak zorunlu değildir. İşletme adını hem tacirler hem de esnaflar kullanabilir (TK m. 17, 55). İşletme adı kullanılıyorsa rehin sözleşmesinde yer almak zorundadır. Doğal olarak işletme adı kullanılmaması ve rehin sözleşmesinde bulunmaması bir geçersizlik sebebi oluşturmaz.

c. Menkul İşletme Tesisatı

İşletmenin malvarlığı unsurları arasında yer alan taşınmazlar, rehin kapsamına girmediğinden işletme rehni, TİRK m. 3/1-b'de sayılan menkul tesisat ile sınırlıdır. TİRK, menkul tesisatın tamamını değil belirli şartları taşıyan unsurları rehin kapsamına almıştır. TİRK m. 3/1-b'ye göre rehne dâhil olan menkul tesisat: "Rehnin tescili anında mevcut ve işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan makine, araç, alet ve motorlu nakil araçları"dır.

Kural olarak, rehin sözleşmesinin yapıldığı anda ticari işletmeye dâhil olan menkul işletme tesisatı üzerinde rehin kurulur. Kanun'da "*rehnin tescili anı*" (TİRK m. 3/1-b) esas alınmakla birlikte, rehin kapsamına giren unsurların tam listesi ayırt edici unsurları ile rehin sözleşmesinde yer aldığından, rehin hakkının, tescil anı değil, sözleşmedeki unsurlarla sınırlı olduğunu kabul etmek gerekir. Ayrıca rehin sözleşmesinin on gün içinde hatta tartışmalı olmakla birlikte daha sora tescili imkânı bulunduğundan bu sonuç yerindedir. Öyleyse, rehin sözleşmesinden sonra ticari işletmeye tahsis edilmiş menkul tesisat üzerinde rehin hakkı söz konusu değildir. Ancak uygulamada taraflar sözleşmeye bir hüküm koyarak sonradan işletmeye tahsis edilmiş menkul işletme tesisatını da rehne dâhil etmektedirler.⁵² Bu şart, sadece sözleşmenin

⁵⁰ Karahan, s. 133.

⁵¹ Bkz. Arkan, s. 51; Erten, s. 28.

⁵² Erten, s. 33.

taraflarıyla sınırlı bir etkiye sahiptir. Rehin kapsamına sonradan dâhil edilen unsurlar üzerinde rehin hakkının, üçüncü kişilere ileri sürülebilmesi için rehin sözleşmesinin bu yeni unsurları da kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekir. Bu durumda işletmeye sonradan dâhil olan yeni unsurlar noter aracılığı ile ek listeye alınmalı ve liste sicile tescil edilmelidir.⁵³

Ticari işletme rehninin kapsamını belirten TİRK m. 3 sınırlayıcı bir içeriğe sahiptir.⁵⁴ İşletme menkul tesisatı, TİRK 3'te sayılan "*makine, araç, alet ve motorlu nakil araçları*" ile sınırlandırılacaktır. Dolayısıyla teferruat niteliğinde olan taşınurların rehin kapsamı dışında kalacağı kabulü kanun koyucunun iradesine uygun olacaktır.⁵⁵ Ayrıca, ticari işletmenin faaliyetlerine tahsis edilmiş olsa bile finansal kiralama yoluyla temin edilmiş menkul işletme tesisatı ticari işletme rehni kapsamına girmez.⁵⁶ Finansal Kiralama Kanunu⁵⁷ m. 8/2'de "*tescil veya şerh-ten sonra üçüncü kişilerin finansal kiralama konusu mal üzerindeki aynı hak iktisapları kiralayana karşı ileri sürülemez*" dendiğinden FKK ile temin edilmiş menkul tesisat ne rehin kapsamına alınabilir ne de iyi niyetli hak iktisaplarına konu olur.

TİRK m. 4'e göre sözleşmenin yapıldığı anda mevcut ve işletmenin faaliyetlerine tahsis edilmiş olan menkul işletme tesisatının tümünün rehin sözleşmesinde liste halinde ve ayırt edici özellikleriyle birlikte gösterilmesi gerekir.⁵⁸ TİRK m. 4 hükmünün fevkalade şekli bir hü-

⁵³ Poroy/Yasaman, s. 53.

⁵⁴ Erten, s. 28.

⁵⁵ Reisoğlu, *Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme*, s. 117.

⁵⁶ Ayrıca bkz. Domaniç/Ulusoy, s. 181.

⁵⁷ RG, 28.6.1985, S. 18795.

⁵⁸ Rehin sözleşmesi yapılırken işletmeye ait menkul tesisatın sözleşmeye eksik olarak geçirilmesinin yaptırımı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, menkul işletme tesisatının tümü rehin sözleşmesine bağlı ekli listede gösterilmelidir. Aksi tutum sözleşmenin geçersizliğine yol açacaktır (Reisoğlu, *Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme*, s. 111; Arkan, s. 56).

Diğer bir görüşe göre ek liste, ispat açısından bir değer taşır. Özellikle birçok il ve ilçede şubesi olan bir işletmenin, menkul tesisatının tam ve ayırıcı özellikleri ile (örneğin aracın rengi, plaka numarası vs) yazılmasının uygulamada sorun teşkil edeceği bu sebeple sözleşmenin ayakta tutulması gerektiği fikrine ulaşılmıştır. Yani ek listede rehne dâhil unsurların olmaması sözleşmeyi geçersiz hale getirmez. Sadece rehinli alacaklıya ticari işletmeye dâhil olup da takibe konu yaptığı menkul

küm olduğu, bu sebeple haksız ve yersiz mağduriyetlere yol açabileceği kuşkusuzdur. Zira Kanun noterin yetkisi, işlemin nasıl yapılacağı hakkında ağır şartlar öngörmüştür. Öncelikle noterin yetki çevresiyle ilgili kısıtlamaya haklı bir gerekçe bulmak güçtür. Ayrıca noter işlemin geçerliliği açısından sözleşmeyi düzenleme yoluyla yapmak zorundadır. Taraflarca ayrıntılı olarak yapılmış olsa bile rehin sözleşmesinin onama yoluyla geçerli kabul edilmesi mümkün değildir. Görüldüğü gibi, rehin sözleşmesinin düzenlenmesinde tarafların iradesi ve müdahale yetkisi adeta ortadan kaldırılmıştır. Öyleyse tarafların düzenleme aşamasında müdahil olmadıkları rehin sözleşmesinin kapsamıyla ilgili eksikliklerden dolayı geçersiz sayılması ve geçersizlik sonuçlarının taraflar üzerinde doğması adil bir çözüm değildir. Her ne kadar taraflar maruz kaldıkları zararlar sebebiyle Noterlik Kanunu m. 162 gereği noteri sorumlu tutabilseler de bu dolambaçlı sonucun tutarlı bir gerekçesinin olmadığı, usul ekonomisi ve taraf menfaatlerine aykırı olduğu açıktır. Bu sebeplerle rehin sözleşmesi, hiç değilse düzenleme aşamasıyla ilgili eksikliklerden dolayı geçersiz kabul edilmemelidir.

İşletmeye ait motorlu araçlar üzerinde MK m. 940/2 ve TİRK m. 3/1-b hükümleri çerçevesinde rehin kurulmuş olabilir. Menkul tesisat kapsamında yer alan motorlu araçların rehninde, rehin işlemi, TİRK m. 7 gereği motorlu nakil araçları siciline bildirilmek zorundadır. Aynı araç üzerinde iki veya daha fazla sayıda rehin kaydı bulunması durumunda sıra sorunu, rehnin kuruluş tarihine göre belirlenecektir (MK m. 948, TİRK m. 8).⁵⁹

d. 4952 Sayılı Kanun'a Göre TİRK'in Kapsamı

Bilindiği gibi TİRK m. 3 hükmü gereği küçük meblağlı rehin işlemlerinde bile işletmenin tamamı üzerinde rehin tesis edilmektedir.

işletme tesisatının rehnin tescili anında işletmede var olduğunu ispat yükümlülüğü yükler (Erten, s. 31).

Yargıtay ilk görüşü benimsemiştir: "Sözleşmede rehne dair unsurların tam listesi ile onların ayırt edilmelerini mümkün kılacak özellikleri birlikte yer alır. Bu özellikleri ihtiva etmeyen rehin sözleşmesi geçerli değildir" (Y. 12. HD, 02.04.1990, E. 11876, K. 3720 (Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi*, Oluş Yayıncılık, 2. Baskı, Manisa 1992, s. 45).

⁵⁹ Ayrıca bkz. Ertaş, *Ticari İşletme Rehni*, s. 44.

Kanun koyucu bu eksikliği giderebilmek için 4952 sayılı Kanun⁶⁰ ile Ek m. 2'yi düzenlemiştir.⁶¹ Ek 2. maddeyle, TİRK m. 3 kapsamındaki bütün değerler rehnedilmeden, işletmenin taşınır tesisatının sadece bir kısmının rehnedilmesi mümkün hale getirilmiştir.⁶²

Ek m. 2, sanayi işletmeleri bakımından TİRK m. 3 hükmünü esnetmiş, menkul tesisat olarak nitelendirilebilecek unsurlardan bir kısmıyla sınırlı rehin işlemi kurulabilmesini kabul etmiştir. Bu arada sanayi işletmelerinin rehninde vadeli (taksitli) satın alınan makine, ekipman, araç, alet ve cihazlar hakkında TİRK m. 2/2 hükmü geçerliliğini muhafaza etmektedir. Kredili satış yapan işletmelerin rehin hakkı, kredili satışa konu menkullerle sınırlıdır (TİRK m. 2/2). Ek m. 2/3 gereği bu hallerde rehin konusu işletme sanayi işletmesi bile olsa kredili satışa konu olan unsurlar dışındaki değerler rehnedilemez.

e. Rehin Konusunun Alacaklı Bakımından Önemi

Konunun başında da belirttiğimiz gibi ticari işletme rehni, borçluya güven esasına dayalı, teslimsiz rehin türüdür. Menkul tesisatın rehni, özel ve istisnai bir durumu yansıtmaktadır. Rehin, ilgili sicile tescil ile kurulur (TİRK m. 5). Menkul rehnindeki, menkulün alacaklıya teslimi ile sağlanan teminat ticari işletme rehninde çeşitli imkân ve yaptırımlarla elde edilmek istenmiştir. Borçlu, rehin kapsamına giren unsurları alacaklının güvenine aykırı olarak kullandığında alacaklı, kendisini koruyan yetkilerden yararlanabilir. Kural olarak ancak, TİRK m. 2/1'in işaret ettiği kimseler rehin alacaklısı olabilir. Bu durumda TİRK'in kabul ettiği yetkilerden yararlanabilmek için rehin alacaklısının kanunun sınırlı sayıda belirlediği kimselerden olması şarttır. Fakat rehin hakkı sonradan devredilmişse, devralan kimselerin TİRK m. 2'deki şartları taşımaması gerekmez (TİRK m. 5/4). Alacaklıya tanınan yetkilerin kullanılması rehin konusu değerlerin muhafazasındaki ek-

⁶⁰ RG, 29.07.2003 S, 25183.

⁶¹ Bu yeni düzenlemeyle ticari işletme rehni yeni bir türünün tanımlandığı (Ertaş, *Ticari İşletme Rehni*, s. 48) ve ticari işletme rehni sisteminin Ek 2. maddeyle bozulduğu (Reisoğlu, *Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme*, s. 117) görüşlerine yer verilmiştir.

⁶² Bkz. Reisoğlu, *Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme*, s. 112; Ertaş, *Ticari İşletme Rehni*, s. 49.

siklik, özensizlik veya kasıtlı davranışlarla ilişkilidir. Öncelikle rehin borçlusu rehin konusu unsurların olağan şartlarda kullanılmasıyla ortaya çıkan değer azalmasından, kaza ve mücbir sebeplerle zarar görmesinden sorumlu tutulamaz.

Rehin kapsamına girecek değerler TİRK m. 3'te sınırlı olarak gösterilmiştir. Bu unsurlar dışında kalan değerler, rehin sözleşmesi kapsamına girmez. Ancak, her nasılsa dâhil edilmiş olsalar bile, sözkonusu değerlerin elden çıkarılması, zarar görmesi veya yok edilmesi durumunda alacaklının TİRK'in bahsettiği yetkilerden yararlanabilmesi düşünülemez.

3. Tarafları

Rehin sözleşmesinin taraflarını, genel olarak, rehin alacaklısı ve rehin borçlusu olmak üzere iki başlık altında inceleyebiliriz. Rehin borçlusu olabilecek kişiler ilgili sicile kayıtlı esnaf veya tacirlerdir. Bu sıfatı taşımayanlar örneğin serbest meslek mensupları rehin borçlusu olamazlar (TİRK m. 1). Rehin alacaklıları ise,

- a. Sermaye şirketi olarak kurulmuş ve tüzel kişiliğe sahip kredi (sermaye) şirketleri (bankalar ve banka statüsüne sahip olan kuruluşlar),
- b. Kredili satış yapan gerçek ve tüzel kişi işletmeleri,
- c. Kooperatiflerdir (TİRK m. 2/1).

4. Sona Ermesi

Rehin ile temin edilen alacağın sona ermesi, kendiliğinden, ticari işletme rehnini sona erdirmez. Bu durumda işletme sahibi ilgili sicilden rehin kaydının silinmesini alacaklıdan talep etmelidir (TİRK m. 19). Alacaklının bu talebi yerine getirmediği, gaip olduğu, alacağını almaktan kaçındığı veya rehin kaydının silinmesine muvafakat etmediği durumlarda TİRK m. 19 yollamasıyla İİK m. 153 hükmüne göre hareket edilecektir. İİK m. 153'e göre alacaklıya, 15 gün içinde icra dairesine gelmesi ve rehni çözmesi gerektiği bildirilir. Bu bildirimle rağmen alacaklı rehni çözmeye yanaşmazsa borçlu, borcunun tamamını

alacaklı adına icra dairesine yatırır ve icra mahkemesi kararıyla rehin kaydının terkinine karar verilmesini isteyebilir. Borçlu, gecikme nedeniyle, maruz kaldığı zararın tazminini de talep edebilir.⁶³

Rehnin sona ermesinde özellik arz eden hususlardan birisi de rehne konu işletme kaydının ilgili sicilden silinmesidir.⁶⁴ İşletme sicilden silindiğinde rehin konusuz kalacağından işletme rehнинin hükümleri askıdadır. Şöyle ki işletmenin kaydı ilgili sicilden terkin edildiğinde sicil memuru durumu derhal alacaklıya bildirir. İşletme kaydının sicilden silinmesiyle, vadesi gelmese bile rehinli alacak muaccel hale gelir (TİRK m 18/1, 2). İşletmeye ait sicil kaydının silinmesine yönelik bildirim tarihinden itibaren iki aylık hak düşürücü süre içinde alacaklı, işletme rehнинin paraya çevrilmesine yönelik takibi başlatmak zorundadır. Alacaklı 2 aylık süre içinde rehin hakkını kullanmadığı takdirde rehin hakkı düşecektir. Bu sebeple anılan iki aylık süre içinde rehin hakkının askıda olduğu söylenebilir. İki aylık sürenin geçmesiyle alacak hakkı ancak genel hükümlere göre takip edilebilecektir (TİRK m. 18/4). Sicil memuru, rehnin sona erdiğini 7. maddede zikredilen sicillere de bildirir (TİRK m. 19/3).⁶⁵

E. İşletmenin Rehninde Rehin Alacaklısının Korunması

I. Genel Olarak

Şüphesiz TİRK'teki baskın anlayış, rehin alacaklısının korunmasıdır. Bu anlayış, sonradan yapılan değişikliğe de hâkim olmuş, sigorta

⁶³ Ülgen / Teoman / Kendigelen / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan, s. 203.

⁶⁴ Bilindiği üzere ticareti terk edenler 15 gün içinde durumu ticaret siciline bildirmekle ve bütün alacaklıları ile beraber aktif ve pasif malvarlığının durumunu gösteren mal beyanında bulunmakla yükümlüdür. İşte ticareti terk eden kişi, mal beyanı bildirim tarihinden itibaren iki ay süre ile sınırlı olarak haczi kabil hiçbir malvarlığı üzerinde tasarruf edemez (İİK m. 44/1, 3). Ayrıca, ticareti terk eden tacir, durumun tescil ve ilanından itibaren bir yıl iflas hükümlerine göre takip edilebilir (İİK m. 44/2).

⁶⁵ "Ticari İşletme Rehni Yasası'nın 7. maddesine göre ticari işletmenin, üzerinde faaliyette bulunduğu taşınmazın işletme sahibine ait olması halinde, ticari işletme rehni tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilecek ise de; bu tescilin yapılmaması, rehin, kendi özel siciline tescille doğduğundan, ticari işletme rehнинin geçerliliğini etkilemez" Y, 7. HD, E. 4132/2001, K. 6811/2001 (Sinerji Veri Tabanı).

yükümlülüğü getiren Ek m. 2/1'in gerekçesinde açıkça rehin alacaklısının risklere karşı herhangi bir sürprizle karşılaşmaması amacı vurgulanmıştır. Menkul rehninden farklı olarak işletmenin menkul tesisatının, rehin alacaklısına teslimi şartı aranmadığı için TİRK alacaklısının menkul rehni alacaklısına göre daha fazla korunması gereği, borçlunun suiistimaline karşı caydırıcı tedbirlerin alınması elbette önemlidir. Ancak TİRK sistemi, alacaklının, menfaatlerini ve maruz kaldığı riski abartıp hapisle tazyik dâhil, alacaklının durumunu güçlendirmiş hak ve yetkilerini olabildiğince geniş tutmuştur.

II. Rehin Alacaklısının Korunması

1. Taşınır Rehni

Taşınır rehninin alacaklıyı koruyan en önemli özelliği; taşınırın alacaklının zilyetliğine bırakılması şartının varlığıdır. Bu rehin türünde teslim, kurucu unsur olunca rehin sözleşmesi aynı akit kategorisine girmektedir.⁶⁶

Taşınır rehninde alacaklının hakları şunlardır:

a. Rehin sahibi eşyaya zilyet olabilir. Böylece zilyet, eşyaya yapılacak saldırılara karşı, zilyetlik davalarından yararlanır.

b. Rehinli alacaklı vedia hükümlerine göre, yapmış olduğu muhafaza masraflarını ve vekâletsiz iş görme hükümlerine göre yaptığı diğer bakım masraflarını malikten isteyebilir.

c. Borcun ödenmemesi halinde eşyayı paraya çevirtebilir.

d. Alacaklının belli şartlara bağlı olarak hapis hakkı söz konusudur.

Kanundan doğan bir rehin hakkı ve dolayısıyla bir teminat türü olan hapis hakkı, alacaklıya, zilyetliğinde bulunan ve borçluya ait bir malı iadede kaçınarak alacağını tahsil için paraya çevirme yetkisi veren bir aynı haktır (MK m. 950-953).⁶⁷ Hapis hakkı, sadece taşınır eşya

⁶⁶ Ayan, Mehmet, *Medeni Hukuka Giriş*, Mimoza Yayınları, 4. Baskı, Konya 2004, s. 129.

⁶⁷ Öztan, s. 952.

ve kıymetli evrak üzerinde kurulabilir.⁶⁸ Paraya çevirme imkânı olmayan şeyler üzerinde hapis hakkı kurulamaz.⁶⁹

2. Taşınmaz Rehni

Taşınmaz rehninde de alacaklının haklarını korumak için kanun koyucu çeşitli imkânlar getirmiştir. Taşınmaz rehninde, rehin alacaklısının hakları genel olarak, koruma önlemleri; güvence, eski hale getirme ve kısmi ödeme başlıkları altında iki kısımda düzenlenmiştir (MK m. 865-867). Taşınmaz, malikin kusuruyla değer kaybediyorsa veya değer kaybetme tehlikesi varsa alacaklı, gerekli tedbirlerin alınmasını hâkimden isteyebilir. Gecikmesinde tehlike varsa alacaklı, hâkimin iznini almaksızın da kendiliğinden bazı tedbirleri alabilir (MK m. 865).

Bu tedbirler;

a. Malikin, rehinli taşınmazın değerini düşüren davranışlarına karşı dava açabilme (MK m. 865/1),

b. Malikin kusurlu davranışları ile taşınmazın değeri azalmışsa; eski halin iadesi ve ek güvence isteyebilme (MK m. 866),

c. Malike karşı haksız fiil hükümlerine başvurabilme,

d. Rehinli taşınmazın, malikin kusuru olmaksızın değer kaybetmesi halinde ek güvence veya kısmi ödeme isteyebilmesidir (MK m. 867).

III. TİRK'e Göre Rehin Alacaklısının Korunması

1. "Rehin Alacaklısı" Sıfatı

TİRK'te ticari işletme rehni alabilecekler sayma yoluyla sınırlı olarak belirlenmiştir. Bunun sebebi de ticari işletme rehninin, teslim şartlı

⁶⁸ Ertaş, *Eşya Hukuku*, s. 566.

⁶⁹ Hapis hakkının koşulları şunlardır:

a) Alacaklı, borçluya ait menkul mal veya kıymetli evraka, borçlunun rızasıyla zilyet olmalı.

b) Alacak ile hapis hakkına konu olan menkul mal veya kıymetli evrak arasında bağlantı olmalı.

d) Alacak muaccel olmalı.

e) Hapis hakkının kullanılması sözleşmeye, kamu düzenine aykırı olmamalı. Geniş bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi, s. 780 vd.

menkul rehninin özel bir türü olmasıdır. Bu sebeple rehin alacaklılarının kapsamı yorum yolu ile genişletilemez.

TİRK m. 2'ye göre ticari işletme üzerinde rehin kurabilecekler, ancak tüzel kişiliği haiz ve sermaye şirketi olarak kurulmuş kredi müesseseleri yani bankalar, kredili satış yapan gerçek ve tüzel kişiler ile kooperatiflerdir. TİRK m. 2 kapsamına girmeyen kimseler rehin alacaklısını koruyan hükümlerden yararlanamaz.⁷⁰ Ancak bu kısıtlama rehin sözleşmesinin kuruluş aşamasıyla sınırlıdır. Sonradan TİRK m. 2 şartlarını taşıyan bir kimseden rehin hakkını devralan kimsenin kazasını geçerlidir (TİRK m. 5/4). Fakat söz konusu hüküm, tescil ve ilan edilmiş olsa bile, rehnin kuruluşu aşamasında TİRK m. 2 kapsamına girmeyen kimselerden rehin hakkı devrine uygulanmayacaktır. Zira rehin alacaklısı sıfatını taşımayanın, sicildeki yolsuz tescil işlemine dayanarak iyi niyetle bile olsa rehin hakkı iktisabı mümkün değildir.⁷¹ TİRK m. 5/4 hükmünden yararlanabilmek için geçerli bir rehin sözleşmesinin varlığı şarttır. TİRK m. 2'nin öngördüğü sıfatı taşımayan kimselerle yapılan ve bu sebeple geçerli olmayan rehin sözleşmesi, sicile tescil ile geçerli hale gelmez.

⁷⁰ "Rehin alan C... A.Ş. sermaye şirketi olarak kurulmuş bir şirket olmakla beraber, bir kredi müessesesi değildir. Aracı sermaye şirketlerinin, ihracatı teşvik amacıyla, ürünlerini pazarladıkları kuruluşlara döviz kredi açmalarına olanak tanınması, bunların kredi müessesesi olarak kabulünü gerektirmeyeceği açıktır. 1447 Sayılı Kanun'un 2. maddesinde sınırlı olarak belirtilen ticari işletme rehni karşılığı kredi verecek kuruluşların kapsamının, kararname veya tebliğ ile genişletilmesine veya değiştirilmesine imkan tanıyan yetki de verilmemiştir. Kaldı ki, C ... AŞ'nin anasözleşmesinde başlıca işteğal konusu "pazarlama işi" olarak açıklanmış, şirketin bu amacını gerçekleştirmek için bina ve tesislerini ipotek edebileceği ve icabında başkalarına ait gayrimenkuller üzerinde şirket lehine ipotek tesis edebileceği belirtilmiştir (Anasözleşme m. 3).

Bu itibarla, ihracata aracılık yapan C.... Pazarlama AŞ 1447 Sayılı Kanun'da açıklanan bir kredi müessesesi olmadığından ve yapılan işletme rehninin, kredi ile satış yapan kuruluşların konusuna giren bir rehin mahiyeti de bulunmadığından, taraflar arasında akdedilen rehin sözleşmesinin geçerli bir işletme rehni sözleşmesi niteliğinde olmadığından tescil ve ilanı gerekmeyeceği sonucuna varılmış, aksine düşünce ile tescilin reddine dair verilen kararın iptaline ilişkin hükmün bozulması gerekmiştir" [Y, 11. HD E. 5322/1985, K. 6571/1985 (Sinerji Veri Tabanı)].

⁷¹ TİRK'de rehin alacaklısı sıfatı alabilecek kişiler ayrı bir öneme sahip olmasına rağmen; sicile kaydedilmesi gereken fakat teslimsiz bir rehin türü olan motorlu taşıt rehninde rehin alacaklısı sıfatına ayrıca bir önem atfedilmemiştir. Bkz. Doğan, s. 188.

2. Alacaklıyı Koruyan Hükümler

Alacaklıyı koruyan hükümleri iki başlık altında inceleyebiliriz: **1)** Genel hükümlerin tanıdığı yetkiler, **2)** TİRK'in tanıdığı yetkiler. Ticari işletme rehnine ilişkin hükümlerin çoğunluğunun alacaklıyı korumaya yönelik olduğu kuşkusuzdur. Ticari işletme rehninde alacaklıyı koruyan hükümler, özel ve ayrıntılı olarak düzenlendiği için kural olarak, genel hükümlere başvurma ihtiyacı bulunmayacaktır.

a. Genel Hükümlerin Tanıdığı Yetkiler

1. TİRK m. 20 hükmü, niteliğine aykırı düşmedikçe taşınmaz rehni hükümlerinin ticari işletme rehnine de uygulanabileceğine işaret etmektedir. Bu anlamda taşınmaz rehniyle ilgili malikin kusuru olmadan rehin konusunun değerinin azalmasında alacaklıya tanınan yetkiler işletme rehninde de uygulama alanı bulur (MK m. 867).

2. İyi niyetli rehin alacaklısı, işletmeye ait menkul tesisat kapsamındaki üçüncü kişilere ait menkuller üzerinde de rehin hakkı kazanır (MK m. 939/2, TİRK m. 5/3).

3. Üçüncü şahsın işletmeyi rehinden kurtarabilmesi alacaklıların muvafakatine bağlıdır (MK m. 889/3, TİRK m. 20).

4. İİK m. 179-b, 2'deki düzenlemeye göre, iflasın ertelenmesi durumunda, taşınır, taşınmaz rehni ve ticari işletme rehni sahibi alacaklılar takibe devam edebilirler veya yeni takip yapabilirler.

5. Uygulamada rehin alacaklıları, ticari işletmenin rehne dâhil işletme tesisatı üzerinde, işletme sahibiyle bir yed-i emin sözleşmesi yapmaktadırlar. Yed-i emin sözleşmesi aslen vedia sözleşmesinin bir türüdür. Sözleşme yed-i emin ile vedia veren arasında yapılır ve vedia konusu şey üzerindeki tasarrufları engelleme amacı güder. Yed-i emin ise iki ya da daha fazla kişinin haklarını korumak üzere hukuki durumu ihtilaflı ya da belirsiz şeyi kendine tevdi ettikleri üçüncü kişidir. Yed-i emin, vedia sözleşmesinde vedia alan gibi vedia konusu şeyi emin bir yerde saklamakla yükümlüdür; fakat vediayi saklamak üzere verenlerin rızası veya hâkim kararı olmadıkça geri veremez.⁷² TCK'nın

⁷² Yavuz, s. 813.

“muhafaza görevini kötüye kullanma” başlıklı 289. maddesi konu bakımından önemlidir.⁷³ İlgili maddeye göre “kendisine resmen teslim olunan rehinli mal veya herhangi bir nedenle el konulmuş mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır”⁷⁴ hükmü yer almaktadır. Bu yaptırım, şartları çerçevesinde ticari işletme rehni de uygulama alanı bulacaktır.

b. TİRK'in Tanıdığı Yetkiler

TİRK'in alacaklıyı koruyan hükümlerine önce ana başlıkları ile değinilecek sonra da ayrıntılı olarak incelenecektir.

1. Rehin sözleşmesi, yapıldığı günden itibaren 10 gün içerisinde sicile tescil edilmelidir (TİRK m. 5/2). Tescil süresinin niteliği tartışmalıdır. Çoğunluk görüşüne göre on günlük süre hak düşürücüdür.⁷⁵ Çünkü on günlük sürenin konulma sebebi; üçüncü kişilerin korunmasını sağlamak ve işletme sahibinin suiistimaline yol açacak tasarruflarını önlemektir. Yargıtay da sürenin hak düşürücü nitelikte olduğunu kabul etmektedir.⁷⁶

⁷³ Madde metninde tanımlanan suç, esas itibarıyla güveni kötüye kullanma suçunun özel bir şeklini oluşturmaktadır (Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2005, s. 1070). Ayrıca Bkz. Meran, Necati, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 1358 vd.

⁷⁴ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (RG, 12.10.2004, S. 25611) sistemine göre ödenmeyen adli para cezası, hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüşmektedir (m. 52/4). Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını kısmen veya tamamen ödemezse, ödenmeyen miktarın karşılık geldiği gün kadar hapis cezasına maruz kalır. Adli para cezasının miktarı, hükümlünün ekonomik ve şahsi halleri göz önünde bulundurularak bir gün karşılığı en az yirmi en fazla yüz TL aralığında belirlenir (TCK m. 52/2, 4). Fakat hapis cezasına dönüştüren adli para cezasında azami süre sınır üç yıl [5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (RG, 29.12.2004, S. 25685), m. 106/3, 7], YÇK m. 5/1'de ise bin beşyüz gün olarak kabul edilmiştir. Ayrıca 5275 sayılı kanunda, üst sınır sebebiyle hapis cezası ile karşılanamayacak adli para cezasının 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilmesi kabul edilmiştir (m. 106/11). Ayrıca bkz. Meran, s. 269 vd.

⁷⁵ Ülgen / Teoman / Kendigelen / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan, s 195; Reisoğlu, *Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme* s. 19-20; Erten, s. 38-39.

⁷⁶ “Somut olayda, davalı... Banka tarafından tesis olunan ticari işletme rehni, rehin sözleşmesinin yapılmasından itibaren 10 gün içinde Ticaret Sicili'ne tescil

Diğer bir görüşe göre süreyle ilgili hüküm düzen hükmüdür, sürenin geçirilmesi, rehlin geçerliliğini etkilemez.⁷⁷ Ayrıca on günlük sürenin, alacaklı bakımında hak düşürücü, borçlu bakımından ise düzen hükmü olduğunu kabul eden yazarlar da vardır.⁷⁸ Hükümün gerekçesine baktığımızda on günlük sürenin esasen üçüncü kişileri korumak amacıyla öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Rehin hakkının doğumu tescil şartına bağlanmış olduğundan tescil gerçekleşmediği sürece bu hakkın zaten üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Ayrıca, TİRK m. 8'e göre ticari işletme üzerinde birden fazla rehin kurulması halinde sözleşmenin yapıldığı tarihe değil tescil tarihine üstünlük tanınmaktadır. Mal kaçırma amacına yönelik bir muvazaa ihtimaline karşın İİK m. 277 hükmünce açılacak iptal davası⁷⁹ alacaklının haklarının korunmasına büyük yarar sağlayacaktır. Bu durumda on günlük sürenin bir düzen hükmü olduğunu, süreye uyulmamasının tek başına rehin sözleşmesinin geçersizliğine yol açmayacağını söyleyebiliriz.⁸⁰

2. Rehin alacaklısı, üçüncü şahısların rehlin sağladığı teminatı veya borçlunun zilyetliğinde bulunan fakat rehin kapsamına giren unsurlara yönelik haksız fiillerinin men'ini dava edebilecektir (TİRK m. 13). Bir aynı hakka sahip olan rehin alacaklısı, rehin hakkını tehlikeye düşürecek fiillere karşı dava açabilir (TİRK m. 9/1).⁸¹

edilmediğinden geçersizdir" [Y, 19. HD, E. 5837/2003, K. 8884/2003 (Sinerji veri tabanı)].

⁷⁷ Karahan, s. 44, 45.

⁷⁸ Ertaş, *Ticari İşletme Rehni*, s. 44.

⁷⁹ İptal davasının amacı, borçlunun, haciz veya iflastan önce yapmış olduğu ve aslında geçerli olan tasarruf işlemleri ile malvarlığından uzaklaştırdığı mallardan, bunlar sanki borçluya aitmiş gibi alacaklıların tatmin edilmesini sağlamaktır. İptal davasıyla ilgili ayrıca bkz. Ulukapı, Ömer, *İcra ve İflas Hukuku*, Mimoza Yayınları, 3. Baskı, Konya 2008, s. 281.

⁸⁰ Konuyla ilgili bkz. Ülgen / Teoman / Kendigelen / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan, s. 197.

⁸¹ "Ticari işletmenin kayıtlı bulunduğu yer siciline tescil ile rehin hakkı doğar. Bu hakka sahip olan kişilerin istihkak davası açmaya hakları vardır ve rehlinli eşyanın ayrıca rehin hakkı sahibine teslimi gerekmemektedir. Öte yandan rehin hakkı rüçhanlı bir alacak olup, merhunun satış giderleri satış bedelinden düşüldükten sonra kalanın rehin hakkı alacaklısının alacağına yetecek bölümünün kendisine ödenmesi gerekir. Davalı alacaklının araç üzerine haciz koydurmuş olması, işletme

3. İşletmenin ilgili sicilden silinmesi halinde rehinli alacak muaccel hale gelir, alacaklı rehnin paraya çevrilmesini isteyebilir (TİRK m. 18).

4. Sanayi işletmeleri rehninde, rehinli mallar, alacaklının belirleyeceği muhtemel rizikolara karşı sigorta ettirilir.

5. Rehin borçlusunu işletme sahibi, işletmeyi veya rehne dâhil taşınurları devretmek, bir aynı hakla sınırlandırmak, başka bir mahalle nakletmek veya başkaları ile değiştirmek için alacaklının iznini almak zorundadır (TİRK 10/2). Rehin alacaklısının izninin işlemden önce veya sonra alınmasının bir önemi yoktur. Fakat iznin alınmamasının yaptırımları ağırdır. İzin şartına rağmen rehin borçlusunu işletmesini devretmiş, tekrar rehnetmiş, rehin kapsamındaki menkul tesisatı değiştirmiş, aynı haklarla sınırlamış ise bu işlemler geçerlidir. İlgili sicile tescil edilen rehin hakkı, işletmeyi devralan veya sonradan tekrar rehin alacaklısı sıfatını kazanan kimselere karşı da ileri sürülebilecektir (TİRK m. 9). Kanun birden fazla rehin işlemine izin vermiş ve öncelik hakkını tarih sırasına göre belirlemiştir. Mükerrer rehin işlemlerine izin verildiğinden, bu hak dışında, borçlunun rehin alacaklısının iznini almaksızın mevcut rehin hakkı ile ilgili teminatı azaltan veya kısıtlayan işlemleri geçerli olmakla birlikte tamamen kendi aleyhinedir. Rehin borçlusunun bu tür tasarrufları, eski hale getirme ve ek teminat (TİRK m. 11), azalan teminatın tamamlanması (TİRK m. 11), tazminat (TİRK m. 12/1), munzam tazminat (TİRK m 12/3) ve hürriyeti bağlayıcı ceza (TİRK m 12/1) gibi sonuçlara yol açar.⁸²

6. Rehin alacaklısı, işletme sahibinin rehnin sağladığı teminatın değerini azaltacak işlemlerinde, teminatın eski hale getirilmesini veya eksilen teminat kısmı için ek teminat verilmesini isteyebilir. Ek teminat

rehin hakkını etkilemez" [Y. 15. HD, E. 4309/1989 ve K. 658/1989 (Sinerji Veri Tabanı)].

⁸² "Sanık, ticari işletme rehnine konu oteli tüm takyidatları ile birlikte satmış, satıştan önce alacaklı olan Bankanın muvafakatini almamıştır. Sanığın ortağı olduğu şirketin rehin sözleşmesi kapsamındaki borcu ödeyip ödemediği araştırılıp tamamen ve kısmen ödemediğinin anlaşılması halinde müdahil bankanın zararı ve zararın miktarı tespit edildikten sonra zararın miktarı nazara alınarak bir karar verilmesi gerekir" [Y. 7. HD, E. 2239/2000, ve K. 10278/2000 (Sinerji Veri Tabanı)].

yükümlülüğü yerine getirilmezse rehin alacaklısı dava yoluyla azalan teminatın karşılığının ödenmesini isteyebilir (TİRK m. 11).⁸³

Öncelikle rehin alacaklısı, mahkemeye başvurarak işletme değerinin muhafazası için gerekli önlemlerin alınmasını talep edebilir. Kredi borçlusu, mahkemenin öngördüğü süre içinde ek teminat vermek, eski hale getirmek, kısmi ödeme yapmak gibi tedbirlerin gereğini yerine getirmek zorundadır.

a. Eski Hale İade veya Ek Teminat İsteme Hakkı

TİRK m. 11'e göre, *"ticari işletme sahibi işletmenin merhun değerini muhafaza için gerekli ihtimamı göstermediği veya kanunen öngörülen hallerde alacaklının muvafakatini almadığı ve bu yüzden de alacaklının zararına ticari işletmenin merhun değeri düştüğü takdirde hâkim tarafından kendisine verilecek mülhet içinde ek teminat vermez veya evvelki hali iade etmez ise, talep üzerine alacaklıya teminat noksanına tekabül edecek bir miktarın ödenmesine hükmolunur."*

Rehin alacaklısının maruz kaldığı riski bertaraf etmek için öncelikle eski hale iade yoluna gidilmelidir. Bu anlamda bozulma veya değişiklik yoluyla menkul tesisatın değeri azalmışsa ve söz konusu teknik veya maddi unsurların eski hale getirilmesi mümkün ise bu yol tercih edilmelidir.

Rehin kapsamına giren unsurların eski hale getirilmesi mümkün değilse ek teminat talep edilebilecektir. Ek teminat TİRK kapsamına giren unsurlarla sınırlandırılmaz. Bu anlamda banka teminat mektubunun, bir alacak hakkının, taşınmazın *"teminat"* kapsamında değer-

⁸³ "Sanığın ticari işletme rehni sözleşmesine konu borç hakkında suç tarihinden önce başka teminatlar da gösterip göstermediği ve o teminatların banka tarafından kabul edilip edilmediği, böyle teminatlar mevcutsa onların borcu karşılamaya yetip yetmediği araştırılıp sonucuna göre bütün deliller değerlendirilip tartışılmak suretiyle malın aynında bir değişiklik gerçekleşmediği, elde bulunduğu müdahili zarara uğratabilecek bir durum oluşmadığı tespit olduğunda beraatine, ancak sanığın alacaklının rızası olmaksızın rehne dâhil unsurları başka unsurlarla değiştirmek, temlik etme, kısıtlamak, tahrip veya imha etmek yollarından biriyle alacaklının alacağını kısmen veya tamamen tahsil etmesini engellediğinin anlaşılması durumunda 1447 sayılı kanununun 12. maddesinin uygulanması gerekir" [Y, 7. HD, E. 4437/1999, K. 4854/1999 (Sinerji Veri Tabanı)].

lendirilmesi mümkündür. Eski hale iade, ek teminat gösterme veya nakit ödeme yükümlülüğünü rehin borçlusuna, talep üzerine veya kendiliğinden yerine getirmişse mahkemeye başvurmaya ihtiyaç yoktur. Rehin borçlusuna, rehin alacaklısının talebini savsıyor veya yerine getirmekten kaçınıyorsa, alacaklının mahkemeye başvurmadan başka çaresi yoktur (TİRK m. 9/5, m. 11).

b. Rehin Konusuyla İlgili Aynı Hak Sınırlamalarında Alacaklının İzni Şartı

Rehin hakkı, ilgili sicile tescilden sonra, işletmeyi devralan kimse-lerde dâhil herkese karşı ileri sürülebilir (TİRK 9/2).⁸⁴ Bu açıdan işletmeyi devralan kimsenin iyi niyetli olup olmaması sonucu değiştirmez. Ayrıca rehne dâhil unsurlar herhangi bir sicil kaydı ile takip ediliyorsa örneğin; marka, motorlu, nakil vasıtaları gibi söz konusu unsurları devralan kimselerin iyi niyet iddiasında bulunmaları mümkün değildir. Rehin kaydı ilgili sicillere de bildirileceği (TİRK m. 7) için iyi niyetli iktisaptan söz edilemez. Fakat sicil ile takip edilmeyen menkul tesisat için aynı sonucu kabul etmek mümkün değildir. Örneğin bir matbaadaki baskı makinesini devralmak için ticaret sicilini kontrol etme yükümlülüğü yoktur. TİRK m. 9/3 sicil bölgesi, sicil bölgesi dışı ayrımına giderek, iyi niyetli aynı hak iktisaplarını sınırlı olarak korumuştur. Doktrinde haklı olarak bu ayrım eleştirilmiştir. Zira bu ayrımın göre iyi niyet, Ankara'daki rehinli matbaa işletmesinin Isparta şubesindeki rehinli baskı makinesi satın alınırsa korunacak; rehinli aynı baskı ma-

⁸⁴ "Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun 6. ve müteakip maddelerine uygun şekilde tesis edilmiş bulunan ticari işletme rehninden doğan hak, aynı Kanunun 9. maddesi gereğince herkese karşı ileri sürülebilir. Ticari işletme sahibi dahi, rehne dâhil münferit unsurları ancak alacaklının muvafakatını almak şartıyla devredebilir. Ayrıca Ticari İşletme Rehni Sicili Hakkındaki Tüzüğü'nün 4. maddesi hükmüne göre ticari işletme rehni sicili aleni olup, herkes sicilde bir kayıt bulunup bulunmadığı ve varsa mahiyeti hakkında, sözlü veya yazılı bilgi verilmesini sicil memurundan istemek hakkına sahiptir. Görülüyor ki, ticari işletme rehnine konu yapılan malhuz makinenin alacaklının oluru dışında başkasına devri mümkün olmadığı gibi, devir alan kişi bakımından da iyi niyet savunması geçerli sayılamaz. Olayda ticari işletme rehni tesis edildikten sonra makinenin noterce tasdikli fatura gereğince davacıya satıldığına göre, davacının alacaklı banka lehindeki ticari işletme rehnini bilmek durumunda olup ve iyi niyetle makineyi satın aldığı yolundaki savunması tutarlı ve geçerli değildir" [Y. 15. HD, E. 2312/1986, K. 2533/1986 (Sinerji Veri Tabanı)].

kinesi Ankara'dan satın alınırsa korunmayacaktır. Gerçekten menkul-leri, bir baskı makinesini, ticaret veya esnaf sicilindeki kayıtlarla takip yükümlülüğü bulunmadığına göre, iyi niyetli iktisaplarda sicil bölgesi ayırımına dayanarak farklı sonuçlar kabul etmek savunulamaz. TİRK m. 11, 12 hükümleri, yeterince rehin alacaklısını koruduğuna göre, rehin alacaklısının aleyhine görünse bile menkullerin iktisabı ile ilgili genel hükümlerden (MK m. 763/2, 988) ayrılmamak gerekir.

Doktrinde, borçlunun, rehin alacaklısının muvafakatini almadan yaptığı işlemlerin (TİRK m. 9/2) akıbeti tartışmalıdır. Bir görüşe göre, rehin borçlusunun, alacaklının rızası hilafına yapmış olduğu işlemler geçersizdir.⁸⁵ Yargıtay kararları da bu görüş yönündedir.⁸⁶ Diğer bir görüşe göre borçlunun, alacaklının rızasını almadan yapmış olduğu işlemler (TİRK m. 9/2) geçerlidir. TİRK, rehin alacaklısını koruyan önemli imkânlarla sahiptir. Gerçekten rehin alacaklısı, rızası dışında devredilen menkullerin satış değeri üzerinde hak (rehin) sahibi olmaktan başka, rehin borçlusundan genel olarak tazminat, ek teminat ve eski hale getirme talebinde bulunabilecektir (TİRK m. 9-13). Ayrıca hukuki işlem güvenliği açısından iyi niyetli üçüncü şahısların korunması zarureti açıktır. MK'nın iyi niyetle ilgili hükümleri bir bakıma bu ihtiyacı karşılamaktadır. Hem iyi niyetli üçüncü şahısların menfaatlerinin korunması ihtiyacı hem de hukuki işlem güvenliği ve MK'nın iyi niyetle ilgili genel hükümlerine uygunluk bakımından rehin borçlusunun, alacaklının rızası hilafına yapmış olduğu işlemler geçersiz sayılmamalıdır.

c. Munzam Tazminat Hakkı

TİRK m. 12/3'e göre, rehin alacaklısının iznini almaksızın yapılan işlemler sonucunda talep üzerine hâkim, ticari işletme sahibini, kusurunun ağırlığını göz önünde tutarak, rehinle temin edilen alacak miktarına kadar munzam bir tazminata mahkûm eder. TİRK m. 12/3'te

⁸⁵ Reisoğlu, *Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme*, s. 107.

⁸⁶ Yargıtay'ın onadığı bir olayda davacı; davalının lehine ticari işletme rehni tesis ettiğini; işletmenin münferit unsurlarından jeneratörün diğer davalıya muvafakati alınmadan satıldığını ileri sürerek satışın iptalini istemiştir. Mahkeme devir işleminin iptaline karar vermiştir [Y, 11. HD, 16.02.1990, 964/1990 (Reisoğlu, *Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme*, s. 115)].

bahsedilen munzam (ek) tazminatın niteliği önemlidir. Söz konusu tazminatı, BK m. 158’de düzenlenen cezai şartla karşılaştırmak mümkündür.

Genel olarak cezai şart terimi mevzuatta ve uygulamada birbirinden farklı iki anlamda kullanılmaktadır. Bu terim cezai şartı doğuran hukuki muameleyi yani cezai şart anlaşmasını, ikinci olarak da hukuki muamele ile belirlenen asıl borçtan bağımsız olan edimi ifade etmektedir.⁸⁷ Cezai şart şöyle tanımlanmaktadır: “Cezai şart öyle bir edim taahhüdüdür ki; onunla borçlu, alacaklıya karşı asıl borcunu tam ve eksiksiz olarak zamanında ve yerinde ifa etmemesi halinde bir edimde bulunmayı yükümlenir veya borçlu kararlaştırılan bedeli ödeyerek sözleşmeden dönme hakkı kazanır”.⁸⁸ Cezai şartın amacı, aslında zararın tazmini değil, borcun gereği gibi ifasıdır.⁸⁹ Cezai şarttan bahsedebilmek için borçlunun, edimini sözleşmeye uygun yerine getirmemesi halinde kararlaştırılan miktarda parayı ödeyeceğini taahhüt etmesi gerekmektedir (BK m. 158/1). Ancak, rehinden kaynaklanan munzam tazminat, rehin sözleşmesinin ihlalinden kaynaklansa bile tarafların kararlaştırdığı bir şart değildir. Talep üzerine hâkim, TİRK m. 12/3 şartları çerçevesinde, tazminata karar verir.

BK m. 105 çerçevesinde munzam zarar, borçlunun para borcunu vadede (temerrüde düşmeden) ödemiş olması durumunda, alacaklının malvarlığının kazanacağı durum ile temerrüt sonucu ortaya çıkan ve temerrüt faizi ile karşılanamayan farktır.⁹⁰ Borçlar Kanunu’na göre munzam zarardan bahsedebilmemiz için temerrüt, zarar, illiyet bağı ve kusur şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir. Hâlbuki rehin alacaklısının munzam tazminata hak kazanabilmesi için rehin borçlusunun,

⁸⁷ Kocaağa, Köksal, *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart*, Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2003, s. 35; Ayan, Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Mimoza Yayınları, 5. Baskı, Konya 2007, s. 65; Nomer, Haluk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2008, s. 195.

⁸⁸ Ekinci, Hüseyin, *Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart*, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 27; Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, 20. Baskı, İstanbul 2008, s. 410 vd.

⁸⁹ Akıncı, Şahin, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, Sayram Yayınları, 3. Baskı, Konya 2005, s. 272.

⁹⁰ Geniş bilgi için bkz. Şirin, Şerafettin, *Munzam Zarar ve Faiz*, Alfa Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 1996, s. 4; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 377 vd.

kusurlu davranışlarıyla rehin kapsamına giren unsurları zarara uğratması, bunların değerini azaltacak fiil ve işlemler yapmış olması gerekli ve yeterlidir. Kanun bu işlemleri örnek kabilinden rehinli mal veya hakların devri, aynı bir hakla sınırlandırılması, değiştirilmesi, tahrip veya imhası olarak göstermiştir. İşletmenin tekrar rehnine kanun engel olmadığı ve alacaklının iznini aramadığı için işletmenin değeri bu sebeple azalmış olsa bile munzam tazminat talebine imkân vermez. Munzam tazminat için “kusurun ağırlığı” göz önünde tutulacağından (TİRK m. 12/3) “kast”⁹¹ veya “ağır ihmal”⁹² şartı aranmalıdır. Rehin konusu unsurlar zarara uğramış olsa bile, borçlunun hafif ihmal derecesinde kusurlu olması veya hiç kusurunun bulunmaması durumunda munzam tazminattan söz edilemez. Gerçekten işletme sahibi, işletmenin normal faaliyette bulunabilmesi için gerekli muameleleri yapmak yetkisine sahip olduğundan (TİRK m. 10/1), rehin kapsamına giren unsurlar, işletmenin olağan faaliyetlerini yürütürken zarar görmüşse, rehin borçlusu sorumlu tutulamayacaktır.⁹³

Munzam tazminat, kast veya ağır kusur ile verilen zararlarda gündeme geldiğinden, rehin alacaklısının maruz kaldığı ve tazmini gereken gerçek zararından ayrı ve ek bir taleptir. Bu durumda rehin alacaklısı, hem gerçek zararının karşılanmasını hem de borçlunun kusurlu davranışlarının yaptırımını olarak bir miktar paranın ödenmesini talep edebilecektir. Hatta, kast veya ağır kusur varsa, rehin alacaklısı, TİRK m. 11 hükmü çerçevesinde eski hale iade, ek teminat veya nakit ödeme gibi yollarla tatmin edilmiş olsa bile munzam tazminat isteyebilecektir. Rehin alacaklısının talebi üzerine hâkim, borçlunun; güveni ihlal eden ve zarar verme iradesine, kusurunun ağırlığına göre,

⁹¹ Kast, failin hukuka aykırı sonuca bilerek ve isteyerek yol açmasıdır. Geniş bilgi için bkz. Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, 9. Baskı, İstanbul 2008, s. 535 vd. Tacirlerle ilgili bkz. Topçuoğlu, Metin, “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu* (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, s. 21.

⁹² Ağır ihmal, aynı şartlar altında bulunan makul her insanın alması gerekli genel ve temel tedbirlerin alınmamış veya herkesin bilmesi gereken özen kurallarına uyulmamış olması demektir. Bkz. Eren, s. 540. Tacirlerle ilgili bkz. Topçuoğlu, s. 21, 22.

⁹³ Rehin hakkının zarar görmesinde, rehin borçlusunun kusurunun olmaması, munzam tazminat talebini engellemekle birlikte, rehin alacaklısı MK m. 867 (TİRK m. 20) şartları çerçevesinde, güvence veya kısmi ödeme talep edebilecektir.

üst sınır rehinli alacak miktarı olmak üzere, munzam tazminata karar verebilecektir. Munzam tazminat rehin alacaklısının takibine bağlıdır. Yetkili mahkeme işletmenin sicile kayıtlı olduğu yerdeki mahkemedir (TİRK m. 22).

TİRK m. 12/3'ün öngördüğü munzam tazminat, kanundan doğan bir ceza şartıdır.⁹⁴ Hukukumuzda munzam tazminata benzer hükümler FSEK (m. 68), RKHK (m. 58/2), İş Kanunu (m. 17/6) hatta Ticaret Kanunu Tasarı'sında da (m. 882/3, 884, 1129) bulunmaktadır.⁹⁵

d. Rehın Borçlusunun Hürriyeti Bağlayıcı Ceza ile Cezalandırılmasını İsteme Hakkı

Türk Ceza Kanunu'na uyumlu hale getirilmiş TİRK m. 12 hükmüne göre *"Ticari işletme sahibi işletmesini veya rehne dâhil münferit unsurları alacaklının muvafakatı olmaksızın başkalarıyla değiştirir veya temlik, aynı bir hakla takyit veya alacaklıyı ızzar kastıyla tahrip veya imha ederse bu yüzden alacağı tamamen veya kısmen tahsil edemeyen alacaklının şikayeti üzerine uğranılan zararın miktarı nazara alınmak suretiyle bir yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden aşağı olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır"*. Şu halde, rehin borçlusu kasten, işletmesini veya rehin kapsamındaki unsurları, değerini azaltacak tasarruf işlemleri ile kısıtlar, zarara uğrattır, tahrip ya da imha ederse mağdur alacaklının şikayeti üzerine cezalandırılır.⁹⁶ TİRK'de rehin alacaklısını koruyan hükümlerin başında, yükümlülüklerine aykırı hareket ederek alacaklıya zarar veren borçlunun hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılması gelmektedir. Bu hükmün uygulanması, rehin borçlusunun cezalandırılabilmesi için;

1. Rehın borçlusu işletmeyi değiştirmiş, devretmiş, aynı bir hakla kısıtlamış veya alacaklıya zarar vermek kastıyla tahrip veya imha etmiş olmalı.

⁹⁴ Aynı düşünce için bkz. Arkan, s. 53, dipnot 3 ve burada işaret edilen Kocayusufpaşaoğlu'nun konuşması.

⁹⁵ Bkz. Topçuoğlu, s. 9, 10.

⁹⁶ 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG, 08.02.2008, S. 26781), m. 343.

2. Rehin alacaklısı bu işlemler veya fiiller sonucunda zarar görmüş olmalı.

3. Rehin borçlusunu kasten bu sonuca yol açmış olmalı. Madde metninden kastın sadece “*tahrip ve imha*” fiiliyle sınırlı olarak arandığı anlaşılabilirse bile maksadın alacaklıya zarar veren diğer fiil ve işlemlerde de “*kast*” unsuru aranmaktadır. Dolayısıyla borçlunun cezalandırılabilmesi için rehin kapsamındaki unsurların değiştirilmesi, devredilmesi, aynı bir hakla kısıtlanması fiillerinin rehin alacaklısını zarara uğratmakla yapılmış olması şarttır. Örneğin öngörülemez, karşı konulamayan sebeplerle veya daha büyük zararlardan kaçınmak amacıyla rehin kapsamına giren unsurlara verilen zararlar ceza sonucuna yol açmaz. Suç, şikâyet tabidir. Özel bir süre öngörülmediğinden şikâyet süresi 6 aydır.

Rehin borçlusunun hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasını öngören TİRK m. 12/1 hükmü, Anayasaya aykırılık (m. 38/8)⁹⁷ iddialarıyla karşılaşmış ve sorun, Anayasa Mahkemesi’ne intikal etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi hapis cezasının, taraflar arasındaki sözleşmeden doğan yükümlülüğün ihlalden kaynaklanmadığını, TİRK m. 12/1’de öngörülen yükümlülüklerin ihlal edildiği gerekçesine dayanıldığı ve bu sebeple Anayasa’ya uygun olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁹⁸

Anayasa Mahkemesi’nin, TİRK m. 12/1’deki cezanın, sözleşmeden değil kanundan doğan bir yükümlülüğün ihlalden kaynaklandığı gerekçesi tartışmaya açıktır. Anayasa Mahkemesi’nin karşılıksız

⁹⁷ “Kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz” (AY m. 38/8). AY 38’le ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınları, 7. Baskı, Bursa 2009, s. 182.

⁹⁸ “... İtiraz konusu kuralla, alacaklının alacağını alabilmek için tesis edilen ve teslimine bağlı olmayan işletme rehni nedeniyle borçlunun alacaklıyı zarara uğratmaya ilişkin girişebileceği suç sayılan eylemler müeyyideye bağlanmıştır. Anılan hürriyeti bağlayıcı ceza, borçlu ile alacaklı arasındaki önceden var olan sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesinden dolayı öngörülen ceza olmayıp, kanunla belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden kaynaklanmaktadır” [AYMK, E. 2002/30, K. 2007/24 (RG, 29.11.2007, S. 26715)].

çek,⁹⁹ taahhüdü ihlal¹⁰⁰ ve mal beyanı¹⁰¹ konularında verdiği kararlar benzer gerekçelere dayanmaktadır. Gerçekten “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi gereği hiç şüphesiz her ceza kanuni bir yükümlülüğün ihlaline dayanmaktadır. Ancak söz konusu kanuni yükümlülüklerin koruduğu menfaatin sözleşme ile üstlenilen ekonomik yükümlülüklerden kaynaklandığı, sözkonusu yükümlülüklerden bir kısmının ce-

⁹⁹ “Türk Ticaret Kanunu’nda kambyo senetleri arasında düzenlenen çek, temel ilişkide bir sözleşmenin bulunup bulunmamasından bağımsız olarak, kambyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havaledir. Hatır senetlerinde olduğu gibi, taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı veya temelde yer alan sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda çek, başlı başına borç kaynağı biçiminde ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir borç için dahi çek keşide edilebilmektedir. Çeki elinde bulunduran hamil, keşideci ile lehtar arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan bir alacağı değil, doğrudan doğruya çekten doğan bir hakkı iktisap etmektedir. O halde, çek ilişkisi bizzat sözleşme olmadığı gibi, çekin temelinde her zaman bir sözleşme bulunması da zorunlu değildir. Temelde bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlarda ise, çekte bu ilişkiden bağımsız ve sözleşme olarak nitelendirilemeyecek bir kambyo taahhüdü söz konusudur. Borçlu, temel ilişki ne olursa olsun borcunu ödemek için çek kullandığında, asıl borç ilişkisi dışında kambyo ilişkisi doğmaktadır.

İtiraz konusu kuralın, Anayasa’nın 38. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında değerlendirilebilmesi için ilişkinin yalnızca sözleşmeden doğması ve borcun yerine getirilememesi gerekmektedir. Oysa çek temelde sözleşmeden bağımsız olarak kambyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havaledir.

Bu nedenlerle kural, Anayasa’nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırı değildir” [AYMK, E. 2002/165, K. 2002/195 (RG, 26.04.2003, S. 25090)].

¹⁰⁰ “İtiraz konusu kuralda düzenlenen yaptırım Anayasa’nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasında sözü edilen doğrudan sözleşme yükümlülüğünün yerine getirilememesi olmayıp, kanunla getirilen ve kamu otoritesince yürütülen cebri icranın etkinliğini sağlama amacını taşımaktadır” [AYMK, E. 2006/96, K. 2008/65 (RG, 10.04.2008, S. 26843)].

¹⁰¹ “İcra ve İflas Kanunu’nun 337. maddesinin birinci fıkrasında ve 76. maddesinde borçlunun özgürlüğü bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasını gerektiren eylem, **mal beyanı**nda bulunmama eylemidir. Yukarıda belirtildiği gibi hukuk devleti ve ceza hukuku ilkeleri gereği kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanmaz ve cezalandırılmaz. İtiraz konusu kural uyarınca, müddeti içinde mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı olarak **mal beyanı**nda bulunmayan kimse disiplin hapsi cezası ile cezalandırılmasının yanı sıra, İcra ve İflas Kanunu’nun 76. maddesine göre de **mal beyanı**nda bulunmama eylemi nedeniyle tazyik hapsi cezası ile cezalandırılabilir. Böyle bir olasılığın varlığı İcra ve İflas Kanunu’nun 337. maddesinde öngörülen disiplin hapsi cezasını, Anayasa’nın hukuk devleti ilkesinin düzenlendiği 2. maddesine aykırı hale getirmektedir” [AYMK, E. 2006/71, K. 2008/69 (RG, 16.04.2008, S. 26849)].

zai yaptırıma bağlı olması diğerlerinin sadece hukuki yaptırıma tabi tutulması izahı mümkün olmayacak çelişkilere yol açmaktadır.

e. Rehin Konusu Değerlerin Sigorta Ettirilmesini İsteme Hakkı

Rehinli mallar, alacaklının belirleyeceği muhtemel rizikolara karşı sigorta ettirilir. Sigorta masraflarının hangi tarafa ait olacağı rehin sözleşmesinde belirtilir (TİRK Ek m. 2/1). Sigorta yükümlülüğünün yerine getirilmemesi rehin hakkının sıhhatini etkilemez.¹⁰² Zira ek maddeye ilişkin Tasarımın gerekçesinde de ifade edildiği gibi sigorta yükümlülüğünün amacı, *“krediyi kullandıran bankanın üstleneceği risk(i) minimum düzeyde”* tutmaktır.

f. Rehinin Paraya Çevrilmesini İsteme Hakkı

İcra İflas Kanunu'nun menkul rehininin paraya çevrilmesi hakkındaki hükümleri ticari işletme rehininin paraya çevrilmesinde de uygulanır (TİRK m. 17). Paraya çevirme işlemi rehinli alacağı karşılamış ise rehin kaydı ilgili sicilden silinir ve rehin hakkı ortadan kalkar. Fakat, rehnedilen mallar satılmış ve rehinli alacağı karşılamamış ise eksik kalan kısım için rehin borçlusunun kişisel sorumluluğu devam eder. Rehin borçlusunun sıfatına göre genel takip veya iflas yoluyla takip yapılabilecektir (TİRK m. 15/3, 18/4, İİK m. 45). Alacaklının rehinin paraya çevrilmesini isteme hakkını üç farklı açıdan incelemek gerekir.

i. Rehin Borcunun Ödenmemesi Halinde Paraya Çevirme Hakkı

Rehin borçlusu, rehinli alacak muaccel olduğunda borcunu ifa ile yükümlüdür. Muaccel olan rehin borcu ifa edilmediğinde alacaklı rehni paraya çevirmek için takip yapabilecektir. Rehin kapsamına giren malvarlığı unsurlarının tamamı rehinli alacağın teminatı olarak kabul edilir (TİRK m. 14/2). Paraya çevirme sonucunda rehin kapsamındaki unsurlar rehinli alacak miktarını tam olarak karşılamamışsa borçlunun kişisel sorumluluğu devam eder. Ancak kredili satış yapan

¹⁰² Aksi düşünce için bkz. Reisoğlu, *Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme*, s. 108; Yıldız, s. 519.

gerçek veya tüzel kişi işletmelerinin rehin hakkı sadece kredili satışa konu olan menkul tesisat ile sınırlıdır (TİRK m. 2/2). Dolayısıyla TİRK m. 3'te işaret edilen ve rehin kapsamında bulunması şart olan ticaret unvanı, işletme adı ve kredili satış dışındaki unsurlar için rehnin paraya çevrilmesine ilişkin takip yoluna başvurulabilmesi mümkün değildir. Aynı sonuç TİRK ek m. 2/1 gereği sanayi işletmelerinin rehin hakkı içinde geçerlidir. Bu sebeple söz konusu iki halde rehne dâhil bütün malvarlığı unsurlarının (TİRK m. 3) borcun tamamına karşılık teşkil edeceği hükmü uygulanmaz (TİRK m. 14/2). Eksik kalan (rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tahsil edilemeyen) alacak için genel hükümlere göre takip yapılacaktır (TİRK m. 18/4).

Rehin konusu borç ödendiğinde borçlu, alacaklıdan ilgili sicildeki (ticaret veya esnaf) rehin kaydının silinmesini isteyebilir (TİRK m.19/1). Alacaklı bu talebi yerine getirmese farklı ihtimallere göre hareket etmek gerekir. Alacaklı, alacağını almaktan veya rehni çözmekten kaçınıyorsa ya da gaipse İİK m. 153/1'e göre hareket edilir (TİRK m. 19/2). Bu durumda alacaklıya, 15 gün içinde icra dairesine gelmesi ve rehni çözmesi gereği bildirilir. Bildirime rağmen alacaklı rehni çözmeye yanaşmazsa, borçlu borcunun tamamını icra dairesine yatırır ve tetkik mercii, verilen paranın alacaklı namına muhafazasına ve rehin kaydının terkinine karar verir. Ayrıca, gecikme nedeniyle borçlu, uğradığı zararların tazminini alacaklıdan talep edebilecektir.¹⁰³

ii. İşletmenin Sicilden Silinmesi Halinde Paraya Çevirme Hakkı

Bilindiği gibi, ilgili sicillerdeki (ticaret veya esnaf) rehin kaydının silinmesiyle rehin hakkı, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemezdir. Fakat işletme kaydı sicilden silinirse, rehin konusuz kalır. Bu durumu sicil memuru, derhal rehin alacaklısına bildirmek zorundadır (TİRK m. 18). Sicilden işletmeye ilişkin kaydın silinmesi rehinli alacağı muaccel hale getirir (TİRK m. 18/2). Rehin alacaklısı, sicil memurunun kaydın silindiğine ilişkin bildiriminden itibaren iki ay içinde işletmenin ve rehinli malvarlığı unsurlarının paraya çevrilmesini isteme hakkına sahiptir. Bu süre zarfında rehnin paraya çevrilmesine yönelik takip başlatılmadığı takdirde açıkça rehin hakkının düşmesinden bahsedil-

¹⁰³ Ülgen / Teoman / Kendigelen / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan, s. 203.

diğinden (TİRK m. 18/3) iki aylık süre, hak düşürücü süre niteliğini taşır. Süre, sicil memurunun işletme kaydının sicilden silindiğine ilişkin bildiriminden itibaren başlar. İki aylık hak düşürücü süre içinde takip yapan fakat alacağını hiç veya kısmen elde edemeyen ya da iki aylık süreyi kaçırarak rehin alacaklısı borçluyu genel hükümlere göre takip edebilecektir (TİRK m. 18/4).

Sicil memuru, işletme kaydının sicilden silinmesini zaman kaybetmeksizin, rehin alacaklısına bildirmekle yükümlüdür. Sicil memurunun bu görevini savsaması veya hiç yerine getirmemesi sebebiyle rehin hakkının sona ermesi ve dolayısıyla alacaklının zarara uğraması söz konusu olduğunda, ortaya çıkan bu zararlardan sicil memurunun sorumlu olacağı kuşkusuzdur. Rehin alacaklısı bu durumda istihdam eden sıfatıyla ilgili odayı (BK m. 56), haksız fiil hükümlerine göre (BK m. 41 vd.) sicil memurunu sorumlu tutabilecektir. Daha önce de bahsedildiği gibi rehin borçlusunun TİRK m. 11 ve 12 hükümleri çerçevesindeki sorumluluğu kaçınılmazdır.

iii. İhtiyati Haciz Talep Edebilme İmkânı ve Rehinin Paraya Çevrilmesi

TİRK m. 14/3, tamamen alacaklı yararına, paraya çevirmeden önce ihtiyati haciz talep ederek alacağını güvence altına alma imkânını da kabul etmiştir.¹⁰⁴ Bu durumda ihtiyati haciz, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla tamamlanır. TİRK m. 14/3'te bahsedilen ihtiyati haciz, İİK'deki ihtiyati hacze göre istisnai bir hükümdür. Çünkü İİK m. 257/1'e

¹⁰⁴ "Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun 14. maddesinde alacaklıya alacağını teminat altına alabilmesi için ticari işletmeyi ya da münferit unsurları ihtiyaten haczettirme imkanı tanınmıştır. Kural olarak rehinli alacaklar yönünden ihtiyati haciz talep edilemez. Ancak, ticari işletme rehininin teslimsiz rehin olması özelliği de gözetilerek İİK'nın 257. maddesinden farklı bir düzenleme getirilmiştir. Alacaklının ihtiyati haciz isteyebilmesi için rehinle teminat altına alınmama ve vadesinin gelmiş olması şartları aranmadan ihtiyati haciz talebi kabul edilmelidir. Ancak, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip başladıktan sonra yapılan ihtiyati haciz talebinin kabul edilip edilmeyeceği mahkemece takdir edilerek karar verilmelidir. Somut olayda da ticari işletme rehininin paraya çevrilmesi yoluyla takipten sonra yapılan ihtiyati haciz istemi mahkemece kabul edilmediğinden bu hükmün temyizini İİK'nın 265. maddesi uyarınca mümkün değildir. Mahkemece temyiz isteminin reddine karar verilmesi isabetli olduğundan ret kararının onanması gerekmiştir" [Y. 19. HD, E. 2561/2002, K. 2981/2002 (Sinerji Veri Tabanı)].

göre, vadesi gelmiş fakat rehinle temin edilmemiş para alacakları, ihtiyaten haczedilebilir. TİRK m. 14/3'e göre rehinli mallar veya ticari işletme tamamen ihtiyati hacze konu olabilir.

Borçlu borcunu ödemezse işletmenin rehin kapsamına giren unsurları satılarak alacak ödenir. Rehın kapsamındaki her unsur borcun tamamına karşılık teşkil eder (TİRK m. 14/2). Rehın konusu unsurların, paraya çevrilerek borcun ödenmesi yerine, tamamının veya bir kısmının rehin alacaklısına devredilmesine yönelik sözleşme hükümleri geçersizdir (TİRK m. 14/1). TİRK, m. 14/1 "*Rehin Hukuku*"ndaki genel kuralı, yani "*lex commissoria*" yasağını düzenlemiştir.¹⁰⁵ Yasağın amacı, rehınin kurulması aşamasında ekonomik bakımdan zor durumda bulunan, dolayısıyla her türlü şartı kabule hazır olan rehin vereni gabine (BK m. 21) karşı korumaktır. Böylece, çoğu kez rehinle temin edilmiş alacaktan daha değerli malvarlığı unsurlarının, alacaklıya intikalinin önüne geçilerek, ahlaka aykırı bir sonucun doğmasına engel olunur.¹⁰⁶ Ancak *lex commissoria* yasağı, sadece borcun muaccel olmasından önceki aşamada geçerlidir. Uygulamada, borç muaccel olduktan sonra, rehin borçlusı ile rehin alacaklısı arasında rehınli unsurların paraya çevrilmeden alacaklıya devrini öngören uzlaşmanın yaygın olduğu söylenebilir.¹⁰⁷

Rehin kapsamına giren unsurlar rehınli alacağı, bütün olarak teminat altına alır (TİRK m. 14/2). İşletme veya unsurlardan hangilerinin satılacağına, tarafların haklı menfaatlerini gözeterek, icra memuru karar verir. Taraflar, icra memurunun kararlarına karşı şikâyet yoluna başvurabilirler. Her halükarda, rehınle temin edilen alacağı karşılayacak satışın yapılması şarttır (TİRK m. 14/2, 15/2, 3). Bilindiği gibi ticaret unvanı tek başına devredilemeyeceğinden (TK m. 51) ancak işletmeyle birlikte paraya çevrilebilecektir.

¹⁰⁵ Lex commissoria yasağıyla ilgili ayrıca bkz. Kurt, Fatma, "*Lex Commissoria Yasağı*", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul 2008, C. 82, S. 1, s. 129-151; Özsunar, Erdal, "*Roma Hukukunda Rehın Hakkı*", *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2005, C. 7, S. 2, s. 137-164; Oğuzman/Seliçi, s. 771.

¹⁰⁶ Ülgen / Teoman / Kendigelen / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan, s. 205; Arkan, s. 59.

¹⁰⁷ Bkz. Poroy/Yasaman, s. 61, dipnot 101.

Sonuç

İşletme rehni, ticari hayatın ihtiyacına göre formüle edilmiş özel, istisnai bir teminat türüdür. Teslim şartı aranmadan menkul tesisat üzerinde rehin kurulabildiğinden rehin alacaklısı olabilecek kuruluşlar sınırlı sayıda belirlenmiştir. Rehnin kuruluşu sırasında Kanun'un aradığı şartları taşımayan işletmeler rehin alacaklısı olarak kabul edilemezler.

TİRK ile alacaklının korunması ilkesine ağırlık verilmiş, şekil şartları ön plana çıkarılmış ve genellikle öngörülen şekil şartları geçerlilik şartı olarak kabul edilmiştir. Borçlu karşısında alacaklı lehine her tedbir düşünülmüş, ek teminattan hürriyeti bağlayıcı ceza ve sigortaya kadar alacaklının inisiyatifi dikkate alınmış, herhangi bir risk üstlenmesi arzu edilmemiştir. Alacaklıyı koruyan hükümler içerisinde hürriyeti bağlayıcı ceza, munzam tazminat, diğer koruyucu ve önleyici tedbirler sistemin gelişmesini ve yaygınlaşmasını engelleyecek yaptırımlardır.

Genel hükümlerden kaynaklanan ve tacir sıfatını taşıyan rehin alacaklısı, faiz dâhil iflas hükümlerine göre takip hakkı gibi (İİK m. 44, TK m. 20, 21/2, 22, 24) ayrıcalıklı imkânlarla sahiptir. TİRK bu imkânların ötesinde alacaklıyı korumaktadır. Ticaret hayatının gelişmesi ve TİRK'e yaygın bir uygulama imkânı kazandırabilmek için her iki tarafın menfaatlerini koruyan, birini diğerine feda etmeyen bir rehin sistemine ihtiyaç vardır.

KAYNAKLAR

- Akıncı, Şahin, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, Sayram Yayınları, 3. Baskı, Konya 2005.
- Akıntürk, Turgut, *Medeni Hukuk*, Beta Yayınları, 13. Baskı, Ankara 2008.
- Aral, Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2004.
- Arkan, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 13. Baskı, İstanbul 2009.
- Ayan, Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Mimoza Yayınları, 5. Baskı, Konya 2007.
- Ayan, Mehmet, *Medeni Hukuka Giriş*, Mimoza Yayınları, 4. Baskı, Konya 2004.

- Doğan, Murat, "Teslime Bağlı Olmayan Sicilli Motorlu Taşıt Rehni" *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 3-4, Erzincan 2008, s. 181-207.
- Domaniç, Hayri / Ulusoy, Erol, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, Arıkan Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2007.
- Ekinci, Hüseyin, *Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart*, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2004.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, 9. Baskı, İstanbul 2008.
- Ertaş, Şeref, *Eşya Hukuku*, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2008.
- Ertaş, Şeref, "Ticari İşletme Rehni", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, C. 7, İzmir 2005, s. 39-50.
- Erten, Ali, *Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2001.
- Esener, Turhan / Güven, Kudret, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2008.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınları, 7. Baskı, Bursa 2009.
- Karahan, Sami, *Ticari İşletme Hukuku*, Mimoza Yayınları, 13. Baskı, Konya 2004.
- Kayıhan, Şaban, *Ticari İşletme Hukuku*, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2009.
- Kocaağa, Köksal, *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart*, 1. Baskı, Ankara 2003.
- Kurt, Fatma, "Lex Commissoria Yasağı", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul 2008, C. 82, S.1, s. 129-151.
- Meran, Necati, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Nomer, Haluk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2008.
- Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer, *Eşya Hukuku*, Filiz Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 1997.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2005.
- Özsunar, Erdal, "Roma Hukuku'nda Rehin Hakkı", *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2005, C. 7, S. 2, s. 137-164.
- Öztan, Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, 23. Baskı, Ankara 2006.

- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2005.
- Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 10. Baskı, İstanbul 2004.
- Pulaşlı, Hasan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Adalet Yayınları, 9. Baskı, Ankara 2009.
- Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, 20. Baskı, İstanbul 2008.
- Reisoğlu, Seza, *Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme*, Bankacılar Dergisi, İstanbul S. 47, 2003, s. 107-121 (http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma_ve_Raporlar/ticari_isletme.doc).
- Şahan, Gökhan, *Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2009.
- Şirin, Şerafettin, *Munzam Zarar ve Faiz*, Alfa Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 1996.
- Topçuoğlu, Metin, "Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat", *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu* (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, s. 5-59.
- Ulukapı, Ömer/Atalı, Murat, *Noterlik Hukuku*, Mimoza Yayınları, 2. Baskı, Konya 2001.
- Ulukapı, Ömer, *İcra ve İflas Hukuku*, Mimoza Yayınları, 3. Baskı, Konya 2008.
- Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi*, Oluş Yayıncılık, 2. Baskı, Manisa 1992.
- Ülgen, Hüseyin / Teoman, Ömer / Kendigelen, Abuzer / Helvacı, Mehmet / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, İstanbul 2009.
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, 7. Baskı, İstanbul 2007.
- Yıldız, Şükrü, "Ticari İşletme Rehni Kanununda Yapılan Değişiklikler ve Sanayi İşletmeleri Üzerinde Kurulacak Ticari İşletme Rehninde Ortaya Çıkabilecek Bazı Sorunlar", *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 507-521.
- Zevkliler, Aydın, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2004.
- Hukuk Sözlüğü* (www.uyap.gov.tr/hs/index).
- Resmi Gazete* (rega.basbakanlik.gov.tr)
- Sinerji Veri Tabanı.

SERMAYE PİYASASI KANUNU'NUN 49. MADDESİNDE YER ALAN “YAZILI BAŞVURU ŞARTI”NIN HUKUKİ MAHİYETİNE VE SONUÇLARINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

A STUDY OVER THE LEGAL NATURE AND EFFECTS OF THE
PROVISION OF THE PROVISION OF WRITTEN APPLICATION
STATED IN ARTICLE 49 OF THE LAW ON CAPITAL MARKET

Sinan BAYINDIR*

Özet: Çalışmamızda Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) m. 49’da yer alan yazılı başvuru şartının hukuki mahiyetinin tespiti, bu bağlamda ceza muhakemesi şartlarının hukukumuzda düzenlenişi ve söz konusu yazılı başvuru şartının diğer muhakeme şartlarıyla benzerlik ve farklılıkları ele alınmıştır. Ayrıca bu şartın zamanaşımını durdurucu bir etkiyi haiz olup olmadığı yerel mahkeme kararı da referans alınmak suretiyle incelenmiştir. Son olarak yazılı başvuru sürecinin uygulamada uzun olmasının yargılamaya olan yansımaları ve çözüm önerileri ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler: Sermaye piyasası, yazılı başvuru, suç.

Abstract: In this study the determination of legal nature of the requirement of written application prescribed by Art 49 of the Capital Markets Act, the codification of criminal procedural conditions in that context and the similarities and differences of the requirement of written application in question with other procedural conditions are dealt with. Moreover it is analyzed based on a district court decision whether this requirement has a legal effect to suspend the statue of limitations. Finally, it is explained the effects of the length of the written application procedure onto proceedings and the resolutions.

Keyword: Capital market, written application, crime.

* Dr., İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı öğretim görevlisi.

I. Genel Olarak

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SerPK) 5728 sayılı Kanun'un 374. maddesi ile değişik 49/1. maddesinde "47. madde kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma¹ yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet savcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır..." denilmiştir.²

SerPK m. 49'da yer alan "yazılı başvuru" ibaresinin hukuki mahiyeti doktrinde tartışılmış ve müelliflerce farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Erman, bu başvurunun hukuki mahiyetinin *talep şartı* olarak değerlendirilmektedir.³

Özgen, şikâyetle bireysel bir yararın gözetilmesine karşın burada kamusal bir yarar değerlendirmesi sonucu, yazılı başvuru yapıp yapılmamasına karar verildiğinden bahisle bu başvurunun CMK'da yer verilen muhakeme şartlarından bağımsız bir muhakeme şartı olduğunu kabul etmektedir.⁴

Kunter / Yenisey / Nuhuğlu, bu başvurunun kendine özgü bir muhakeme şartı olduğunu belirtmektedir.⁵

¹ Maddenin değişiklikten önceki halinde "kovuşturma" ibaresine yer verilmişken değişiklikle "soruşturma" ibaresine yer verilmiştir. Kovuşturulması şikayete bağlı olan suçlarda şikayet şartı gerçekleşmedikçe kamu davası açılmaz. Ancak savcının, şikayeti gerektirmediği düşüncesiyle dava açmış ve daha sonra mahkeme suçun kovuşturulmasının şikayete tabi olduğuna karar vermişse muhakeme faaliyetinin devamı ancak kamu davasının açılmasından sonra gerçekleşecek bir şikayet bildirimini ile olacaktır. Bkz. Artuk / Gökçen / Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kit., 4. Bası, Ankara 2009, s. 580.

² 3794 sayılı Kanun'la (29/04/1992 - 3794/36 m.) SerPK'da yapılan değişiklikten önce Kurul 47. maddedeki suçlar için Maliye Bakanlığı'na teklifte bulunmakta bakanlık da bu teklif üzerine Cumhuriyet Başsavcılığına başvuruda bulunmakta idi. Değişiklikle Maliye Bakanlığı aradan çıkartılmıştır. Bkz. Kütükçü, Doğan, *Sermaye Piyasası Hukuku*, 1. Cilt, Beta Yay., Ağustos 2004, s. 86.

³ Erman, Sahir, *Şirketler Ceza Hukuku*, (Ticari Ceza Hukuku VII), İstanbul 1983, s. 148.

⁴ Özgen, Eralp, *Sermaye Piyasası Kanununun 49. maddesi ile Sermaye Piyasası Kuruluna Tanınan Başvurma Yetkisinin Talep ve Şikâyet Kavramları Bakımından Değerlendirilmesi Cumhuriyet Savcılarının Bu Konudaki Takdir Yetkisi*, SPK Yay., Ankara 1998, s. 196.

⁵ Kunter / Yenisey / Nuhuğlu, *Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Kitap Beta Yay., 17. Bası, İstanbul, 2009, s. 96.

Öztürk, SerPK'da düzenlenen suçların takibinin şikayete bağlı olduğu yönünde kanunda bir ibare bulunmadığı ve suçun mağdurunun da Kurul olmadığından, Kurul'un yazılı başvurusunun şikayet değil, talep şartı olduğunu belirtmektedir.⁶

Evik, buradaki yazılı başvuru şartının *müracaata* benzer nitelikte olduğunu ifade etmektedir.⁷

Yargıtay, konuya ilişkin verdiği bir kararında bu başvurunun mahiyetinin *talep şartı* olduğunu belirtilmektedir.⁸

Yukarıda belirttiğimiz tüm görüşlerin ortak noktası bu yazılı başvuru şartının bir muhakeme şartı olmasıdır. Bu nedenle burada kısaca muhakeme şartının hukukumuzdaki düzenlenişi ve özelliklerine değinmek gerekir.

II. Muhakeme Şartının Özellikleri

Kural olarak suç haberinin alınması ile Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma işlemleri re'sen başlatılır (CMK m. 0160). Bazı suçlarda bütün unsurları ile tamamlanmış olan bir suç hakkında dava açılabilmesi veya açılmış davaya devam edilebilmesi bazı usuli şartların gerçekleşmesine bağlı tutulmuş olabilir.⁹ Bunlara muhakeme şartları adı verilir. Başlıca muhakeme şartları *şikayet, talep, izin ve müracaattır*.¹⁰

Muhakeme şartları doktrinde *ceza muhakemesi şartı, kovuşturma şartı, muhakeme engeli, takip şartı, dava şartı* gibi isimlerle anılmaktadır.¹¹

⁶ Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma / Saygılar / Alan, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2009, s. 53.

⁷ Evik, Ali Hakan, *Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları*, Seçkin Yay., Ankara 2004, s. 212.

⁸ Yarg. 7. CD. 18.09.1995 Tarih 1995/5815 E., 1995/6925 K. bkz. www.kazancı.com.tr (21.06.2010).

⁹ Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Genişletilmiş Yeni Bası, Ankara 1967, s. 7.

¹⁰ Centel / Zafer / Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yay., 3. Bası, s. 214.

¹¹ Bkz. Artuk / Gökçen / Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 579; Erman, Sahir, *Ticari Ceza Hukuku*, s. 50; Kunter / Yenisey / Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 71; Dönmezer, Erman, s. 321, Hakeri / Ünver, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yay., Ankara 2007, s. 32, Centel, Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Bası, Beta Yay., İstanbul 2005, s. 452, Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, s. 7., Erem, Faruk, *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku*, Işın Yay., 6. Bası (tarihsiz) s. 206.

Muhakeme şartlarının nelerden ibaret olduğu ve isimlendirme konusunda gerek mukayeseli hukukta gerekse Türk hukukunda bir birlik mevcut değildir. Kanaatimizce muhakeme şartlarını dava şartı olarak nitelendirmek mümkün değildir. Dava şartları sadece davanın açılmasına engel olan şartlar iken; muhakeme şartları gerçekleşmediklerinin dava aşamasında anlaşılması halinde de davaya devam edilmesini engelleyen şartlardır. Yine bu şartları yargılama şartı veya kovuşturma şartı veya takip şartı olarak adlandırmak da doğru olmayacaktır. Zira "muhakeme" yargılamayı da içerisine alan daha geniş bir kavramdır. Muhakeme şartlarının muhakeme engeli olarak adlandırılması şartın sadece olumsuz etkisini (gerçekleşmeme) nazara alan bir adlandırma olduğundan yetersiz kalmaktadır.¹²

5271 sayılı CMK'da muhakeme şartı ibaresine yer verilmemiş olduğu görülmektedir. Sadece CMK'nın "*Duruşmanın Sona Ermesi ve Hüküm*" başlıklı 223. maddesinin 8. bendinde "*Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak soruşturma ve kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir...*" denilmektedir.

Muhakeme şartları esasen bir ceza muhakemesi kurumudur. Muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi dolayısıyla faile ceza verilmemesi bu kurumu bir suç hukuku kurumu haline getirmez. Keza muhakeme şartının gerçekleşmemesi fiilin suç vasfını ortadan kaldırmayıp sadece muhakeme faaliyetine engel olur.

Somut olayda muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi halinde muhakeme faaliyeti yapılamayacağından sanık cezalandırılmayacaktır. Dolayısıyla kanun koyucunun bir suç için muhakeme şartını öngörmesi, bu şart gerçekleşmedikçe işlenmiş bir suçtan sanığın cezalandırılmaması yönündeki iradesinin ortaya konulması olarak ifade edilebilir.¹³

¹² Bu konudaki görüşler için bkz. Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yay., 16. Bası İstanbul, 2008, s. 82.

¹³ Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yay., 16. Bası İstanbul, 2008, s. 81.

Muhakeme şartlarını evvela objektif cezalandırılabilme şartlarından ayırmak gerekir. Objektif cezalandırılabilme şartları soruşturmayı değil, failin cezalandırılmasını engelleyen şartlardır.

Öyle ki objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmedikçe kişi eyleminden sorumlu tutulamayacaktır. Yine yargılama sırasında muhakeme şartının gerçekleşmediği ve gerçekleşmeyeceği anlaşılırsa düşme kararı verilecek, buna karşın cezalandırılabilme şartının yokluğu halinde beraat kararı verilecektir (CMK m. 223/8). Ayrıca muhakeme şartının gerçekleşmemesinden dolayı verilen düşme kararı aynı konuda yeniden dava açılmasına engel olmazken, cezalandırılabilme şartının yokluğu halinde fail hakkında tekrar aynı konuda dava açılmayacaktır.¹⁴ Doktrinde, eğer bir şart bizzat fail tarafından yaratılıyor veya buna sebebiyet veriliyorsa cezalandırılabilme şartı, buna karşın aynı şart failin dışındaki bir organ veya kişi tarafından gerçekleştiriyorsa muhakeme şartının varlığından söz edileceği belirtilmektedir.¹⁵ Son olarak da kanun koyucunun cezalandırılabilme şartını belli suçlarda suçun ağırlığını göstermek için ihdas etmesine karşın cezalandırılabilme şartının suçun ağırlığı ile bir ilgisi bulunmamaktadır.¹⁶

Diğer yandan muhakeme şartları, kamu davasının mecburiliği ilkesinin bir istisnasını oluşturur. Bu ilke uyarınca suç haberinin alınması ile birlikte soruşturma re'sen başlatılır. Soruşturma sonucu suçun işlendiği yönünde yeterli delil elde edilmesi halinde kamu davası açılarak kovuşturma re'sen yürütülür.¹⁷ Hukukumuzda ceza muhakemesinde kamu davasının mecburiliği ilkesi esas alınmış ancak çeşitli istisnalara yer verilmiştir.¹⁸ Bunlardan biri muhakeme şartlarının varlığıdır. Kısaca mecburilik ilkesi olarak ifade edebileceğimiz bu ilkenin sakıncalarının giderilmesi için maslahata uygunluk ilkesi yanında

¹⁴ Dönmezer/ Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt 1. Beta Yay. 12. Bası, s. 322.

¹⁵ Dönmezer/ Erman, s. 323.

¹⁶ Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yay., 16. Bası İstanbul, 2008, s. 84, 8. No.lu dipnot.

¹⁷ Centel/ Zafer, s. 452.

¹⁸ Mukayeseli Hukukta da katı olarak mecburilik ilkesi yerine bu ilkeden özel ayrılma biçimlerine ve istisnalara yer verilmektedir. Bkz. Jehle, Jörg Martin, "Savcılık Örgütünün Rolüne İlişkin Avrupa Çapında Bir Karşılaştırma" adlı tebliğ, (Çev. Gülşah Kurt Yücekul), *Bir Adli Organ Olarak Savcılık*, Türkiye Barolar Birliği Yay. Ankara (7-9 Temmuz) 2006, s. 87.

Adalet Bakanı'nın izin ve talebinde olduğu gibi istisnai olarak, meseleyi savcıdan daha iyi takdir edebilecek makamlara yetki verilmesi şeklinde istisnalar getirilebilmektedir.¹⁹

III. Mevzuatımızdaki Muhakeme Şartı Düzenlemeleri

Muhakeme şartlarına birçok özel kanunda yer verilmiştir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 162'de *"Bu kanunda belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum veya Fon tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir..."* denilmektedir.

Kanun koyucunun burada yazılı başvuru şartı öngörmesindeki amacı ülkenin ekonomik hayatında önemli bir yer tutan ve bir güven kurumu olan bankaların itibarının korunmasıdır.²⁰

Yine 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 42'de de benzer bir hüküm yer almaktadır. Bu hükümde; *"Bu Kanununun 38 inci, 39 uncu ve 41 inci maddelerinde belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir. Bu fıkra uyarınca yapılan soruşturmalar neticesinde açılan kamu davalarında, başvuruda bulunması halinde Kurum, başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanır."* denilmektedir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 367'de *"Yaptıkları inceleme sırasında 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden maliye müfettişleri, hesap uzmanları ile bunların yardımcıları ve gelirler kontrolörleri ile stajyer gelirler kontrolörleri tarafından doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili vergi dairesinin bağlı bulunduğu vergi dairesi başkanlığının veya defterdarlığın mütalaasıyla, keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir..."* denilmiştir.

Aynı şekilde 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m.36/1'de *"Bu Kanunda yazılı suçlardan dolayı kovuşturma yapılması Müsteşarlık tarafından*

¹⁹ Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koşuşturma Mecburiyeti, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi No: 17, Ankara 1991, s. 47.

²⁰ Dursun, Selman, Yeni Bankacılık Kanununda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri, CHD Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 4, Ağustos 2007, s. 263.

Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru ile Müsteşarlık aynı zamanda katılan sıfatını kazanır...” denilmektedir.

Mevzuatımızda yazılı başvuru şartına yer verilen hükümlerin tümünün aynı anlamda kullanılmış olduğundan hareketle biz bu çalışmamızda yazılı başvuru şartını tüm düzenlemeleri kapsayacak şekilde ele alacağız.

IV. Yazılı Başvuru Şartının Diğer Muhakeme Şartları ile Karşılaştırması

A. Şikayet Şartı ile Karşılaştırma

Şikayet, kısaca suçtan zarar görenin soruşturma ve kovuşturma yapılmasını istemesi olarak tarif edilebilir.²¹ Suçtan zarar gören işlenen suçla hakları ihlal edilen kişidir.²² Buradaki zarar “doğrudan doğruya zarar”ı ifade etmekte olup, suçun neticelerinin etkisi sonucu zarar gören kişilerin şikayet hakkı bulunmamaktadır.²³ Şikayette suç failinin gösterilmesi şart değildir.

Doktrinde kanun koyucunun bazı suçların soruşturulmasını şikayete bağlamasının nedenleri olarak **a-** suçun önemsiz olması **b-** faille suçtan zarar gören arasındaki yakınlık dolayısıyla tarafların uzlaşabileceği düşüncesi **c-** suçtan zarar görenin özel yaşamın gizliliğinin ceza muhakemesi dolayısıyla da olsa ihlalinin önlenmesi **d-** daha çok şahsı ilgilendiren bir nitelik taşıması **e-** ailenin sükununu bozma ihtimalinin olması sayılmaktadır.²⁴ Şikayet kurumu Ceza Kanunumuzun 73. maddesinde düzenlenmiştir.²⁵ Buna göre şikayet hakkı sahibinin fiili ve failin kim olduğunu öğrenmesinden itibaren altı ay içerisinde şikayette

²¹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 579.

²² Koca / Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara 2009, s. 341.

²³ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 581.

²⁴ Centel / Zafer / Çakmut, s. 216, Taner, Tahir, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1973, s. 701. Bu konuda ayrıca bkz. Erem, Faruk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt:1, 7. Bası, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1966. s. 154.

²⁵ Madde 73 - (1) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz.

bulunması gerekmektedir. Buradaki altı aylık süre hak düşürücü süre olduğundan durması ve kesilmesi söz konusu değildir. Kanun koyucu şikâyet için belli bir süre belirleyerek, failin sürekli soruşturma ve kovuşturma tehdidi altında bulunmasını, soruşturma ve kovuşturma organlarının tereddütte kalmasını önleyerek hukuki güvenlik ilkesini temin etmeyi amaçlamıştır.²⁶ Şikâyet hakkı suçtan zarar gören gerçek veya tüzel kişilere aittir. Tüzel kişiler şikâyet hakkını yetkili organları vasıtasıyla yerine getirir. Şikâyet ilgili makamlara yazılı veya sözlü olarak yapılabilir.²⁷

Şikâyet konusundaki bu açıklamalar ışığında SerPK m. 49'da yer verilen *yazılı başvuru şartının* hukuki mahiyetinin şikâyet olmadığı sonucuna ulaşılabacaktır. Belirtelim ki şikâyet üzerine Cumhuriyet savcısının dava açma zorunluluğu bulunmamaktadır. Yine şikâyet edenin bu şikâyetini daha sonra geri alması her zaman mümkündür. Buna karşın SerPK'da yer verilen yazılı başvuru şartında Kurulun yazılı başvurusu üzerine savcının dava açma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ayrıca

(2) Zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla bu süre, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar.

(3) Şikâyet hakkı olan birkaç kişiden birisi altı aylık süreyi geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hakları düşmez.

(4) Kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz.

(5) İştirak hâlinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar.

(6) Kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez.

(7) Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsî haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz.

²⁶ Koca / Üzülmüş, s. 343.

²⁷ 5271 sayılı CMK m. 158'de şikâyetin yapılabilmesi için makamlar gösterilmiştir. 158. maddeye göre: "(1) Suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. (2) Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. (3) Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikâyette bulunulabilir. (4) Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. (5) İhbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir. (6) Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur."

47. maddede yazılı suçların mağdurunun Kurul olmaması da bu muhakeme şartının mahiyetinin şikayet olmadığını göstermektedir.²⁸

B. İzin Şartı İle Karşılaştırma

İzin, devletin iddia makamı olan savcının, belirli suçların işlendiğini haber alması üzerine kamu davası açmak için devletin diğer bir makamından müsaade istemesi üzerine söz konusu makamın yaptığı değerlendirme sonucu savcıya müsaade etmesidir.²⁹ Hukukumuzda bir takım suçların muhakemesi izne bağlanmıştır. Örneğin Cumhurbaşkanına hakaret (TCK m. 299/3), temel milli yararlar karşı faaliyetlerde bulunmak için yarar sağlama (TCK m. 305/3), yabancı devlet aleyhine asker toplama (TCK m. 306/5) gibi suçlardan dolayı kovuşturma yapılabilmesi Adalet Bakanının iznine bağlanmıştır.

Ceza kanunumuzda yer verilen suçlarla ilgili olarak iznin geri alınabileceğine yönelik herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.³⁰ İlgili makamın savcılık makamına izin vermesi üzerine savcılığın dava açma konusundaki takdir hakkı ortadan kalkar. Kural olarak iznin verilmesi bir süreye tabi değildir.³¹

Bu değerlendirmeler ışığında Kurulun yazılı başvurusu üzerine savcılık makamının dava açma zorunluluğunun olmaması ve kovuşturmaya yer olmadığı yönünde karar verebilmesi dolayısıyla SerPK' da yer alan yazılı başvuru şartının izin şartı olmadığı sonucuna ulaşılacaktır.³² Keza izinde savcı dava açmaya yeterli delillere ulaşmış olup ilgili makamdan bu konuda istemde bulunurken; yazılı başvuru şartında henüz savcılık soruşturma işlemlerine dahi başlamamış olabilir. Yine

²⁸ Öztürk / Erdem / Tezcan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2009, s. 55.

²⁹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 587.

³⁰ Aksi görüş için bkz. Centel / Zafer / Çakmut, s. 225.

³¹ Ancak bazı kanunlar iznin verilmesini belli bir süreye bağlı tutmuştur. Örneğin Basın Kanunu m. 26'da dava açma süresinde izin ve karar alınması için toplam iki ay beklenir. Yine 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanununun 180. maddesinde dava açma süresinde üç ay bekleneceği belirtilmiştir.

³² Bayındır, Sinan, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, MÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010, s. 166.

izin muhakeme şartında savcının izin talep etmemesi durumunda izin verecek makam re'sen harekete geçememekte iken; yazılı başvuru muhakeme şartında Kurul yaptığı inceleme ve denetleme sonucunda suç işlendiği kanaatine ulaşırsa re'sen savcılığa yazılı başvuruda bulunmaktadır.³³

C. Müracaat Şartı ile Karşılaştırma

Müracaat,³⁴ yabancı devletlerin kendilerini ilgilendiren suçlarda yaptıkları şikayete denilir.³⁵ Esasen müracaata tabi suçlar da şikayete bağlı suçlardır. Ancak buradaki şikayet, yabancı devlet tarafından yapılmaktadır. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın yabancı devlet başkanına karşı işlenen suçları düzenleyen 340/2. maddesinde "*Fiil soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlardan ise, soruşturma ve kovuşturma yabancı devletin şikayetine bağlıdır.*" denilmiştir. Aynı şekilde yabancı devlet bayrağına karşı hakaret suçunun düzenlendiği 341/2 de "*bu suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması, ilgili devletin şikayetine bağlıdır.*". Yine "*Vatandaş Tarafından İşlenen Suç*" başlığı altında düzenlenen 11. maddede suç, *aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektirdiğinde yargılama yapılması zarar görenin veya yabancı hükümetin şikâyetine bağlıdır. Bu durumda şikâyet, vatandaşın Türkiye'ye girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılmalıdır.*" hükmünü içermektedir. Teknik anlamdaki şikâyet kurumundan farklı olarak müracaat, herhangi bir süreye tabi olmayıp, geri alınabilmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla SerPK'daki yazılı başvuru şartı müracaat şartı ile birebir örtüşmektedir.

Kanaatimizce SerPK m. 49'da yer verilen yazılı başvuru şartı kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) bir muhakeme şartıdır. Dolayısıyla kendine özgü bir muhakeme şartı olarak kabul ettiğimiz yazılı başvuru şartının özelliklerini aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağız.

³³ Özgen, Eralp, s. 195.

³⁴ Doktrinde 5237 sayılı TCK'da müracaat şartına yer verilmediği belirtilmektedir. Bkz. Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, s. 96. Buna karşın bir kısım müellifler 5237 sayılı TCK m. 340 ve 341. maddelerindeki *şikayet* ibaresinden hareketle müracaat şartını yabancı devletin şikayeti başlığı altında ele almaktadır. Bkz. Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 585.

³⁵ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 585.

D. Soruşturma İzni ile Karşılaştırma

Son olarak yazılı başvuru şartının 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun'da yer verilen "soruşturma izni" müessesesi ile karşılaştırılması ve iki kurumun benzer ve farklı özelliklerinin ortaya konulması gerekir. 4483 sayılı Yasa'da soruşturma izni yetkisi başta valilik ve kaymakamlık olmak üzere birden fazla makama verilmişken; yazılı başvuru yetkisi SerPK m. 49'da münhasıran Kurula tanınmıştır. Soruşturma izninde ön inceleme yapan kişi veya kişiler tanık dinleyebilecek ve incelemeyi CMK çerçevesinde yapacaktır. Bu yetkili merci soruşturma izni konusundaki kararını en geç 30 gün içerisinde sonuçlandırmak zorundadır. Yine soruşturma izni, soruşturma konusu olayın yanında ileride ortaya çıkacak olayları da kapsar. Buna karşın yazılı

başvuru şartında Kurulun savcılık makamına başvurusu için herhangi bir süre öngörülmüş olmadığı gibi başvurunun sadece değildir. Yine 4483 sayılı Yasa'da soruşturma izni verilmemesi halinde bu karara karşı Cumhuriyet savcısına on gün içerisinde itiraz hakkı tanınmışken yazılı başvuru şartında böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Belirtelim ki dava açılmasına engel olan her sebep muhakeme şartı değildir. Bu nedenle muhakemenin içinde ve onun ilerlemesi konusunda verilen kararlar, Örneğin, soruşturma izni, muhakeme şartı değildir.

V. Yazılı Başvuru Şartının Özellikleri

Kanun koyucu SerPK'ya aykırı hareket edenlerin cezai kovuşturmasına hız kazandırmak amacıyla suç duyurusunda bulunma (yazılı başvuru) yetkisini Kurula tanımıştır.³⁶ Esasen sermaye piyasasının hassas bir piyasa olması ve dışarıdan gelen yapay etkilere çok hızlı tepki vermesi, yatırımcıların piyasaya olan güveninin piyasasının etkinliği ve devamı açısından olmazsa olmaz bir şart oluşu sermaye piyasası suçlarını kanun koyucunun yazılı başvuru şartına bağlamasını gerektirmiştir. Kanun koyucu bu düzenleme ile sermaye piyasasının açıklık ve güven içinde çalışmasını sağlamayı amaç edinen Kurulun ön incelemesini şart koşmuştur. Ayrıca suçun tespitinin bir uzmanlık

³⁶ Yanlı, Veliye, Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Bilgiye Dayalı Manipülasyon Suçları, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Aralık 2004, Cilt: XXII, Sayı : 4, s. 39.

gerektirmesi ve ancak bu alanda uzman olan Kurulun yazılı başvuru-suyla sürecin başlayabilmesinin önemini arttırmaktadır.

Belirtelim ki yazılı başvuru hangi suçtan dolayı yapılmışsa o suçun soruşturma sürecini başlatacaktır.³⁷ Uygulamada hatalı olarak SerPK kapsamında olmayıp TCK kapsamındaki bir suç isnadı söz konusu olsa dahi eğer eylem sermaye piyasası araçları ile işlenmişse Kurulun yazılı başvurusunun arandığı görülmektedir.³⁸

Eğer Kurul tarafından yatırımcının SerPK'da yer verilen suçlardan birden fazlasını işlediği anlaşılırsa bu ihtimalde her bir suçtan dolayı ayrıca yazılı başvuruda bulunulması gerekir. Keza aynı suç birden fazla yatırımcı tarafından bağımsız olarak işlenmişse her bir yatırımcı hakkında Cumhuriyet savcılığına ayrı ayrı yazılı başvuruda bulunulması veya en azından faillerin ve suçların ayrı ayrı açık bir şekilde belirtilmesi gerekir.

Kurulun yazılı başvurusu üzerine savcılık dava açmak zorunda olmayıp, yapılan inceleme sonucu kovuşturmayaya yer olmadığı yönünde karar verebilir.³⁹

VI. Yazılı Başvuru Şartının Sonuçları

Muhakeme şartları yargılamanın her aşamasında re'sen göz önünde bulundurulur.⁴⁰

Bir muhakeme şartı olan yazılı başvuru şartının gerçekleşmemesinin sonuçları muhakemenin geldiği aşama bakımından ayrı ayrı ele alınması gerekir.

³⁷ Malkoç, İsmail, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, 1. Cilt, Genişletilmiş 3. Baskı Malkoç Kitabevi, Ankara 2008, s. 579.

³⁸ Kunter / Yenisey / Nuhoglu, s. 96, 83. no'lu dipnot.

³⁹ Dursun, Selman, *Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar*, Oniki Levha Yay., 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 149.

⁴⁰ Hakeri / Ünver, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, Adalet Yay., 1. Bası, Ankara 2007, s. 32.

A. Kamu Davası Açılmamışsa

Soruşturma aşamasında yazılı başvuru şartının gerçekleşmediğinin anlaşılması halinde SerPK m. 49/2 de yer alan süreç harekete geçirilecektir. SerPK m. 49/2'de; *"Bu Kanuna aykırı fiillerin işlendiğine dair bilgi edinen Cumhuriyet savcılarını, Kurulu haberdar ederek durumun incelenmesini isteyebilirler"* denilmektedir. Buna göre eğer Kurul yaptığı inceleme ve değerlendirme sonucu yazılı başvuruya gerek görmemesi halinde savcılık kovuşturmayaya yer olmadığına karar verecektir. Savcılık makamı tarafından Kurul'un değerlendirme süreci beklenirken neleri yapıp yapamayacağı belirsizdir. Kanaatimizce savcılık makamının suç işlendiği yönünde oluşan bu şüphesini giderecek ölçüde bir araştırma yapabilmesi en azından bu süreçte delilleri koruma altına alabilmesi gerekir.

B. İddianamenin Kabulü Aşamasında

Ara muhakeme olarak adlandırılan iddianamenin kabulü aşamasında yazılı başvuru şartının gerçekleşmemiş olduğunun anlaşılması halinde mahkemece iddianamenin iadesine karar verilecektir. Cumhuriyet savcısı iddianamenin iadesi üzerine Kurulu haberdar ederek Kurul tarafından başvuru yapılması üzerine yeniden iddianame düzenleyerek dosyayı tekrar mahkemeye gönderecektir.

C. Kovuşturma Aşamasında

Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre kovuşturma, iddianamenin kabulü ile başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder (CMK m. 2).

Eğer kovuşturma aşamasında bu şartın gerçekleşmediğinin anlaşılması halinde mahkemece yazılı başvuru şartının gerçekleşmesini beklemek üzere durma kararı verilecektir.

Kurulun yazılı başvuruda bulunmaması kararına karşı bir itiraz yoluna yasa da yer verilmemiştir. Şüphesiz Kurul 47. maddede öngörülen suçlardan herhangi birinin mevcudiyetini öğrendiği zaman yazılı başvuruda bulunup bulunmamayı kararlaştıracaktır. Ancak Kurul bu incelemesini genel hukuk düzeni içinde keyfilik arz etmeyecek şe-

kilde yapacak ve yazılı başvurunun yapılmasında kamu yararı varsa bu başvuruyu gerçekleştirecektir.⁴¹ Bu ihtimalde kurul yetkililerinin TCK m. 257'deki görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulmaları gündeme gelebilecektir.⁴²

Kurul tarafından yapılan başvurunun geri alınıp alınmayacağı konusunda da yasada bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde gerek soruşturma aşamasında gerekse kovuşturma aşamasında bu başvurunun geri alınmayacağı belirtilmektedir.⁴³

⁴¹ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, Esas No: 2006/15657, Karar No: 2008/1376, Tebliğname No: K.Y.B.7M/2006-271302, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na aykırılıktan sanıklar Mehmet Naci Sığın ve 9 arkadaşı hakkında yapılan hazırlık soruşturması sonucunda Sarıyer Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 28.04.2006 tarihli ve 2006/1254-2064 sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara yapılan itirazın reddine dair, İstanbul 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 16.06.2006 tarihli ve 2006/400 müteferrik sayılı kararı aleyhine Yüksek Adalet Bakanlığı'ndan verilen 31.10.2006 gün ve 50070 sayılı Kanun yararına bozma istemini içeren dava dosyası Cumhuriyet başsavcılığının 16.11.2006 gün ve K.Y.B. 2006-271302 sayılı ihbarnamesi ile daireye verilmekle okundu.

Mezkür ihbarnamede;

Yapı ve Kredi Bankası A.Ş. yönetim kurulu başkanı ve üyeleri olan sanıkların, kamuoyuna açıkladığı 31/12/2000 ve 30/06/2001 tarihli mali tablolarının sermaye piyasası araçlarının değerlerini etkileyebilecek nitelikte yalan, yanlış ve yanıltıcı bilgiler içerdiği, bu işlemlerin 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/A-3 maddesine uyan suçu oluşturacağı'nın belirtildiği uzman Arzum A. Başaran'ın 20/09/2005 tarihli ve XVI-4/43-4 sayılı raporu ile soruşturma aşamasında yeminli bilirkişi olarak seçilerek kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara dayanak yapılan uzman Atalay Birinci'nin 24/04/2006 tarihli raporu arasında açık çelişkilerin bulunduğu, şüpheliler hakkında kamu davası açılıp raporlar arasındaki çelişkiler giderilerek diğer delillerle birlikte takdir ve değerlendirilmesinin davayı görece mahkemeye ait olduğu gözetilmeden itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiş ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kamu yararına bozmaya atfen ihbar olunmuş bulunmakla Türk milleti adına gereği görülmüş olup düşünüldü;

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görüldüğünden İstanbul 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 16.6.2006 gün ve 2006/400 müt. sayılı kararının CMK'nın 309/4-a maddesi uyarınca bozulmasına, dava zamanaşımı hususu gözetilerek müteakip işlemlerin mahallinde mahkemesince yapılmasına 20.2.2008 günü oybirliğiyle karar verildi. bkz. www.kazanci.com, (21.07.2010).

⁴² Malkoç, İsmail, s. 580.

⁴³ Özgen, Eralp, s.197.

SerPK m. 49'da yer verilen yazılı başvuru şartının Anayasa'ya aykırılığı da tartışılabilecektir. Öyle ki Anayasa'nın 138. maddesinde "Hiçbir organ makam, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz" hükmüne yer verilmiştir. Bu bağlamda devletin yargılama hakkının bir parçası olan soruşturma hakkının bir Kurulun iznine tabi olmasının Anayasa'ya aykırılığı düşünülebilecektir.

Nitekim konu VUK açısından Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Dava konusu olayda ilk derece mahkemesi VUK m. 367'nin Anayasa'nın 10, 11, ve 138. maddelerine aykırı bulmuştur. Yerel mahkeme vergi yasasının ihlalden dolayı dava açılmasını Defterdarlığın kararına bağlamanın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağını, zira iktidarın etkisi ile idari makam olan defterdarlığın kimin için izin verip vermeyeceği konusunda siyasal iktidarın etkisi altında kalabileceği vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nce söz konusu anayasaya aykırılık iddiasının ileri sürülemeyeceğinden bahisle işin esasına girmemiştir.⁴⁴

Doktrinde Erman, özellikle ekonomik suçlarda muhakeme şartlarının büyük önem taşıdığını bu suçların çoğu kez teknik bilgiyi gerektirdiği, bu suçlarda ceza kovuşturmasının yapılmasının uygun olup olmadığının yetkili organlarca değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.⁴⁵

SerPK m. 49/1'de "...Bu başvuru ile Kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır" hükmüne yer verilmiştir.⁴⁶ Bu düzenleme CMK'daki katılma kurumundan farklı bir düzenlemedir. CMK m. 237'de katılmanın usul ve esaslarına yer verilmiş olup buna göre katılma ancak kovuşturma aşamasında söz konusu olabilir. Buna göre CMK uyarınca

⁴⁴ AYM'nin 1992/21 E., 1992/19 K., 17.05.1992 tarihli kararı. Karar özeti için bkz. Donay, Süheyl, Ceza Muhakemesinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Yay., 1. Bası, İstanbul, 2008, s. 70-71.

⁴⁵ Erman, Sahir, Ticari Ceza Hukuku, s. 50.

⁴⁶ Yarg. 7. CD'nin 2000/ 17066 E ve 2001/717 K., sayılı kararında özetle "Sermaye piyasası Kanununun 47. maddesinde yazılı suçlardan dolayı kovuşturma yapılması Kurul tarafından Cumhuriyet Savcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlı olup, bu başvuru ile de müdahil sıfatı kazanılacağı cihetle, dilekçeye rağmen Sermaye piyasası Kurulunun duruşmadan haberdar edilmemesi, iddia hakkının kısıtlanması kanun aykırıdır. " www.sinerji.com (18.07.2010).

soruşturma aşamasında verilen bir katılma dilekçesi geçerli bir katılma talebi olarak kabul edilemeyeceği gibi bu talebin kabulü veya reddi yönünde bir karar verilemeyecektir.⁴⁷ Yine CMK'daki düzenleme gereğince salt katılma talebi yeterli olmayıp, mahkemenin bu konuda katılmanın kabulü veya reddi yönünde bir karar vermesi gerekir.

Yargıtay, benzer bir düzenlemeye ilişkin olarak verdiği bir kararında "Maliye Bakanlığının Cumhuriyet Başsavcılığına yazacağı müzekkere ile müdahil sıfatını iktisap edebileceğinden ve bu yazı yazılmış olduğundan mahkemece aksine bir karar verilmedikçe müdahale yasal olarak gerçekleşmiş bulunmaktadır." diyerek soruşturma aşamasındaki müdahale talebinin geçerli olacağı yönünde bir karar vermiştir.⁴⁸

Belirtelim ki Kurul'un katılan sıfatını alması sadece 47. maddede sayılan suçlarla sınırlıdır. SerPK'da yer verilen diğer suçlar ve TCK'daki güveni kötüye kullanma ve görevi kötüye kullanma suçlarında 49. madde uyarınca Kurulun katılan sıfatını alması söz konusu değildir.⁴⁹

SerPK m. 49/son'da "Cumhuriyet savcılarını kovuşturmaya yer olmadığına karar verirlerse Kurul kendisine tebliğ edilecek bu kararlara karşı Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraza yetkilidir." hükmüne yer verilmiştir. Buna göre savcılık makamınca kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi halinde CMK m. 173 uyarınca Kurul, söz konusu kararın kendisine tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mah-

⁴⁷ Karş. Centel / Zafer / Çakmut, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 651. Doktrinde soruşturma evresindeki, müdahale talebini geçerli bir talep olarak işleme alınması ancak bu konuda soruşturma aşamasında bir karar verilemeyeceği yönündeki fikre katılmamaktayız. Zira soruşturma evresindeki katılma talebine nispi ve ileriye dönük bir geçerlilik tanımak yargılama hukuku açısından pratik bir fayda taşımamakla birlikte aynı zamanda usul ekonomisi ile de telifi kabil değildir.

⁴⁸ Yarg. 7. CD, 04.04.1978, 1930/2031 Sayılı Kararı için bkz. Reisoğlu, *Seza, Bankalar Kanunu Şerhi*, 3. Baskı Ankara 1998, s. 886.

⁴⁹ Yarg. 11. CD'nin 1997/5935, K. 1997/64409 sayılı Kararında özetle Sermaye Piyasası Kurulu'nun 2499 sayılı kanununun 47. maddesi kapsamında bulunmayan hizmet nedeniyle emniyeti suistimal suçundan kurulan hükmü temyize yetkisi bulunmadığı ve usulsüz verildiğinden dolayı hukuken geçersiz olan müdahillik kararının temyiz hakkı vermeyeceğinden vekilin bu suçtan kurulan hükme yönelik temyiz isteminin reddine karar vermiştir. Bkz. Yasin, Melikşah, *Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri*, 1. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2002, s. 205, 46 no.lu dipnot.

kemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanlığına itiraz edebilecektir. İtirazı inceleyecek olan ağır ceza mahkemesi itirazı haklı bulursa kamu davasının açılmasına karar verecektir. İtirazın reddi halinde aynı konuda yeniden dava açılması yeni vakıa ve delil elde edilmesi, ağır ceza mahkemesinin kararı ve Kurulun yeniden yazılı başvuru yapmasına bağlıdır.

SerPK m. 49'da yer alan muhakeme usulü sadece 47. madde kapsamına giren suçlarla sınırlı olup, SerPK'da yer verilen diğer suçlar Kurul'un başkan ve üyeleri ile diğer personeli görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlar ile bunlara karşı işlenen suçlardan dolayı sorumluluk bağlamında Türk Ceza Kanunu'nun uygulamasında kamu görevlisi sayılırlar.

SerPK m. 47'de yer verilen suçlar dışındaki bir suçun işlendiğini haber alan savcılık genel hükümlere göre soruşturmayı re'sen başlatacak ve Kurul'u da haberdar edecektir.

Kurul tarafından yazılı başvuruda bulunulmaması yönünde verilen karar idari bir işlemdir.⁵⁰ Nitekim Any. m. 125/1'de "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır...*" denilmektedir Bu ihtimalde de aynen soruşturma izninde olduğu gibi Cumhuriyet savcısına idare mahkemesine başvurma yetkisi tanınması yönünde yasal bir düzenleme yapılması yerinde bir yaklaşım olacaktır.. SPK'nın etkili ve birel işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.⁵¹ Kurul, yasadan kaynaklanan yetkilerini yasada yer alan kurallar çerçevesinde kullanacaktır.

Burada ele alınması gereken diğer bir ihtimal de Kurul tarafından hakkında suç duyurusunda bulunulan yatırımcının söz konusu kararı idari yargıya taşıyıp taşıyamayacağı meselesidir. Danıştay verdiği bir kararında davacı hakkında Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda

⁵⁰ Benzer bir şekilde Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 26.06.1998 tarih ve 1998/355 E., 1998/277 K., sayılı kararında sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan, kamu hizmeti yapan, menkul kıymetler borsaları için denetim ve gözetim organı olan SPK'nın bu hizmeti yürütmek için tesis ettiği işlemlerin idari nitelikte olduğu belirtilmiştir. Bkz. Gürsel, Meltem Kutlu, Sermaye Piyasası Kurulunun Denetimi, *Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan*, İzmir 2005, s. 517.

⁵¹ Gürsel, Meltem Kutlu, s. 519.

bulunulmasına ilişkin kısmının idari davaya konu olabilecek nitelikte bulunmadığını belirtmiştir.⁵²

VII. Yazılı Başvuru Şartının Zamanaşımına Etkisi

Yukarıda yazılı başvuru şartının hukuki mahiyetine ilişkin açıklamalarımızdan sonra söz konusu muhakeme şartının zamanaşımını durdurucu bir etkiyi haiz olup olmadığının tespiti gerekir.

Kural olarak suçun işlenmesi ile dava zamanaşımı süresi de işlemeye başlar. Ancak belli sebeplerin varlığı zamanaşımı süresinin durmasına neden olur. Zamanaşımını durduran sebepler ya zamanaşımı süresinin başlamasını engeller ya da işlemeye başlayan zamanaşımını durdurur.⁵³ Zamanaşımın durduran sebepler zamanaşımını kesen sebeplerle beraber TCK m. 67' de düzenlenmiştir.⁵⁴

Zamanaşımını durduran sebeplerden birinin varlığı halinde zamanaşımı süresi durur. Durma sebepleri mevcut oldukça zamanaşımı

⁵² Bu karar için Bkz. Danıştay 13. Dairesinin 17.03.2006 tarih ve 2005/7503 Esas, 2006/1431 Karar sayılı kararı. Kararda "Kurulun, Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulmasına ilişkin işlemin idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem nitelik taşımadığından..." demek suretiyle davayı bu yönden reddetmiştir. www.kazancı.com.tr, (31.08.2010).

⁵³ Kunter, Nurullah, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1946, s. 77.

⁵⁴ Madde 67 - (1) Soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulunduğu hâllerde; izin veya kararın alınmasına veya meselenin çözümüne veya kanun gereğince hakkında kaçak olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkında bu karar kaldırılınca kadar dava zamanaşımı durur.

(2) Bir suçla ilgili olarak;

a) Şüpheli veya sanıklardan birinin savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi,

b) Şüpheli veya sanıklardan biri hakkında tutuklama kararının verilmesi,

c) Suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi,

d) Sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa, mahkûmiyet kararı verilmesi,

Halinde, dava zamanaşımı kesilir.

(3) Dava zamanaşımı kesildiğinde, zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlar. Dava zamanaşımını kesen birden fazla nedenin bulunması halinde, zamanaşımı süresi son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar.

(4) Kesilme halinde, zamanaşımı süresi ilgili suçla ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar.

tekrar işlemeye başlamaz.⁵⁵ Durma sebebi ortadan kalkınca zamanaşımını kaldığı yerden işlemeye devam eder.⁵⁶ Durma sebeplerinin sınırlı sayıda olup olmadığı konusunda doktrinde farklı yaklaşımlar mevcuttur. Ancak 1889 tarihli mehz İtalyan Ceza Kanunu'nda maddede sayılan sebeplerin dışında zamanaşımını durdurabilecek başka bir sebep kabul edilmemiştir.⁵⁷

SerPK'da herhangi bir başvuru süresine yer verilmediğinden bu yazılı başvuru Kurul tarafından asli zamanaşımını süresi içerisinde yapılabilecektir. Bu süre TCK m 66/1-e uyarınca sekiz yıldır. Yazılı başvuru şartının bir ceza muhakemesi şartı olması hususu nazara alındığında TCK m. 67'deki "*diğer mercide çözümlenmesi gereken bir mesele*" ibaresi kapsamında olduğu düşünülebilir. Hatta doktrinde bazen kanunun açıkça izin veya talep tabirini kullanmayıp aynı anlama gelen benzer tabirler de kullanabileceği belirtilmiş⁵⁸ ise de bu yaklaşım kanunilik ilkesi ve belirlilik ilkesi ile bağdaşmayacaktır.

Yazılı başvuru şartının zamanaşımını durdurucu etkiyi haiz olup olmadığını değerlendirilmesinden önce yazılı başvuru sürecinin ele alınması gerekir. Bu süreç aşağıdaki parçalara ayrılabilir;

1. Aşama: İMKB Teftiş Kurulu Başkanlığı veya SPK Denetleme Dairesi⁵⁹ tarafından konunun değerlendirilmesi

2. Aşama: Konunun SPK'nın karar organı olan ve başkan ve üyelerden oluşan Kurulun önüne getirilmesi

3. Aşama: İMKB Teftiş Kurulu Başkanlığının dosyayı SPK Denetleme Dairesi'ne göndermesi

⁵⁵ Artuk / Gökçen / Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 1001.

⁵⁶ Taşdemir, Kubilay, *Ceza Davalarında Zamanaşımı*, Adil Yay., 1. Bası, Ankara 2001, s. 12.

⁵⁷ Majno, *Ceza Kanunu Şerhi*, C. 1, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, s. 527.

⁵⁸ Dönmezer, Erman, s. 324, 63 no.lu dipnot.

⁵⁹ Denetleme dairesi, sermaye piyasası kanununa tabi olan anonim ortaklıklar ile yardımcı kuruluşların ve diğer sermaye piyasası kurum ve kuruluşlarının işlem ve hesaplarının SPK mevzuatı uyarınca kurul adına incelenmesi ve denetlenmesi ile görevlidir. www.spk.gov.tr/indexpage.aspx?pageid=523 (30.08.2010).

4. Aşama: Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulması/bulunulmaması yönünde karar verilmesi

Doktrinde yazılı başvuru şartının zamanaşımını durdurucu bir etkiyi haiz olup olmadığı konusunda yeterli bir açıklık bulunmamaktadır. Kimi müellifler yazılı başvuru şartının TCK m. 67/1'deki zamanaşımını durduran muhakeme şartlarından olmadığını, zira 67. maddede açıkça yazılı başvuru şartına yer verilmediğini, maddenin kıyas yoluyla genişletilemeyeceğini belirtmektedirler.⁶⁰

Konuya ilişkin olarak İstanbul 11. Asliye Ceza Mahkemesi'nce verilen bir kararda özetle "...sanıklara yüklenen suçun tabi olduğu beş yıllık asli ve yedi yıl altı aylık uzamış dava zamanaşımı sürelerinin suçun temadi ettiği en son gün olan 17.01.2000 tarihinden bu yana dolduğu anlaşılacakla haklarındaki kamu davasının 765 sayılı TCK'nın 102/4 ve 104/2 maddeleri ve 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesi gereğince ayrı ayrı düşürülmesine..." şeklinde karar verilmiş olup dosya temyiz aşamasında olup henüz kesinleşmemiştir.⁶¹

Ancak bir diğer açıdan konuya bakıldığında TCK m. 67'de sayılan sebepler sınırlı sayıda olup, yasada bunlara belli istisnalar tanınmış olmasının onların sınırlı sayıda olma özelliğini ortadan kaldırmayacağı bu nedenle kıyas yoluyla söz konusu 67. madde hükmünün genişletilerek yazılı başvuru şartına zamanaşımını durdurucu bir etki tanınmayacağı da söylenebilecektir.

Yukarıdaki açıklamalarımız sonucunda yazılı başvuru sürecinin zamanaşımını durdurucu bir etkiyi haiz olup olmadığı konusunda gerek doktrinde gerekse mahkeme kararlarında kesin bir kanaat olmadığı belirmeliyiz.

Bu konuda izlenecek en iyi yöntem Yargıtay içtihatlarıyla konunun netliğe kavuşturularak yeknesak bir uygulamanın temin edilmesi olacaktır.

⁶⁰ Demir, H. Fehmi, Sermaye Piyasası Kanununun 49. maddesi ile Sermaye Piyasası Kuruluna Tanınan Başvuru Yetkisinin, Türk Ceza Kanununun 67. maddesinde Düzenlenen Zamanaşımı Süresine Etkisi Bakımından Değerlendirilmesi, *Güncel Hukuk Dergisi*, Mart 2009, s. 6.

⁶¹ İstanbul 11. Asliye Ceza Mahkemesinin 27/09/2007 Tarih ve 2004/583 E., 2007/762 K. sayılı ilamı.

SONUÇ

Sermaye piyasası Kanunu'nun 49. maddesi, 47. maddede yer verilen suçlardan dolayı soruşturma yapılmasını Kurul'un Cumhuriyet savcılığına yazılı başvurusuna bağlamıştır. Maddede yer verilen yazılı başvuru şartı "*sui generis*" bir muhakeme şartıdır. Diğer muhakeme şartlarında olduğu gibi bu muhakeme şartı da yargılamanın her aşamasında kendiliğinden göz önünde bulundurulacaktır.

Muhakeme şartları hukukumuzda sistematik ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemiş olduğundan doktrinde muhakeme şartlarının kapsamı ve içeriği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Hukukumuzda sadece şikayet kurumu ayrıntılı olarak düzenlenmiş diğer muhakeme şartları konusunda düzenlemeye gidilmemiştir.

Muhakeme şartları doktrinde ceza muhakemesi şartı, kovuşturma şartı, muhakeme engeli, takip şartı, dava şartı gibi isimlerle anılmaktadır.

Tüm bu tartışmalara rağmen muhakeme şartlarını kamu davasının açılmasını ve yürütülmesini engelleyen hususlar olarak tarif edilebilir. Mevzuatımızda birçok kanunda yer alan yazılı başvuru şartının bir muhakeme şartı olması bu şartın ceza hukuku ve muhakeme hukuku açısından belli sonuçları beraberinde getirir.

Öncelikle şartın yokluğu halinde savcılık soruşturma işlemlerine başlayamayacak, kamu davası açamayacaktır. Yine bir şekilde davanın açılmış olması halinde durma kararı verilerek şartın gerçekleşmesi beklenecek, kovuşturma işlemlerine devam edilemeyecektir.

Uygulamada denetleme raporunun düzenlenmesinin veya yazılı başvuruda bulunulmasının olaydan aylar hatta yıllar sonra gerçekleştiği gözlenmektedir. Şüphesiz bu durum adil yargılama hakkını zedelemekle beraber zaman içerisinde delillerin kaybolmasına ve yatırımcıların ticari itibarının zarar görmesine, faillerin cezасız kalması dolayısıyla piyasaya olan güvenin sarsılmasına yol açabilmektedir.

Yine bu konuda uzmanlaşmış mahkemelerin olmayışı ekonomik bilgiyi ve teknik uzmanlığı gerektiren sermaye piyasası suçlarının etkin olarak kovuşturulmasını güçleştirmektedir. Öyle ki buradaki yazılı başvuru şartı zamanaşımı durduran sebeplerdendir. Ancak bu konuda

yapılması gereken Yargıtay kararı ile konunun yeknesak uygulamaya kavuşturularak farklı yerel mahkemelerce farklı kararlar verilmesinin önüne geçilmesi olacaktır.

Konunun önemine rağmen doktrinde konunun yeterince işlenmemiş olması ve Yargıtay kararlarının yok denecek seviyede olması bu konuda uygulamada büyük bir boşluğa hatta kimi zaman gerekçeden yoksun adeta keyfi ve denetlenebilirlikten uzak yargı kararlarına zemin hazırlamaktadır.

KAYNAKLAR

- Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Genişletilmiş Yeni Bası, Ankara 1967.
- Artuk / Gökçen / Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 4. Bası Ankara 2009.
- Bayındır, Sinan, *Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu*, MÜSBE, Kamu Hukuku Bölümü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010.
- Centel / Zafer / Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yay., 3. Bası, İstanbul 2005.
- Demir, H. Fehmi, Sermaye Piyasası Kanununun 49. maddesi ile Sermaye Piyasası Kuruluna Tanınan Başvuru Yetkisinin, *Türk Ceza Kanunu'nun 67. maddesinde Düzenlenen Zamanaşımı Süresine Etkisi Bakımından Değerlendirilmesi*, *Güncel Hukuk Dergisi*, Mart 2009.
- Donay, Süheyl, *Ceza Muhakemesinde Yargılanan Vergi Suçları*, Beta Yay., 1. Bası, İstanbul, 2008.
- Dursun, Selman, *Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar*, Oniki Levha Yay., 1. Baskı, İstanbul 2010.
- Dursun, Selman, *Yeni Bankacılık Kanununda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri*, *CHD Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 4, Ağustos 2007.
- Erem, Faruk, *Diyaletik Açından Ceza Yargılaması Hukuku*, Işın Yay., Ankara, Altıncı Bası, (Tarihsiz).

- Erem, Faruk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: 1, 7. Bası, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1966.
- Erman, Sahir, *Şirketler Ceza Hukuku*, (Ticari Ceza Hukuku VII), İstanbul 1983.
- Evik, Ali Hakan, *Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları*, Seçkin Yay., İstanbul 2004.
- Gürsel, Meltem Kutlu, *Sermaye Piyasası Kurulunun Denetimi*, Prof. D. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, İzmir 2005.
- Jehle, Jörg Martin, *Savcılık Örgütünün Rolüne İlişkin Avrupa Çapında Bir Karşılaştırma* adlı tebliğ (Çev. Gülşah Kurt Yücekul), *Bir Adli Organ Olarak Savcılık*, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara 7-9 Temmuz 2006.
- Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., 2. Bası, Ankara 2009.
- Kunter, Nurullah, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1946.
- Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yay., 16. Bası İstanbul, 2008.
- Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Kitap Beta Yay., 17. Bası, İstanbul, 2009.
- Majno, *Ceza Kanunu Şerhi*, C: 1, Sevinç Matbaası, Ankara 1977.
- Malkoç, İsmail, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, 1. Cilt, Genişletilmiş 3. Baskı Malkoç Kitabevi, Ankara 2008.
- Özgen, Eralp, *Sermaye Piyasası Kanununun 49. maddesi ile Sermaye Piyasası Kuruluna Tanınan Başvurma Yetkisinin Talep ve Şikâyet Kavramları Bakımından Değerlendirilmesi Cumhuriyet Savcılarının Bu Konudaki Taktir Yetkisi*, SPK Yay., Ankara 1998.
- Öztürk, Bahri, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti*, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi No: 17, Ankara 1991.
- Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma / Saygılar / Alan, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2009.
- Taner, Tahir, *Ceza Hukuku*, Umumi Kısım, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1973.

Taşdemir, Kubilay, *Ceza Davalarında Zamanaşımı*, Adil Yay., 1. Bası, Ankara 2001.

Ünver, Yener / Hakeri Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Temel Bilgiler, Adalet Yay., 1. Baskı, Ankara 2007.

Yanlı Veliye, Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Bilgiye Dayalı Manipülasyon Suçları, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Aralık 2004, Cilt: XXII, Sayı : 4.

Yasin, Melikşah, *Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri*, 1. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2002.

www.sinerji.com (18.10.2010)

www.spk.gov.tr (16.10.2010)

İMAR PLANLARININ YARGISAL DENETİMİ - I

JUDICIAL REVIEW OF ZONING PLANS - I

Kerem CANBAZOĞLU *
Dilhun AYAYDIN**

Özet: İmar planlarının yargısal denetimi, gerek imar mevzuatının karmaşık yapısı gerekse imar planı olarak adlandırılan idari işlemin mahiyeti gereği idari yargının sorunlu alanlarından birini teşkil etmektedir. Çalışmanın amacı, İmar Kanunu'nda düzenlenen imar planlarının, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenen yargısal denetimi ve bu yargısal denetim sırasında idare hukuku yönünden ortaya çıkan meseleleri ortaya koymak ve iptal yahut yürütmenin durdurulması kararının alt ölçekli imar planları ve plana dayalı tesis edilmiş birel işlemler üzerine olası etkisini değerlendirmektir.

Anahtar Sözcükler: Planlama yetkisi, imar planları, idarenin yargısal denetimi, iptal davası, iptal kararının hukuki sonuçları.

Abstract: The judicial review of zoning plans constitutes one of the most problematic parts of administrative adjudication not only because of the genuine nature of administrative act called zoning plan, but also the complexity of the zoning regulations. The purpose of this study is to put forth the administrative law matters that can arise during the judicial review process of zoning plans which are stipulated in the Zoning Law conducted in accordance with the Administrative Procedural Code and the possible effects of the decisions of the administrative courts with respect to annulment or stay

* Av., Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku doktora öğrencisi.

** Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı araştırma görevlisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku doktora öğrencisi.

order upon the lower scale zoning plans and other administrative acts that instituted.

Keywords: Planning authority, zoning plans, judicial review of administration, action for annulment, legal consequences of the decision of annulment.

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası çeşitli hükümler ile devleti oldukça kapsamlı ve teknik pek çok faaliyeti yerine getirmekle görevli kılmıştır.¹ Devlet kendisine yüklenen bu faaliyetleri, Anayasa’da tanımlanan, işleyişi ve birbirleriyle ilişkileri belirlenen organlarından sadır olacak işlemler ve bu işlemlerin icrası ameliyeleri ile yerine getirecektir. Anayasa ile “Devlet”e verilen bir görev olan planlama faaliyetini yerine getirebilmek için devletin yasama organından ve yürütme organı içerisinde yer alan merkezi idare ve kamu idarelerinden kaynaklanan bir takım “*planlama işlemlerinin*”² vücuda getirilmesi gerektiği açıktır.

Esasen bu çalışmanın konusu da devletin planlama faaliyeti üst başlığı içerisinde idarenin imar *planlaması yapma faaliyetinin gerçekleştirme aracı olan imar planlarının yargısal denetimi ve yargısal denetim neticesinde ortaya çıkan diğer sorunların incelenmesidir.*

İtiraf etmek gerekir ki, son derece dinamik ve karmaşık bir alan olan imar planları ile ilgili yapılan çalışmada konunun sınırlandırılması önem taşımaktadır. Bu nedenle bu çalışmada planlama işlemleri altında “*imar planları*” başlığı altında 3194 sayılı Kanun’da düzenlenen

¹ Bu faaliyetler arasında; (1) iç ve dış güvenliğin sağlanması ve korunmasını içeren *milli güvenliğin korunması faaliyeti*, (2) huzur ve düzenin korunması ve sağlanmasını içeren *kolluk faaliyetleri*, (3) toplumun temel gereksinimlerinin karşılanmasını hedefleyen *kamu hizmeti faaliyeti*, (4) özendirme ve desteklemeye yönelik faaliyetleri içeren *teşvik tedbirleri*, (5) *iç düzen etkinlikleri* ve (6) *planlama faaliyetleri* sayılabilir. Bkz. Günday Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003, s. 18-23.

² Tan, Anayasa’dan kaynaklanan planlama ödevinin yerine getirilmesi sırasında ... yetkili organlar tarafından hukuki yöntemlere uyularak hazırlanıp kabul edilen metinlerden hiç olmazsa bazıları için “*planlama işlemleri*” deyimini tercih etmektedir. Yazar dipnotunda Duran’ın ise aynı anlama gelmek üzere “*planlama belgeleri*” deyimini tercih ettiğini vurgulamaktadır. Bkz. Tan, Turgut, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 235.

imar planları inceleme konusu kılınmıştır.³ Şu halde, imar mevzuatının salt 3194 sayılı İmar Kanunu (“İK”) ile sınırlanamayacak derecede geniş kapsamlı yapısı nedeniyle, her biri kendisine has özellik ve sorunları bir arada içerisinde barındıran özel imar kanunları gereği yapılan imar planlarının yargısal denetimi meselesi çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.⁴ Ancak yeri geldikçe, özellikle dipnotlarda, özel imar rejimine tabi yerlerle ilgili yapılan imar planlarının yargısal denetimine ilişkin de bilgi vermeye ve yargı kararlarına değinilmeye çalışılacaktır.

İmar planlarını, bir bütünün parçası olarak kavrayabilmek ve ilişkiyi analiz edebilmek açısından ana başlık olan devletin planlama faaliyetinden bahsederek konuya giriş yapmak uygun olacaktır. Devletin planlama faaliyeti meselesi içerisinde yasama organının planlama yetkisinin kullanımının bir görünümü olarak “*Kalkınma Planları*”na kısaca değinilecektir. Devlet organlarından yasama organı eliyle gerçekleştirilen planlama faaliyetinin incelenmesinin ardında idarenin planlama faaliyeti konusu incelenmeye çalışılacak burada da idarenin imar planları dışında kalan planlama faaliyetinin gerçekleştirilmesinin aracı olarak “*Yıllık Planlar*” a da yeri geldiği için temas edilerek ardından bu çalışmadaki asıl inceleme konumuz idarenin planlama faaliyeti içerisinde imar planları konusu ele alınmaya başlanacaktır. İmar planları, imar hukukunun bir bölümünü teşkil etmektedir. İmar hukuku başlığı altında imar planlarının etkileşim içerisinde bulunduğu imar hukukunun diğer bölümlerine de kısaca değindikten sonra bir idari işlem olarak imar planlarının hukuki niteliği belirlenecek ardından da İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (“İYUK”) hükümleri çerçevesinde ve Danıştay kararları ışığında imar planlarının yargısal denetimi mesele-

³ İnceleme konumuzu oluşturan imar planları Kanun’un takip ettiği hiyerarşi içerisinde sıralanacak olur ise, *Metropoliten İmar Planı* (m. 9), *Çevre Düzeni Planı* (m. 5), *Nazım İmar Planı* (m. 5/2) ve *Uygulama İmar Planları* (m. 5)’ dir. 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 8. maddesinde düzenlendiği ve yapılması yönünde DPT’ye yetki verildiği halde hukukumuzda hiç yapılmamış bölge planları inceleme konumuz dışında kalmaktadır.

⁴ 3194 sayılı Kanun dışında 3621 sayılı Kıyı Kanunu, 2981 sayılı İmar Affı Kanunu, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu, 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu konuyla ilgili bulunduğu halde inceleme alanımız dışında tutulan diğer yasal düzenlemeler olarak göze çarpmaktadır.

si ilk inceleme ve esas incelemesi ana başlıkları altında değerlendirilecektir. Çalışmanın son bölümünde ise, imar planları hakkında verilen iptal ve/veya yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanması nedeniyle imar planları ve yapı hukuku yönünden ortaya çıkan hukuki sorunlar değerlendirilmeye çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM PLANLAMA FAALİYETİ

I. DEVLETİN PLANLAMA FAALİYETİ

Devlet, planlama yetkisine dair faaliyetlerini yasama ve yürütme organları eliyle yerine getirmektedir. Devletin yasama organı eliyle yerine getirdiği planlama faaliyeti, sosyal devleti gerçekleştirilebilmek için zorunlu olarak sağlanması gereken ekonomik kalkınmanın temeli olarak, gerek 1961 Anayasası'nda ve gerekse 1982 Anayasası'nın 166. maddesinde hüküm altına alınmıştır. 1961 Anayasası döneminde, merkezi idarenin başkent teşkilatına yardımcı kuruluşlardan olan Devlet Planlama Teşkilatı'nın ("DPT") bir anayasal organ olarak yer alması planlamaya verilen somut önemi ortaya koymuş ve böylelikle planlama, Tan'a göre "bir kamu hukuku temel kuralı" haline gelmiştir.⁵ 1982 Anayasası ise, DPT'ye bir anayasal kurum olarak yer vermemiş, ancak Planlama başlıklı 166. maddesinde söz konusu faaliyetin ne şekilde yerine getirileceğine ilişkin ayrıntılı hükümler sevk etmiştir. Böylelikle, 1982 Anayasası'nın lafzına bakıldığında, planlama faaliyeti idare açısından bir teşkilat oluşturulmak suretiyle yerine getirilmesi zorunlu bir anayasa emri olmaya devam etmiş ve fakat planlamanın bizzat DPT tarafından yapılma zorunluluğu ortadan kalkmıştır. Ancak, yasa koyucu kısa süre içerisinde yaptığı düzenlemeler ile ülke ölçeğinde planlamaya ilişkin görev ve yetkileri ihdas ettiği Başbakanlığa bağlı, genel bütçe içerisinde yer alan ve kamu tüzel kişiliği bulunmayan DPT'ye vermiştir.⁶

⁵ Tan Turgut, *Planlamanın Hukuki Düzeni*, Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, Ankara, 1976, s. 5-9.

⁶ "1982 Anayasası döneminde DPT, 8 Haziran 1984 tarih ve 223 sayılı KHK, 6 Mart 1991 tarih ve 3701 sayılı Kanun, 17 Temmuz 1991 tarih ve 437 sayılı KHK, 10 Ağustos 1993

DPT eliyle yürütülen planlama faaliyetinin konusu, Anayasa'nın 160. maddesinde belirtilen ilkeleri somutlaştıran 540 sayılı KHK'nin 1. maddesinde belirlenmiştir.⁷ DPT hazırlık işlemlerini gerçekleştirdiği, Bakanlar Kurulu'nca kabul edilip ve TBMM'ce onaylanacak "*Kalkınma Planı*" eliyle bu görevi yerine getirecektir.

Öyle ise, inceleme konumuzla bağlantılı bulunan devletin planlama faaliyeti kapsamı içerisinde bir yasama tasarrufuna bağlı bulunan kalkınma planı eliyle gerçekleştirilen planlama faaliyeti kaynağını doğrudan anayasadan alan bir faaliyettir ve bunun anayasadaki sosyal devlet ilkesinin de temel gerekliliklerinden biri olarak kabulü zorunludur.⁸

Anayasa'nın "*Mali ve Ekonomik Hükümler*" başlıklı dördüncü kısmında yer alan 166. maddede açık biçimde düzenlenen devletin planlama faaliyetine ilişkin hüküm dışında, anayasanın "*Temel Hak ve Özgürlükler ile Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" e ilişkin bölümlerinde yer alan çeşitli hükümlerde de, devletin planlama faaliyetine ilişkin bazı belirlemeler bulunmaktadır. Esasen devletin planlama yetkisinin mahiyeti gereği, bu yetkinin kullanımı devletin bizatihi anayasa ile ilgililere tanıdığı bazı haklara da temas edebileceğinden, bir kısım haklarla ilgili düzenlemeler içerisinde devletin planlama yetkisinin kapsamına ilişkin belirlemeler de yapılmıştır.⁹ Bu bağlamda ifade etmek gerekir ki, Anayasa'nın "*Yerleşme ve Seyahat Hürriyeti*" başlıklı 23. maddesi, "*Mülkiyet Hakkı*" başlıklı 35. maddesi, "*Kıyılardan Yararlanma*" başlıklı 43. maddesi, "*Kamulaştırma*" başlıklı 46. maddesi, "*Sağlık*

tarikh ve 511 sayılı KHK ve nihayet günümüzde de yürürlükte bulunan 24 Haziran 1994 tarih ve 540 sayılı Devlet Planlama Teşkilatı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararnameyle düzenlenmiştir." Gözler Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Bursa, Eylül 2008, s. 154'ten naklen.

⁷ Buna göre, DPT'nin görevi, "*kaynakların verimli kullanılması ve kalkınmanın hızlandırılması amacıyla, ülkenin ekonomik, sosyal ve kültürel planlama hizmetlerinin bir bütünlük içerisinde etkin, düzenli ve süratli olarak görülebilmesini sağlamak*" tır.

⁸ Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 133.

⁹ Şanlı, planlama yetkisini analiz ettiği çalışmasında bu durumu, "*Devletin planlama faaliyetini doğrudan ve açık bir biçimde belirleyen Anayasa'nın 166.maddesinin yanında, planlama yetkisiyle ilişkilendirilebilecek başkaca anayasal hükümler de bulunmaktadır.*" Biçiminde ifade etmektedir. Bkz. Şanlı, Denizer, "*Planlama Yetkisinin Analizi*", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl.67, Sayı.3, 2009, s. 48.

Hizmetleri ve Çevrenin Korunması" başlıklı 56. maddesi ve "Konut Hakkı" başlıklı 57. maddesi devletin planlama yetkisine dair hükümlerdir.

II. İDARENİN PLANLAMA FAALİYETİ

Anayasa ile devletin yasama ve yürütme organına planlama ile ilgili bazı ödevlerin yüklenmiş olduğuna yukarıda değinilmişti. Yasama organına planlama faaliyeti ile ilgili yüklenen ödevlerden sonra yürütme organına yüklenen planlama faaliyetlerinin büyük kısmını içeren imar planlama faaliyetinden bahsetmek gerekmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, imar planlaması faaliyeti idarenin planlama faaliyeti içerisinde yer alan özel usul ve yetki kurallarına bağlanmış bir faaliyettir. Söz konusu faaliyet bir idari işlem olduğuna kuşku bulunmayan imar planları eliyle gerçekleştirilmektedir.¹⁰

İmar planları eliyle gerçekleştirilen planlama faaliyeti imar hukuku olarak adlandırılabilir bir alanın konusunu oluşturmaktadır. İmar hukuku ise, "imar planları", "yapı veya inşaat hukuku" ve "imar yaptırımları" biçiminde üç ana başlıktan oluşmaktadır.¹¹ İmar hukukunun bu üç ana başlığı birbirleriyle oldukça sıkı bir etkileşim içerisinde oldukları ifade edilmelidir. Zira belirli bir coğrafi alanın planlanması faaliyeti, imar hukuku açısından planlamaya konu alanda var olan mülkiyet ilişkilerine ilişkin olarak yapılan ilk düzenlemedir. Belli bir alanda imar planlarına uygun yapılaşmanın sağlanabilmesi açısından olmasının ifadesi olarak, belirli bir alanda İmar Kanunu'na uygun yapılaşabilmenin mutlaka kanunda belirlenen usulü tüketerek yürürlüğe sokulmuş bir imar planının varlığına ihtiyaç gösterdiği ifade edilmelidir. Ancak, şüphesiz konuya ilişkin ülkemiz gerçekliğinin bir sonucu olarak, bu durum belli bir alanda yapılaşabilmenin söz konusu yapılaşmanın gerçekleşeceği alanda geçerli bir imar planının varlığını ön koşul olarak gerekli kıldığı anlamına gelmez. Zira Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nca çıkarılmış olan Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği,

¹⁰ Konu çalışmamızın bu bölümünün III numaralı başlığı altında ayrıntılı biçimde tartışılmaktadır.

¹¹ Yaşar'da *İmar Hukuku* isimli monografik çalışmada buna benzer bir ayrımı benimsemektedir. Bkz. Yaşar, Hasan Nuri, *İmar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008.

“belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan ve planı bulunmayan alanlardaki yapılaşmaların fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü” sağlamayı amaçlamaktadır. Şu halde, imar hukukuna uygun yapılaşma İmar Kanunu’na, “Özel İmar Rejimi”ni düzenleyen kanunlara ve yukarıda atıfta bulunulan yönetmeliğe uygun olarak gerçekleştirilmesi gereken bir faaliyettir. Ancak bu düzenlemelere uygun olmak kaydıyla bir arazi parçası üzerinde “yapı” yapabilmek gündeme gelecektir. Bu yapının yapılabilmesi imar hukukuna ait bir takım izinlerin alınmasını gerektirecektir. Öte yandan bir yapının inşasının yapılmasının ardından da inşaat iznine esas mimari projesine uygun biçimde muhafaza edilmesi gerekmektedir. Aksi durum hem idarenin kamu düzenini korumak ve sağlamak amacıyla kolluk yetkisi bağlamında imar cezaları kesmesine ve bazı koşullarda Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen imar kirliliğine neden olma suçu nedeniyle cezai sorumluluğa ilişkin diğer hükümlerin de işletilmesine sebebiyet verecektir.

Gerek doktrinde ve gerekse de uygulamada imar planlarına hâkim birtakım ilkelerden bahsedildiği görülmektedir. Söz konusu ilkelerin içeriği, özellikle uygulamada imar planlarına ilişkin olarak idari yargı yerlerinde açılan iptal davalarında kararların belirli bir sistematik ve istikrar içinde verilebilmesi bakımından oldukça önemlidir. Bu ilkelerin önemli bir diğer boyutu da, imar hukukunda bireyler bakımından kazanılmış hak kuramının geçerli olup olamayacağı tartışmasında saklıdır. Bu bağlamda İmar hukukunda özellikle imar planlarına hâkim olan ilkeler; “Aleniyet İlkesi”,¹² “Genellik İlkesi”,¹³ “Hi-

¹² Aleniyet, açıklık, kamuya ait olmak anlamına gelir. Yılmaz, Ejder *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınevi, Ankara 1996, s. 53; **Aleniyet ilkesi** İmar Kanunu’nun 8/b-4 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: “İmar planları alenidir. Bu aleniyeti sağlamak ilgili idarelerin görevidir. Belediye Başkanlığı ve mülki amirlikler, imar planının tamamını veya bir kısmını kopyalar veya kitapçıklar haline getirip çoğaltarak tespit edilecek ücret karşılığında isteyenlere verir”. Ancak burada plan kararları ve raporlarının da ek olarak verilmesi gerekmektedir. Uygulamada bu noktada eksiklik bulunduğu birçok yazar tarafından vurgulanmaktadır. Kalabalık, Halil, *İmar Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 85-103; Yaşar, a. g. e., s. 104-122.

¹³ Genellik ilkesi, özel amaçlı imar planlamasının yapılamayacağı anlamına gelir. Buna karşılık imar planlarında değişiklik yapılması söz konusu olduğunda, bu ilkeye aykırı olarak tam da ayrıcalık yaratmak amaçlı parsel bazında plan değişikliği yapılarak planların genelliği ilkesine aykırı davranılmasının önlenmesidir.

yerarşi İlkesi",¹⁴ "*Plan Hiyerarşisi*"^{15, 16, 17} "*Kamu Yararı İlkesi*",^{18, 19} "*Zorunluluk İlkesi*", "*Esneklik İlkesi*", "*Kapsamlılık İlkesi*", "*Süreklilik İlkesi*", "*Bilimsellik İlkesi*", "*Katılım İlkesi*"²⁰ olarak sıralanabilir.

¹⁴ Hiyerarşi, farklı kural ve statüler arasında yukarıdan aşağıya bir sıralanmayı ifade eder. İmar hukuku alanında klasik normlar hiyerarşisinin geçerli olup olmadığı tartışmalı bir durumdur. İdari işlemler içinde imar planlarının yönetmeliklerden üstün olduğu gerek uygulamada ve gerekse de doktrinde kabul edilmektedir. Aykırı nitelikte düşünenler ise bu görüşe katılmayıp aynı anda geçerli iki genel düzenleyici işlemden birinin diğerine göre değiştirilmemesinden kaynaklanan zamana dayalı bir sorun olduğunu ileri sürmektedirler. Bkz. Yaşar, *a. g. e.*, s. 107.

¹⁵ İmar hukukunda planlar arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmaktadır. İmar planlamasında ülke çapında bütünlüğün sağlanması amacıyla getirilmiş olan bu ilke gereğince, farklı kademelerde yer alan planlar da bir zincirin halkası olarak düşünülmemekte ve bu halkaları birbirine bağlayan, bunların birlikte uygulanmasını sağlayan hiyerarşi olmaktadır. İmar Kanunu 8. maddesinde İmar Planlarının Nazım İmar Planı ve Uygulama İmar Planı'ndan oluştuğu ifade edilmiş ve bu planların "*varsa*" Bölge ve Çevre Düzeni Planlarına uygun olarak yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Buradan çıkarılan sonuç çevre düzeni planı olmadan Nazım ve Uygulama İmar Planlarının yapılabileceğidir.

¹⁶ Bir başka sorun Nazım İmar Planı olmaksızın Uygulama İmar Planlarının çıkartılmasıdır. Böyle bir uygulama, kesinlikle imar mevzuatına, planlama ilkelerine ve planlama tekniğine aykırıdır. Plan hiyerarşisine aykırı bir davranış teşkil edecektir. Bir görüşe göre nazım plan hazırlanmışsa, fakat henüz uygulama imar planı yoksa inşaat ruhsatı ve öteki yapı işlerinin nazım plana göre yürütülmesi gerekir. Bkz. Yayla, Yıldızhan, *Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği*, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 2098, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975, s. 112-119.

¹⁷ Danıştay'a göre imar uygulaması yapılabilmesi için mutlaka Uygulama İmar Planı'nın bulunması zorunludur. Danıştay, Uygulama İmar Planı'nda yapılan değişikliklerle uyumsuzluğa konu taşınmazın ortaokul alanı iken konut alanı olarak belirlenen değişikliğin bu alana ilişkin 1/5000 ölçekli Nazım İmar Planına uygun olması gerektiğini belirtmiştir. Danıştay 6. D, 17.3.1998, E. 1997/2722, K.1998/1549, DD, Y. 29, S. 97, 1999, s. 357.

¹⁸ Kamu Yararı İlkesi idari işlemlerin doğasında var olması gereken zorunlu bir ilkedir. İdare hukukunun temel dayanağıdır. Bkz. Zabunoğlu, *a. g. e.*, s. 33.; Diğer bir deyişle, modern liberal bir siyasal düzen göze alınarak bireylerin kendi başlarına yerine getiremeyecekleri toplam yararın, onların yerine devlet tarafından konulmuş kurullarla yerine getirilmesidir. Bkz. Yaşar, *a. g. e.*, s. 117.

¹⁹ Danıştay, İmar planlarının kamu yararına dayanması gerektiğini ve bununda şehircilik ilkesinin gereği olduğunu vurgulamaktadır. Bkz, İDDG, E.2004/861, K.2004/745, KT. 21.10.2004, D. 6. D, E.1997/6678, K.1998/6744, KT. 23/12/1998

²⁰ Belde halkının plan yapım sürecine katılmasını öngören bu ilke mevzuatlarımızda kendine yer bulamamış sadece plan yapımının hazırlık aşamasında "*hemşerilik*" vasfı ile plan yapımına katkıda bulunulacağı 2863 sayılı Kanun'un 17. maddesinde kaleme alınmıştır ki buda yetersiz bir düzenlemedir.

İmar hukukunun kapsamına ve temel ilkelerine kabaca değinerek inceleme konumuzun bu kapsam içindeki yerini bir miktar daha belirlemeye çalıştıktan sonra, imar hukukuna ilişkin çalışmalarda neredeyse adet haline gelen, imar hukukunun hukuk dalları arasında yapılan ayrımlamalar içerisindeki yerini açıklayan görüşlere de değinmek istiyoruz. Kuşkusuz imar hukuku, kaynağını idare hukukunun ve hatta onun ötesinde anayasa hukukunun derinliklerinde bulmaktadır. Konunun özel hukuk ilişkileri açısından da önem taşıması, doktrinde imar hukukunun niteliği ile ilgili farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Gözler, imar hukukunu kamu hukuku alanında yer alan idare hukuku kısmı içerisinde ele alırken, idare hukuku bakımından da bir tasnife başvurmuştur. Yazar, idare hukukunu genel idare hukuku ve özel idare hukuku olmak üzere iki kısma ayırdıktan sonra, imar hukukuna bu ayrımın özel idare hukuku başlığı altında yer vermektedir.²¹ Yaşar ise, her yönüyle idari bir faaliyet olan, kamu kudreti ayrıcalığının bir sonucu olarak ortaya çıkan ve idari yargının alanına giren imar planlamasının idare hukuku alanı içerisinde yer aldığı dolayısıyla imar hukukunun idare hukukunun bir alt dalı olduğunu söylemektedir.²² Kalabalık, imar hukukunun düzenlediği konulara baktığında hukuk dallarının özel hukuk- kamu hukuku biçimindeki klasik ayrımının imar hukuku için geçerli olamayacağını, imar hukukunun her iki alanın özelliklerini taşıması neticesinde karma hukuk alanı içerisinde yer alması gerektiğini düşünmektedir.²³

Kanaatimizce pedagojik önemini korumakla beraber, kamu hukuk-özel hukuk ayrımı hukuk sistemimiz içerisinde giderek belirsizleşmektedir. Bu kabulde, esasen imar hukukunun bunlardan hangisi içerisinde kademelendirileceği tartışması yine salt pedagojik bir tartışma görünümündedir. Ancak imar hukuku düzenleme alanı ve müdahil olduğu ilişkiler bakımından hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanlarına ait sorunları bünyesinde taşımaktadır. Zira imar hukuku sadece idarenin planlama, alternatif belirleme faaliyeti sonucunda birey ile idare arasındaki ilişkileri düzenlemekle kalmayıp aynı zamanda imar planlarının uygulanmasından doğan özel hukuk ilişkilerini de

²¹ Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa, Ekim 2008, s. 50.

²² Yaşar, a. g. e., s. 9.

²³ Kalabalık, a. g. e., 34.

incelemektedir. Bu sebeple imar hukuku bir karma hukuk dalı olma özelliğini taşımaktadır.

III. İDARENİN PLANLAMA FAALİYETİNİN YERİNE GETİRİLMESİNİN BİR ARACI OLARAK İMAR PLANLARININ İDARİ İŞLEM TEORİSİ AÇISINDAN TAHLİLİ

İdarenin planlama faaliyeti içerisinde yer alan imar planlaması faaliyetinin önemli bir bölümü imar planları eliyle yerine getirilmektedir. Yukarıda değinilen, imar hukukunun hukukun hangi alanına ait olduğuna ilişkin tartışmalar bir yana bırakılacak olursa, imar planlarının, idare hukuku ilke ve esasları doğrultusunda tesis edilip edilmediklerinin denetlenmesi problemi kaçınılmaz olarak idare hukukunun bir diğer temel konusu olan idarenin yargısal denetimi ve bu denetimin araçları olan idari davalar ve özellikle iptal davaları eliyle imar planlarının yargısal denetimi konusunu gündeme getirmektedir. Bu nedenle imar planlarının yargısal denetimi meselesini çalışmanın sonraki bölüme bırakarak bu bölümün son başlığı içerisinde imar planlarının bir idari işlem olarak hukuki niteliği üzerinde duracağız. Zira konunun bu yönü İYUK gereği ön incelemede nazara alınması gereken ve çalışmanın ileriki kısımlarında ayrıntılı olarak incelenecek olan görev ve dava açma süresi ile meselelerle de yakından ilgilidir.

Danıştay'ın istikrar kazanmış içtihadında, idari yargılama usulü bakımından yaratacağı *pratik sonuçlar*^{24, 25} nazara alınarak birer *düzenle-*

²⁴ "İmar planlarının düzenleyici işlem olarak nitelendirildiği diğer kararlarda da genellikle sorun düzenleyici işlemlere karşı dava açma süresi, uygulama işlemi ile birlikte dayanağı düzenleyici işlemin dava konusu edilmesi, düzenleyici işlemin ilanı, dava açma menfaati çerçevesinde tartışılmıştır." Tekinsoy, Ayhan, "İmar Planlarının Hukuksal Niteliği, İmar Planı İptalinin Bu Plana Dayanılarak Verilmiş Ruhsatlar Üzerindeki Etkisi", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 66, Sayı: 2, Bahar 2008, s. 51.

²⁵ Danıştay'ın imar planlarını açık ve tereddütsüz biçimde düzenleyici işlem olarak nitelendirmesini, bu nitelemenin yarattığı önemli hukuki sonuçlara dayandıranlardan biri de Yayla'dır ve bu sonuçları "gibi" edatını kullanmak suretiyle sınırlandırmadan sayarak belirtmiştir. "Şüphesiz bu nitelendirmenin planların tabi olacağı hukuki rejimi belirlemek bakımından önemli sonuçları vardır: işlemlerin duyurulmasında, ilan veya bildirim yolunun uygulanması; düzenleyici işlemlerin adliye mahkemelerince de yorumlanabilmesi, kazanılmış hak doğurma sorunu (ancak kişisel kararlar kazanılmış hak doğurabilirler);dava süresinin düzenleyici işlemlerde uygulama üzerine tekrar başlayabil-

yici işlem kabul edilen ve İYUK'da sayılan idari dava türlerinden iptal davasına konu edilebilecek olan imar planlarının hukuki niteliği, konuyla ilgili pek çok eserde tartışılmakta ve doktrinde bu konuda farklı görüş ve gerekçeler de ortaya atılmaktadır. Konuyla ilgili bu kadar farklı görüşün ortaya atılmış olmasının sebebi, idare hukuku sahasında tesis edilen bazı idari işlemlerin türünün ortaya konulabilmesinin her zaman kolaylıkla mümkün olamamasıdır. İdari işlemlerin maddi mahiyetleri yönünden; yani konularına, içeriklerine ve doğurdukları hukuksal sonuçlarına göre ayrımlanmasında, genel, soyut, sürekli, kişilik dışı, bir kez uygulanmakla tükenmeyen kural koyucu nitelik taşıyanların, düzenleyici işlemler olduğu kabul edilmektedir.^{26, 27}

İmar planlarının hukuki mahiyeti hakkında peşin bir kabule varmadan önce, idarenin genel ve düzenleyici işlemleri ile birel işlemleri arasında kesin bir ayırım yapabilmeyen, bir başka deyimle bir işlemi tümüyle düzenleyici veya tümüyle birel olarak nitelendirebilmek oldukça güç olduğu belirtilmelidir. Bu noktada Yayla'nın da belirttiği gibi, idarece tesis edilen işlemler arasında, "*derece derece genelliğe veya birelliğe yaklaşan*" idari işlemler bulunmaktadır.²⁸

Bu belirlemenin ardından, imar planlarının hukuki niteliği hakkında doktrinde yer alan görüşlere de burada kısaca değinmek yerinde olacaktır. Onar, bir taşınmazın kamu malı statüsüne sokulması için alınması gereken kamu yararına tahsis kararının, imar planları neti-

mesi gibi." Bkz. Yayla, a. g. e., s. 108

²⁶ Erkut, Celal, "İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği", Danıştay Matbaası, Ankara 1990, s. 68.

²⁷ Erkut, maddi ölçüte dayalı bu ayırımın bazı sakıncalarını şöyle ifade etmektedir. "*İdari işlemlerin genel, düzenleyici ve birel nitelikleri bunları birbirlerinden ayırmakta ve farklı statülere tabi kılarak bunlara değişik hukuki sonuçlar bağlanmasına yol açmaktadır. Bu bakımdan bir işlemi maddi bakımdan nitelerken her zaman kesin ve tek bir ölçüt uygulamak mümkün olmadığı gibi, doğru da sayılmaz. Nitekim bir işlemin düzenleyici olması mutlaka genellik nitelemesini de içermekte iken her genel işlem mutlaka düzenleyici nitelikte olmamaktadır. Bir diğer nokta da, düzenleyici ve birel işlemler arasında her zaman kesin ve kolay bir ayırım yapılamamasıdır. Gerçekten de bu iki işlem türü arasında biri diğerine göre genelliğe veya birelliğe yaklaşan işlemler bulunmaktadır ki giderek bunları düzenleyici veya birel işlemler olarak ayırmak mümkün olmamaktadır. Bu nedenlerle idari işlemleri özellikle dava süreleri ile idari işlemin kaldırılması ve geri alınması bakımından önem taşıyan maddi ölçüt açısından ele alırken düzenleyici olan ve olmayan işlemler ayırımına göre hareket etmek kanımızca daha yerindedir.*" Bkz. Erkut, a. g. e., s. 68.

²⁸ Yayla, a. g. e., s. 107.

cesinde de ortaya çıkabileceği, imar planlarının kesinleşmelerinin ardından devlet, belediye ve fertler açısından yükümlülükler içereceği hususunu açıklarken imar planlarının hukuki niteliğine ilişkin belirlemelerde bulunmakta ve imar planlarını *kaide-tasarruf* olarak nitelendirmektedir.²⁹ Özay ise, eserinin adsız düzenleyici işlemleri irdelediği bölümünde, imar planları gibi bazı idari işlemlerin, içerikleri açısından karma işlem niteliği taşımakla birlikte genel ve kural yönleri ağır bastığı için düzenleyici işlem olarak nitelendirilmeleri gerektiğini belirtmektedir.³⁰ Yayla, imar planlarının maddi ölçüte göre birer düzenleyici işlem sayılmasını tatmin edici bulmadığını, imar planlarının uygulama işlemlerinin tesisine gerek olmaksızın doğrudan kapsadıkları toprak parçasının statüsünde yarattıkları değişiklikler nedeniyle koşul işlemlere ilişkin özellikleri de ihtiva ettikleri gerekçesiyle ve az evvel andığımız, Onar'ın imar planının kamu yararına tahsis kararı yerine geçmesi örneğine atıfta bulunmak suretiyle belirtmektedir.³¹ Konuyu yakın tarihli bir çalışmasında ayrıntılı olarak irdeleyen Tekinsoy, imar planlarının bazı yönlerden düzenleyici işlem niteliği taşımadığını belirtirken ilk olarak, imar planlarının küçük veya büyük ancak mutlaka somut bir arazi parçasına ve bunun kullanımına ilişkin bir idari işlem olduğunu, bu nedenle idari işlemlerin maddi ayırımında düzenleyici işlemlere atfedilen soyutluk karakterini taşımadığını tespit etmekte ve hatta imar plan değişikliklerinin neredeyse birel işlem niteliği taşıyacak kadar somut ve sınırlı bir arazi parçasına ilişkin olduğunu savunmaktadır. Yazar, ikinci olarak, imar planlarının biçimsel olarak da diğer düzenleyici işlemlerden farklılığını vurgulamakta ve esasen bu biçimsel farklılığın da imar planının soyut değil somut bir arazi parçasına ilişkin niteliğini ortaya koyduğunu savunmaktadır.³²

Tüm bu önemli tartışmaları ortaya koyduktan sonra, imar planlarının bir idari işlem olarak hukuki niteliklerinin bir çırpıda düzenleyici işlem olarak tayininin kolay olmadığı şüphesiz ortaya çıkmış durumdadır. Ancak bu bölümün başında vurgulanan pratik sonuçlar üze-

²⁹ Onar, Sıdık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Üçüncü Bası, II. Cilt, s. 1346.

³⁰ Özay, İl Han, "Günüşünde Yönetim", İstanbul 2004, s. 429.

³¹ Yayla, a. g. e., s. 107.

³² Tekinsoy, a. g. m., s. 48-49.

rinden haklı kılınmaya çalışılarak, yargı kararlarında imar planlarının düzenleyici işlemlerden sayılmakta oldukları gerçeği de ortadadır.

İKİNCİ BÖLÜM

İMAR KANUNU'NDA DÜZENLENEN İMAR PLANLARININ YARGISAL DENETİMİ

I. GENEL OLARAK

Bilindiği üzere, 1982 Anayasası, “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” düzenlemesini içermektedir (m. 125/1). İYUK m. 2 ise idarenin işlem ve eylemlerinin denetleneceği idari davaları; “iptal davaları”, “tam yargı davaları” ve “idari sözleşmelerden doğan uyumsuzluklar” olmak üzere üç kategori içerisine toplamıştır.³³ İmar planlarını, ilk bölümün üçüncü başlığı altında yapılan tartışma sonucunda birer düzenleyici idari işlem olarak kabul edince, imar planlarının yargısal denetiminin de kural olarak İYUK m. 2’de sayılanlardan *iptal davaları* eliyle yapılacağı sonucuna varılır. Zira bilindiği üzere iptal davaları idarenin düzenleyici yahut bireysel işlemlerinin objektif hukuka uygunluğunun denetlendiği davalardır. İptal davasında davacı olabilmek için iptali talep edilen işlem ile davacının bir menfaatinin ihlal ediliyor olması şartı aranmaktadır (İYUK m. 2/1,(a)). Davacısının dava konusu işlem nedeniyle menfaatinin ihlal edilmesi özel şartına bağlanmış olması, iptal davasına objektif bir nitelik kazandırmakta ve işbu davaların nihai amacı olan idarenin hukuka uygun hareket etmesinde var olan kamu yararını temine yönelmektedir. Bu bağlamda idarenin hukuka uygun hareket etmesinin sağlanmasında

³³ İYUK’da belirlenenler dışında da tespit ve yorum davalarının idari yargı yerlerince dinlenmesi gerektiğini düşünen Erkut, Anayasa’nın 155. maddesinde Danıştay’a idari uyumsuzlukları çözümlmek yetkisi verildiğini, İYUK m. 2’de yer alan üç tip davanın ise esasen anayasa koyucunun iradesini daralttığı, bunların olsa olsa dava formatı olarak belirlenmiş olabileceklerini ve bu bağlamda idari yargıda bu formatlardan birine sokulmuş olsa dahi, idari uyumsuzluk teşkil eden bir idari işlemin yokluğunun yahut bir düzenleyici işlemin kapsamının tespitine ilişkin davaların açılacağı görüşünü savunmaktadır. Bu konuda Bkz. Erkut, Celal, “İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı”, *Danıştay 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu*, Danıştay Yayınları, s. 21, Ankara 2003.

davacının yanında tüm vatandaşların ve kamunun da çıkarı bulun-
maktadır.³⁴ Şu halde Azrak'ın isabetle tespit ettiği gibi iptal davasın-
da davacı bir bakıma kamunun sözcüsü olarak hareket etmektedir.³⁵
Hatta iptal davaları eliyle idarenin yargısal denetimini gerçekleştiren
idare mahkemeleri de idari düzenlemelerin objektif hukuka uygun-
luklarını denetlemek suretiyle bir yönüyle düzenleme faaliyetine de
girişmektedir. Öte yandan bu davalarda idare mahkemesi davacının
sadece istem sonucu ile bağlı olup, davacının iddia ettiği hukuka aykırı-
lıklar yanında yapacağı resen araştırma sonucunda işlemin hukuka
uygun olup olmadığını tespitle de mükellef olduğundan, iptal dava-
sında idari işlemin hukuka uygun olup olmadığını tespiti çalışan yar-
gıç ile adli yargıda maddi gerçekliği araştıran ceza yargıcının işlevleri
benzeşmektedir. Bu nedenle iptal davaları uyuşmazlığa uygulanacak
usul nedeniyle de yoğun biçimde kamu yararına yönelik davalar ol-
dukları da ortadadır.³⁶

Şu halde imar planlarının iptal davaları eliyle yargısal denetimi,
en az iptal davasına konu edilebilecek diğer idari işlemler kadar yo-
ğun biçimde kamu yararı içermektedir. Dahası, iptal davaları eliyle
imar planlarının hukuka uygunluğunun denetlenmesi, hukukilik de-
netiminin yoğun biçimde yerindelik denetimine kayabilme tehlikesini
içermesi nedeniyle idari yargının meşruiyetine kadar uzanan sorun
alanlarına da temas etmektedir.

İmar yahut şehir planlama faaliyetinin kamu hizmeti olduğu gö-
rüşü bu kamu hizmetinin kötü işlemesi, gereği gibi işlememesi yahut
hiç işlememesi nedeniyle oluşacak tazminat taleplerini de gündeme
taşımaktadır. Mesela Yayla, idari bir faaliyet olarak şehir planlama-
cılığını, *“şehirselleşmelerin, mevcut ve gelecekteki tabii kültürel, iktisa-
di ve sosyal şartlarla bir düzen içinde bağdaştırılması için gerekli işlem ve
eylemlerle örgütlenme çabalarının tümü”* biçiminde tanımlanmaktadır.³⁷

³⁴ Günday, Metin, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargı-
da Uygulanma Alanı”, *Danıştay 2001 Yılı İdari Yargı Sempozyumu*, Danıştay Yayın-
ları, s. 79, Ankara 2003.

³⁵ Azrak, Ali Ülkü, “İptal Davalarının Objektif Niteliği”, Hukuk Kurultayı, Ankara,
12/16 Ocak 2000, s. 334.

³⁶ Zabunoğlu, Yahya, “İdari Yargı Hukuku Dersleri”, Teksir, 1980-1981, s. 190.

³⁷ Yayla, a. g. e., s. 9.

Yazar, imar planları ve bu planlara dayalı tesis edilen işlem ve eylemler eliyle somutlaşan şehir planlaması faaliyetini ise günümüzde koluk faaliyetini de aşan ve genel bir ihtiyacın karşılanmasına özgülenmiş kamu hizmeti haline gelmiş kabul etmektedir.³⁸ Bu kabulün idari yargı uygulamasında somutlaşan uygulamaları da gündeme gelmeye başlamıştır. Özellikle ülkemizin bulunduğu coğrafyanın jeolojik özellikleri nedeniyle sıklıkla yüzleşmekte olduğumuz depremler sonrası, şehir planlamacılığı kamu hizmetinin, ilgili belediye ve Bakanlığın eylem yahut eylemsizliği nedeniyle, geç yahut kötü işlemesi veya hiç işlememesi halinde oluşan zararların tazmini istemiyle İYUK m. 13 delaletiyle doğrudan doğruya tam yargı davalarının açıldığına şahit olunmaktadır.³⁹ Bu davalarda da gerek imar planlarının gerekse bu planlara dayalı tesis olunan birel işlemlerin tesisinde bölgenin jeolojik koşullarının nazara alınıp alınmadığının, söz konusu izinlerin verilmesinden sonra ilgili idarenin üzerine düşen denetim faaliyetlerinin yerine getirilip getirilmediğinin irdelenmekte olduğu görülmektedir. Şu durumda her ne kadar anılan davalar eliyle imar planlarının doğrudan dava edilmeleri ve iptallerinin sağlanması söz konusu değilse de, imar planlarını tesisi süreci içerisinde ve imar planında somutlaşan iradenin ortaya konabilmesi için önem taşıyan hazırlık işlemlerinin sorgulanması ve buradaki eksikliğe idari hizmet kusurunun atfedilmesi suretiyle idarenin sorumluluğuna gidilebilmektedir. İlgili idarelerin bu davalar sonunda verilen kararları icra etmek dışında böylesi sonuçların doğmasının müsebbibi imar planlarını ya yeni baştan yapmak yahut bunlar üzerinde değişikliklere gitmek biçiminde bir hareket tarzı benimsemeleri bir hukuk devletinde karşılaşılabilecek beklenen bir hareket tarzı olmalıdır. Şu halde, idarelerin olması gereken hareket tarzını benimsemeleri durumunda tam yargı davalarının da, iptal davaları kadar etkili, doğrudan ve karakteristik olmasa bile, idarenin imar uygulamaları ve bu uygulamaların dayanağı imar planları-

³⁸ A. g. e., s. 211 vd.

³⁹ Bu kararlarda idarenin imar mevzuatına aykırı hareketsizliğinden doğan zararların tazmini için açılan davalar genel olarak İYUK m. 13 gereği idari eylemden doğan tam yargı davaları olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Danıştay 6. D. E: 1981/2740, K: 1984/1712, T: 6.4.1984; Danıştay 6. D. E:2004/1477, K:2004/2115, T:12.4.2004; Danıştay 6. D. E: 2004/4923, K:2005/6609, T:26.12.2005; Danıştay 6. D. E:2006/931, K:2006/6661,T:30.12.2006

nın yargısal denetimini sağlayan yargısal denetim yolu olarak kabulü mümkün görünmektedir.

Bu çalışmanın önemli kısmı doğrudan imar planlarının yargısal denetimi meselesine özgülendiğinden, bu bölümde imar planlarının iptal davaları eliyle yargısal denetimi sistemini öncelikle İYUK m. 14'de yer alan ilk inceleme yahut ön koşullar yönünden değerlendirmeyi ve müteakiben davanın esastan kabul şartları yahut bir başka deyimle iptali istenen işlemin hukuka uygunluğunun unsurları yönünden denetimini ise İYUK m. 2/1,(a)'da belirtilen sistematik içerisinde tamamlamaya gayret edeceğiz. Çalışmamızın son bölümde ise imar planlarının yargı merciince iptallerinin gerek bu işlemlere dayalı tesis edilen alt derecedeki düzenleyici işlemlere gerekse yine bunlara dayalı tesis edilen birel işlemlere etkisi yönünden, idare hukukunun genel prensipleri bağlamında incelemeye gayret edeceğiz.

II. İMAR KANUNU'NDA DÜZENLENEN İMAR PLANLARININ İPTALİ İÇİN AÇILAN DAVALARIN ÖN KOŞULLARI YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

A. Yetki / Görev Yönünden İnceleme

Anayasa'nın 142. maddesi "*mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri kanunla düzenlenir.*" belirlemesini içermektedir. Anayasa'da cumhuriyetin nitelikleri arasında vurgulanan hukuk devleti ilkesinin bir başka yönü de 36 ve 37. maddelerde düzenlenen "*hak arama hürriyeti*" ve "*tabii hâkim güvencesi*" ile oluşturulmaktadır. Böylelikle herkes, meşru vasıta ve yollardan, yasa ile yetkili ve görevli kılınmış yargı mercileri önünde davalı ve davacı olabilecektir. Şu durumda ilgilinin yasa ile görevli kılınmış yargı merciine başvurması gerekliliği, hem hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesi hem de tabii hâkim ilkesinin güvencesi olarak önemli bir işlev görmektedir. Bu nedenle genelde idari yargılama usulü hukuku, özelde imar planlarının yargısal denetimi açısından da yetki ve görev sorununa, İYUK'nın sistematığında olduğu gibi öncelikle değinmek gerekir.

1. Görev

İmar planlarının iptali için açılan davalar, imar planları birer idari işlem olarak kabul edildikleri için kuşkusuz idari yargının görev alanı içerisinde. Ancak, imar planları yukarıda yapılan ayrıntılı tartışmalar sonrasında düzenleyici idari işlemlerden kabul edildikleri için, bunun pratik sonuçlarından birisi de görevli yargı yerinin tayini meselesinde ortaya çıkmaktadır.

Bilindiği gibi, 2576 sayılı Bölge İdare, İdare ve Vergi Mahkemele-ri Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un ("*BİİVMKGHK*") "*İdare Mahkemelerinin Görevleri*" başlıklı 5. maddesi ile "*ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda çözümlenecek olanlar dışındaki*" iptal davalarını görmek idare mahkemelerinin görev alanı içerisinde. Bu maddenin atıfta bulunduğu 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24/1(c) maddesinde "*bakanlıkların düzenleyici işlemleri*" karşı açılacak iptal davalarının Danıştay'ca ilk derece mahkemesi olarak inceleneceğini belirlemiştir. Şu halde, birer düzenleyici işlem olarak kabul edildiklerine göre, bakanlıklarca tekemmül ettirilmeleri halinde imar planlarının iptaline ilişkin davalar Danıştay'da açılacaktır. Bir başka deyimle, Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde yer alan bu düzenleme, mahiyeti gereği konunun imar planı yapma yetkisine ilişkin ayağı ile ilişkilidir ve bakanlıklarca yapılacak imar planlarının iptali istemli davalar Danıştay'da görülecektir.^{40, 41}

Nitekim Danıştay 6. Dairesi esasen İYUK m. 3 ve 5. maddelere uygunluk yönünden tartışıp, dilekçenin reddine hükmettiği bir kararında, ilgili belediyesince yapılan Nazım ve Uygulama İmar Planları ile birlikte dava edilen Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nca onaylanan çevre

⁴⁰ Söz gelimi 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca Turizm Bakanlığı'na verilen planlama yetkisinin kullanımı kapsamında yapılan imar planlarının iptali ile ilgili davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da açılacaktır.

⁴¹ 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun 4. maddesi gereği Organize Sanayi Bölgesi sınırları içerisinde yapılacak imar ve parselasyon planları ve değişiklikleri ise, OSB tarafından hazırlanır ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın onayına sunulur ve İl İdare Kurulu kararı ile yürürlüğe girer. Bu planların iptali istemiyle açılacak davalar ise ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da değil yetkili idare mahkemesinde görülecektir. Bu konuda bkz: Danıştay 6. Dairesi E:2007/279, K:2007/550, T:6.02.2007 ve Danıştay 6. Dairesi E:2005/3166, K:2005/3702, T:20.06.2005 sayılı kararlar.

düzeni planı hakkında açılan davadaki gerekçeli kararında “2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesine göre Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca onanan 1/25.000 ölçekli çevre düzeni planının iptali istemiyle açılan davaların ilk derece mahkemesi olarak görülme ve çözümlenme yeri Danıştay’dır.” ifadesini kullanmıştır.⁴² Bunun gibi, bir büyükşehir belediyesinin imar plan değişikliği hakkındaki meclis kararının iptali istemiyle ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay’da açılan davanın da görev yönünden reddine karar verilmiştir.⁴³

Şu halde, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ile Çevre ve Orman Bakanlığı arasında yetki yönünden tartışmalara konu olan çevre düzeni planları, sonuç itibarıyla bakanlıkların düzenleyici işlemlerinden olduğu gerekçesi ile iptalleri istemiyle açılacak davaların da ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay’da görülmesi gerekecektir. Yine İmar Kanunu’nun 9. maddesinde Bayındırlık ve İskan Bakanlığı’na tanınan yetkinin kullanılması suretiyle yapılacak imar planlarının da ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da dava edilmesi gerekmektedir.

2. Yetki

Kamu hukukunda, devlet organlarından sadır olan her işlemin mutlaka onu tesis etmeye yetkili makamlarca oluşturulması genel esastır. Devletin yargı organından kaynaklanacak, bir uyuşmazlığı tüm yönleriyle ortadan kaldıracak kesin hüküm niteliğindeki yargı kararları da bu genel esasa uyarlı olarak bu yargısal işlemi tesis etmeye yer ve konu yönünden yetkili yargı merciince verilebilecektir. Bu nedenle bir idari işlemi tesis eden idare yönünden araştırıldığı gibi, mahkemelerce kullanılacak yargılama yetkisi ve yargılama faaliyeti için de yer ve konu yönünden yetki kavramı geçerlidir.⁴⁴ Uyuşmazlığı çözmekle görevli yargı mercilerinden hangisince uyuşmazlığın karara bağlanacağı meselesi yer yönünden yetkiye dair bir meseledir.⁴⁵ Bilindiği gibi, idari yargılama usulünde idare mahkemesi, hukuk yargılamasındaki adliye mahkemesinin aksine, taraflarca ileri sürülmesine

⁴² Danıştay 6. Dairesi E:2004/1746, K:2004/3555, T:07.06.2004.

⁴³ Danıştay 6. Dairesi E:2005/6168, K:2005/5349, T:11.11.2005.

⁴⁴ Özyörük, Mukbil, *İdare Hukuku Dersleri*, 1972-1973, çoğaltma, s. 178.

⁴⁵ Gözübüyük, Şeref, *a. g. e.*, s. 349.

gerek olmaksızın uyuşmazlığın çözümü konusunda yetkili olup olmadığını yargılamanın her safhasında resen inceleyebilecektir.⁴⁶ Yine, İYUK m. 32/2’de, yetki konusunun “*kamu düzeninden*” olduğu açık biçimde vurgulanmıştır. Öte yandan İYUK m. 14/6’da da “*yetki*” nin de aralarında bulunduğu diğer ilk inceleme konularına ilişkin hususların davanın her aşamasında nazara alınacağını belirlemiştir. Şu halde, İYUK m. 32/2’de yetki meselesinin bu özelliğinin ikinci kez vurgulanmış olması idari yargının bu konuda adli yargıdan ayrılan yönünü açıkça ortaya koymaktadır. Böylece, davalı idare davanın yetkisiz idare mahkemesinde açıldığı yönünde bir savunma getirmese bile mahkeme yetki konusunu resen nazara alacaktır. Bunun gibi, davalı idarenin yetki itirazında bulunmamış olması medeni usul hukukundakinin aksine yargılama sırasında taraflar arasında zımni bir yetki sözleşmesi kurulmasına da imkân vermeyecektir.

İYUK m. 34’de inceleme konumuzu oluşturan “*imar, kamulaştırma, yıkım, işgal, tahsis, ruhsat ve iskân gibi taşınmaz mallarla ilgili mevzuatın uygulanmasında veya bunlara bağlı her türlü haklara ve kamu mallarına ilişkin davalarda*” yetkili mahkemeyi “*taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi*” olarak belirlemiştir. Şu halde, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da görülecek olanlar dışında kalan, yani bakanlıklarca yapılmış olmayan imar planları hakkında açılacak iptal davaları, imar planlamasına konu kılınan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görülecektir.

B. İdari Mercii Tecavüzü

Bilindiği üzere, iptal davası açmadan evvel o işlemin bir idari başvuruya konu edilmesi zorunluluğunun kanunla getirilmiş olduğu hallerde söz konusu başvuruyu yapmadan doğrudan iptal davası açılması halinde idare mahkemeleri açılan bu davada dilekçenin görevli idare merciiine tevdiine karar verecektir. (İYUK m. 15/1-e) Bu halde, yasanın açık hükmü gereği, yargı merciiine başvuru tarihi idari mercie başvurma tarihi olarak kabul edilecektir. (İYUK m. 15/2)

⁴⁶ Gözübüyük, Şeref, “İdari Yargı”, Turhan Kitabevi, 2005, s. 353-354.

Şu halde, idari mercii tecavüzü müessesesinin işletilebilmesi, öncelikle yasa ile tanımlanmış bir başvuru yolunun olması ön koşuluna bağlı görünmektedir. 3194 sayılı İmar Kanunu'na bakıldığında konuyla ilgili olabilecek bir hüküm göze çarpmaktadır. İmar Kanunu'nun "planların hazırlanması ve yürürlüğe konulması" başlıklı 8. maddesinde, imar planlarının belediye meclislerince onaylanarak yürürlüğe girecekleri, bu planların bir ay süreyle ilan edilecekleri ve bu süre içerisinde planlara itiraz edilebileceği düzenlenmektedir. Bu düzenleme, yasa ile getirilmiş bu başvuru usulünün İYUK'un 11. maddesi hükmüyle ilişkisi meselesi akla gelmektedir ve bu mesele ileride dava açma süresi bakımından incelenecektir. Ancak bu başlıkla incelenen idari mercii tecavüzü yönünden ise, bu başvurunun zorunlu mu ihtiyari mi bir başvuru olduğu bağlamında işletilip işletilmemesinin İYUK m. 15/1-c hükmü bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce söz konusu başvuru yolu, yasanın lafzına göre, işletilip işletilmemesi olanağının tamamen ilgilinin ihtiyarına bırakılmış olması nedeniyle ihtiyari bir başvuru yolu olarak düzenlenmiş görünmektedir. Böylece düzenleme ile ilgisi açısından planın iptali için dava açabilmek yönünden evvela plana itiraz zorunluluğu yasa ile getirilmediğinden, imar planlarının iptali istemli davalarda, 3194 sayılı Kanun'un 8.maddesinde düzenlenen yola başvurulmadığı gerekçesi ile dava dilekçesinin idari merci tecavüzü nedeniyle görevli idare merciine tevdi karar verilememelidir.⁴⁷

⁴⁷ Öte yandan, İYUK m. 13 hükmü gereği bir idari eylemden doğan tam yargı davaları yönünden yasa koyucunun davacının süresi içerisinde davalı idareye başvurarak zararlarının tazminini istemesi zorunluluğunu getirdiğini ve bu başvuru tarihinin dava açma süresini belirlemek yönünden esas alındığını söyleyebiliriz. Şu halde, başlangıçta değindiğimiz, şehircilik kamu hizmetinin, gerek imar planlarının yapılıp yürürlüğe konulması gerekse imar planına dayalı işlem tesisi ve eylemlerin gerçekleştirilmesi şeklinde işletilişi yahut hiç işletilemeyişindeki kusur nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmini istemiyle açılacak tam yargı davalarından evvel süresi içerisinde "ön karar" temin edebilmek için başvurmak zorundadır. Bu şart gerçekleştirilmeden dava açılması halinde mahkeme dava dilekçesinin yurtdışı açıklanan usul dairesinde yetkili idari merciine tevdi kararı verecektir.

C. Ehliyet (Yetenek)

1. Genel olarak

Genel anlamda ehliyet veya bir başka ifade ile yetenek şartı, iptal davasının taraflarına ilişkin ön koşullardan biridir. İdari davalara ilişkin özel usul kodu niteliğindeki İYUK'un 31. maddesi ile medeni yargılama usulünü düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda ("HUMK") düzenlenmiş olan bir kısım müesseseleri, atıf suretiyle kendi yargılama usulüne dâhil etmiştir. Anılan maddede atıf yapılanlardan biri de "ehliyet"e ilişkin düzenlemelerdir. Böylelikle idari ve adli yargı düzeni içerisinde ehliyet konusu benzer hükümlere tabi kılınmıştır.⁴⁸

Genel anlamda ehliyet veya yetenek kavramı doktrinde "genel yetenek" ve "özel yetenek" biçiminde iki başlık altında incelenmektedir.⁴⁹ Bir başka deyimle, usul hukukunda davacı açısından iki türlü yetenek söz konusudur. Bunlar "davada taraf olma yeteneği" ve "dava açabilme yeteneği" olarak ifade edilmektedir.⁵⁰ Davada taraf olma ehliyeti, Medeni Kanun'da (m. 8) düzenlenen hak ehliyetinin bir yansımasıdır. Gerçek kişi, tam ve sağ doğmak üzere ana rahmine düştüğü andan ölüm anına değin hak ehliyetine ve dolayısıyla davada taraf olma ehliyetine sahip olacaktır. Tüzel kişilerden, özel hukuk tüzel kişileri (dernek, vakıf, şirket gibi) hukukun tüzel kişiliğın kazanılmasını bağlamış olduğu usuli işlemleri ikmal etmelerinin ardından hak ehliyetini ve dolayısıyla davada taraf olma ehliyetini kazanacaklar ve tüzel kişiliğın kaybına kadar hak ehliyetine de sahip olacaklardır. Kamu hukuku tüzel kişiliğın ise, Anayasa'nın 123/3. maddesi gereğın kanunla yahut kanunun açıkça vermiş olduğu yetkiye dayalı olarak tesis edilecek idari işleme ku-

⁴⁸ Bu konuda Kunter'in değindiğı tek bir muhakeme kanununa ilişkin görüş, konumuzla ilgili bulunmamakla birlikte dikkat çekicidir. Kunter konuya ilişkin görüşlerini şöyle ifade etmektedir: "Her ne kadar, davaların niteliğı ve uyuşmazlıkların türlerine göre farklı yargılama usulü kural ve müesseseleri kabul edilmiş ise de, kimi yazarlara göre, bir ülkede birden fazla hukuk sistemi olamayacağı için tek bir yargılama hukuku mevcut olmalı ve tüm yargılama usullerinde mevcut bulunan süre, eski hale getirme, karar, iddia, ihbar gibi kurumlar tek bir muhakeme kanunu altında toplanmalıdır." Kunter, Nurullah, *Bir Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta, Yenilenmiş ve Geliştirilmiş Dokuzuncu Bası, s. 21.

⁴⁹ Zabunoğlu, *Yargı*, s. 165 vd.

⁵⁰ Gözübüyük, *a. g. e.*, s. 360.

rulacağından, kamu tüzel kişiliğini yetki ve usulde paralellik ilkesi gereği aynı yoldan kaybedene değin hak ehliyetine ve dolayısıyla davada taraf olma ehliyetine sahip olacaktadırlar. Şu halde kural olarak ancak hukuk düzenince tanınan kişiler taraf ehliyetine sahip olabileceklerdir. Davada taraf olabilme ehliyetine sahip gerçek kişi ergin ise kendi başına dava açabilecek, ergin değilse yasal temsilcisi aracılığıyla davacı olabilecektir. Tüzel kişiler ise kendi statü, tüzük veya ana sözleşmelerinde belirtilen organları eliyle bu hakkı kullanabileceklerdir. Şu halde iptal davalarında “genel yetenek/ehliyet” kavramı ile ifade edilmek istenen husus, kanunun da atıfta bulunduğu genel hükümlerle, yani HUMK ’un ehliyetle ilişkin düzenlemeleriyle, örtüşmektedir. Genel ehliyetle ilişkin bu koşulların sağlanması halinde davacı olunabilecek, bu koşullar sağlanmıyorsa ise dava ehliyet yönünden reddedilecektir.

Ancak, iptal davasının davacısına sadece yukarıda sayılan koşulları sağlaması yetmeyecek, ayrıca davacının iptal davasına konu etmek istediği işlem nedeniyle “menfaat ihlali” ne uğraması da gerekecektir. Ancak ne çeşit bir menfaat ihlalinin davacıya işlemin iptalini idare mahkemesinden talep edebilmek yetkisini vereceği sorusuna, kesin bir ölçüt geliştirerek cevap verebilmek zordur. Bir defa bizzat “menfaat” kelimesinin anlamı üzerinde fikir birlikteliği sağlayabilmek olanaksızdır. Bir görüşe göre, menfaat ihlali şartının gerçekleşebilmesi için kişinin iptalini istediği kararın etkilediği çevreye girmesi gerekmektedir.⁵¹ Onar’a göre ise her menfaat hak kuvvet ve mahiyetinde olmadığından, bundan maksat kararın subjektif bir hakkı ihlal etmesi değildir. Menfaatten maksat, dava edilen işlemle ciddi ve makul bir alakadan ibarettir.⁵² Sarıca ise, iptal davası açabilmek için davacı açısından dava konusu işlemle menfaatinin ihlal edilmesinin şart olduğu gibi, “hukuken himaye edilen menfaat” olarak tanımladığı hak ihlalinin de iptal davası açabilmek için evleviyetle yeterli olacağını belirtmektedir.⁵³ Zira bu halde menfaat ihlalinin de ağır biçimde bir subjektif hakkın ihlali gerçekleştirilmektedir.

⁵¹ İkinçioğulları, Firuzan, *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler-I*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 21, Güneş Matbaası, Ankara 1976, s. 150.

⁵² Onar, *a. g. e.*, s. 1780.

⁵³ Sarıca, Ragıp, *İdari Kaza*, 1942, s. 59

Menfaat kavramını açıklamaya çalıştıktan sonra özellikle yargı kararlarında ne gibi menfaat ihlallerinin davacıya iptal davası açabilme imkânı verdiğine geçebiliriz. Bir işlemin davacıyı etkilemesi için davacının kişisel menfaatini ihlal etmesi gerekir. Ancak bir menfaatin kişisel sayılabilmesi kararın doğrudan onun hakkında tesis edilmesini gerektirmez. Menfaatin hukuken ileri sürülebilir olması, hukuki bir durumdan ortaya çıkmış olması gerekir. Anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik, mukavele, idari işlem, örf ve adet gibi kaynaklardan birine dayanan menfaat meşru kabul edilebilir.⁵⁴

Tam yargı davalarında ise, davacı olabilmek için sadece objektif ehliyet şartını sağlamak yetmemekte bundan başka ve menfaat ihlali-ne benzer ve fakat ondan farklı sübjektif bir şart daha aranmaktadır. Bu ise İYUK m. 2’de belirtilen “*hakkın muhtel olması*” şartıdır.⁵⁵

2. İmar Planlarının İptali Davasında Ehliyet

İmar planlarının yargısal denetimi bağlamında açılan iptal davalarında ehliyet koşulunun, yani genel yetenek ve menfaatin, Danıştay kararlarında nasıl algılandıklarını inceleyebilmek faydalı olacaktır.

⁵⁴ Vergi yükümlüsü olan bireylerin bu yüklerinin artmasına ilişkin veya toplanan vergilerin sarf yerleri ile ilgili idari işlemlerden dolayı yararlarının zedelenebileceği ve buna göre bu tür işlemlerin iptalini isteyebilecekleri kabul edilmelidir. Sarıca bu konuda Fransız Danıştay’ının olumlu düşündüğünü belirtmektedir. Vergi yükümlülüğü çoğu kez bir belde halkından olma ile birlikte davacının dava konusu işlemi dava etmeye “*ehil*” olup olmadığını belirleyebilmek açısından karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Danıştay 11. Daire yakın tarihli bir kararında, 22.07.2007 tarihinde yapılacak milletvekili seçimiyle yenilenecek milletvekillerinin üç aylık dönem için peşin olarak ödenek ve yolluk ödenmesine ilişkin iptalini isteyen vergi mükellefi bir avukatın açmış olduğu davada, davacının vergi mükellefi olmasının sübjektif ehliyet koşulunun sağlanması yönünden yeterli olduğuna karar vermiş, davayı ehliyetten reddeden bidayet mahkemesi kararını bozmuştur.

⁵⁵ İdare kamu hizmetlerini ifa ederken genellikle aldığı icrai kararları icra eder ve bazı eylemleri gerçekleştirir. Bu işlem ve eylemler sırasında muhataplarının hakları ihlal edilip bu kimseler bir takım zararlara uğratılabilirler. İşte tam yargı davasının temeli ve davacı olabilme koşulunu da “*ihlal edilen hak*” teşkil eder. İptal davasında menfaat ihlali koşulu iptal isteminin esas unsurları yani işlemin ögele-rindeki sakatlık bakımından bir etkiye sahip değilse de hakkın muhtel olması tam yargı davasının esastan kabulü için önemli bir unsurdur. Davacı tazminini istediği hakkın hamili olduğunu, uğradığı zararın hakkının ihlalinden doğduğunu ispat etmelidir.

Danıştay genel yeteneğe ilişkin bir kararında, davayı açtığı tarihten daha sonra sona eren köy tüzel kişiliği adına köy muhtarınca açılmış olan bir iptal davasında, dava süreci içerisinde meydana gelen bir yasa değişikliği ile köy tüzel kişiliğinin kaybedildiği gerekçesi ile davanın ehliyet yönünden reddine karar veren bidayet mahkemesi kararını bozarken köy tüzel kişiliğini temsilen imar planının iptalini talep eden muhtarın gerçek kişi olarak mahalle sakini olması sıfatıyla dava açma ehliyetini yitirmediği gerekçesine dayanmıştır.⁵⁶ Dikkat edilecek olursa, anılan kararda, genel yeteneğe dair bir husus olan hak ehliyeti kavramı ile özel yeteneğe yani menfaate ilişkin koşulların dava süresince bir arada sağlanmasının gözetilmesi değil de, bir arada taşınması gereken bu iki şarttan birinin diğerine ikame edilmesine imkân verecek bir yoruma gidilmiştir ki buna katılabilmek olanaklı değildir. Zira genel yetenek özel yeteneğin ön koşulu olarak iptal davasında davacı tarafından öncelikle sağlanmalıdır. Bu şartın varlığına ek olarak davanın dava konusu işlemle nedeniyle menfaat ihlaline uğraması koşulu da sağlamalıdır. Söz konusu kararda davacı köy tüzel kişiliğinin hak ehliyeti ortadan kalkmışken, köy tüzel kişiliğini temsil eden muhtarın mahalle sakini olarak davacı olmadığı halde menfaat ihlali koşulunu sağladığı gerekçesiyle, bidayet mahkemesinin davanın ehliyetten reddine ilişkin kararının bozulmasına dair Daire kararı eleştiriye açıktır.

Eski tarihli olsa da çalışmalarımız sırasında rastlamış olduğumuz, Danıştay'ın, bidayet mahkemesince verilen ehliyet yokluğundan ret kararını bozduğu bir başka örneğe burada değinmek gerekecektir. Olayda imar planına karşı TMMOB'un bir şubesince açılan davayı ehliyetten reddeden bidayet mahkemesi kararını bozan Daire, gerekçe olarak "*TMMOB'un kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olduğunu ve bunun doğal bir sonucu olarak kamu yararını koruma görev ve yükümlülüğünde olduğunu*" belirterek planlama faaliyeti ile menfaat ilişkisini kurmuş ve işlemin TMMOB Şube Başkanlığı'nca dava edilebileceğine hükmetmiştir.⁵⁷ Ancak doğrudan TMMOB tarafından yahut aynı zamanda hemşeri sıfatını taşıyan TMMOB Şube Başkanı tarafından kendi adına değil, tüzel kişiliği bulunmayan TMMOB şubesince açılan davada ehliyet konusunun menfaatten önce genel yetenek yönünden

⁵⁶ D. 6. D. E:2005/320, K:2005/3583, T:15.06.2005

⁵⁷ D. 6. D. E:1989/2264, K:1991/1101, T:13.05.1991.

incelenmesi gerekecektir ki bu durumda davanın ehliyetten reddi gerekecektir. Bu noktanın nasıl aşılmış olduğu anlaşılammakla birlikte, TMMOB' un dava konusu işlemi dava edebilmek yönünden menfaat sahibi de olmadığına ilişkin karşı oyu da not etmek gerekir. Zira karşı oy gerekçesinde, somut olayda açılan davanın, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının Anayasa'nın 135.maddesinde gösterilen faaliyet alanı içerisinde tanımlanmadığı için davacının özel yeteneğe de sahip bulunmadığı vurgulanmıştır.

Danıştay 6. Dairesi konuya ilişkin müstekar içtihatlarında, *"kamu yararına ilişkin genel düzenleyici işlemler"* olarak nitelediği imar planlarına ilişkin açılan iptal davalarında, sübjektif ehliyet koşulunu *"doğrudan doğruya hukuk devletinin yapılandırılması ve sürdürülmesine ilişkin bir sorun"* olarak nitelemekte ve bu koşulun *"idari işlemlerin hukuka uygunluğunun iptal davası yoluyla denetlenmesini engellemeyecek bir biçimde anlaşılması gerektiğini"* vurgulamaktadır.⁵⁸ Daire atıfta bulunulan kararında imar plan değişikliği işlemine karşı dava açan uyuşmazlık konusu taşınmazın yakınındaki taşınmazın maliki olan davacının işlemin iptalini isteyebilmek açısından sübjektif ehliyetten yoksun olduğuna ilişkin bidayet mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir.

Öte yandan Daire yakın tarihli ilginç bir kararında, imar planının yapımcısı ve müellifi olan kişilerin imar planı değişikliğini dava etmek yönünden menfaat sahibi olduklarını 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na dayanarak belirlemiştir. Buna göre daire, müellifin yapmış olduğu planı kanun kapsamında eser, müellifi eser sahibi olarak görmüş, Kanun'un 16.maddesi uyarınca eser sahibinin izni olmadıkça eseri üzerinde değişiklik yapılamayacağı hükmü ve İmar Planı Yapılması ve Değişikliklerine Ait Esaslara Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmeliğin 27/1. fıkrasında yer alan *"plan müellifinin gerekçeli uygun görüşünün alınması şarttır"* hükmü gerekçe kılınarak, plan değişikliğine gidilen hallerde müellifin uygun görüşü alınmamış olması halinde müellifin plan değişikliğini dava edebilme ehliyetine sahip olacağını belirlemiştir.⁵⁹ Müellifin menfaatinden ziyade hakkının ihlal edilmiş olduğu yukarıdaki olayda müellifin bu işlemi dava edebilmek ve iptal sonucunu sağladığı vakit İYUK m. 12'de

⁵⁸ Örneğin D. 6. D. E:2003/1712, K:2003/4221, T:09.07.2003.

⁵⁹ D. 6. D.E:2003/5595, K:2004/179, T:14.01.2004.

düzenlenen süresi içerisinde tam yargı davası da açabileceği gibi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ("*FSEK*") kapsamında hakkına tecavüz nedeniyle tazminat davası da açabilecektir.

Bu başlığın ilk bölümünde belirttiğimiz gibi bazı durumlarda idari işlemin iptalini isteyen davacı bir başka kamu tüzel kişiliği de olabilecektir. Söz konusu olan imar planlarının iptali istemiyle açılan davalar olunca, esasen atipik gibi görünen bu gibi durumlarla karşılaşabilmek ihtimali de artmaktadır. Bu konuyu da Daire'nin oldukça yakın tarihli bir içtihadı üzerinden tartışabilmek hem de aşağıda incelenecek kesin ve yürütülmesi gereken idari işlem kavramı ile bağlantıyı böylelikle kurabilmek mümkündür.⁶⁰ İçtihadı konu olayda davalı Çevre ve Orman Bakanlığı'nca onaylanan 1/50.000 ölçekli Metropolitan Alan Alt Bölge Nazım İmar Planı ile 1/25.000 ölçekli Çevre Düzeni Planı değişikliğinin iptali, ilgili idare sıfatı ile söz konusu değişiklikleri ilan etmesi gereken belediye tarafından istenmektedir. Daire, konuya ilişkin bir başka davayı iptal davasına konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem bulunmadığı gerekçesi ile reddetmiş ise de, somut olayda, davanın ehliyet yönünden reddi gerekeceğine ilişkin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ("*DİDDK*") kararına atıfta bulunarak bu kez davayı ehliyet yönünden reddetmiştir. Burada söz konusu kararı bu başlığımızın konusunu teşkil eden ehliyet yönünden tartışmakla yetinerek, ilanından evvel söz konusu işlemin kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığına ilişkin tartışmaları bir sonraki bölüme bırakmayı uygun görüyoruz. Kararı ehliyet yönünden değerlendirdirince, dava konusu işlem olan çevre düzeni planı ile bunu ilan eden belediye arasında planı dava edebilmek açısından özel yetenek koşulunun var olduğunu düşünmek gerekeceği kanaatindeyiz. Zira söz konusu belediye, mevzuata göre anılan üst ölçekli plana uygun diğer alt planları yapacak ve birel işlemleri tesis edecektir. Bu nedenle de, bir hukuka aykırılık bulunduğu kanaatinde ise, kendisinin ileride gerçekleştireceği uygulamalarına esas olacak bu düzenleyici işlemi evleviyetle dava edebilmelidir. Öte yandan davacı belediyenin, gerek mahalli müşterek ihtiyaçları, gerek görev alanı içerisindeki jeolojik, sosyal, kültürel durumu daha yakinen tanıdığı kabul edildiğinde söz konusu çevre düzeni planını özellikle plancılık ilkelerine aykırılığı yö-

⁶⁰ D. 6. D. E:2006/527, K:2008/1720, T:12.03.2008.

nünden dava etmekte menfaati bulunduğunda da duraksama bulunmamalıdır. Şu halde planlanan alana en yakın bu kamu tüzel kişinin bu gibi iddialarda bulunabilmesi doğal olup bunların da inceleme konusu edilebilmeleri için işlemi dava konusu etmekte menfaatinin bulunduğu kabulü gerekir.

Danıştay 6. Dairesi, isabetli bulduğumuz bir diğer kararında ise, imar planının iptali için dava açan siyasi parti il başkanının, imar planının iptalini istemekte menfaati olmadığına hükmetmiştir.⁶¹

Daire bir başka kararında, imar plan değişikliğine konu alana komşu bulunan taşınmazın malikince açılan iptal davasını ehliyet yönünden reddeden bidayet mahkemesi kararını bozarken, *“imar planları kamu yararını ilgilendiren genel nitelikte düzenleyici işlemler olduğundan, semt sakini sıfatıyla menfaatinin ihlal edildiğinden bahisle dava açma hakkı bulunan davacının imar planı tadilatının iptali istemiyle açtığı bu davada dava açma ehliyetinin bulunduğu”* sonucuna varmıştır.^{62, 63}

DİDDK, menfaat ihlaline ilişkin vermiş olduğu önemli bir kararında, Orman Kanunu'nun 2/B maddesi uyarınca orman sınırları dışına çıkarılan taşınmazlarının hazine lehine tespiti hakkındaki karara karşı Kadastro Mahkemesi'nde itiraz eden davacıların, *“mülkiyet uyumsuzluğu bulunan bu alanı içerisine alacak şekilde rekreasyon alanı belirleyen imar plan değişikliğinin iptalini isteyebilmek yönünden ciddi ve makul bir menfaat ilişkisine sahip kabul ederek”*, bu kişilerin dava açma ehliyeti bulunmadığına ilişkin 6. Daire kararını bozmuştur.⁶⁴

Danıştay 6. Dairesi temyizen incelediği ve doğrudan imar planlarının iptaline ilişkin olmayan bir başka somut olayda, mülkiyeti hazineye ait taşınmazın arıtma tesisi alanı olarak ayrılmasına ilişkin belediye meclis kararının ve bu işlemin değiştirilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddedilmesine ilişkin belediye başkanlığı işleminin iptal-

⁶¹ D. 6. D.E:2000/3480, K:2001/4259, T:04.10.2001

⁶² D. 6. D. E:2003/1712, K:2003/4221, T:09.07.2003

⁶³ Ancak Danıştay, parsellasyon uygulamaları ile ilgili olarak açılacak davalarda menfaat koşulunu daha sıkılaştırarak, parsellasyona tabi tutulan alanda aynı hakkı bulunmayan ve fakat komşuluk hukukuna dayalı açılan davaları davacının menfaati bulunmadığı gerekçesiyle reddetmektedir. Örneğin Bkz. D. 6. D. E:1998/4164, K:1999/4196, T:23.09.1999

⁶⁴ DİDDGK E:1997/195, K:1997/400, T:13.06.1997

line ilişkin davanın esasını inceleyen bidayet mahkemesi kararını bozarken, *“taşınmazın maliki olmayan ve dava açma ehliyetini belde sakini sıfatına değil, taşınmazın zilyedi olduklarından bahisle ileride doğması ihtimali bulunan bir hak iddiasına dayandıran davacıların, beldenin arıtma tesisi yer seçimi işlemine karşı dava açma ehliyeti bulunmadığına”* hükmetmiştir.⁶⁵

Yukarıda alıntılanan kararlar ışığında, imar planlarının iptal davaları eliyle yargısal denetiminde, davanın ön koşullarından biri olan ehliyete ilişkin olarak son derece farklı durumların ortaya çıkabileceği görülmektedir. Danıştay’ın konuya ilişkin tüm içtihadı yönünden belli bir sistematik bir yorum yapabilmek imkânına sahip olamadığımızdan, sadece incelememizde yer verdiğimiz kararlar yönünden ihtiyatla ifade edilebilir ki, uygulamada davacının birlikte sağlaması gereken genel ve özel yetenek koşullarının yorumunda sıkıntılarla karşılaşmakta ve özel yetenek açısından ise kimi durumlarda neredeyse hak ihlali şartı kadar sıkı kayıtlamalar getirilmektedir.

D. İdari Davaya Konu Olacak Kesin ve Yürütülmesi Gereken Bir İşlem Olup Olmadığı

1. Genel olarak

Bu bölümün ilk başlığı altında iptal davalarının idarenin denetimi ve hukuk devleti ilkesi açısından taşıdığı önemi kısaca ortaya koyabilmeye gayret edilmişti. İşte hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilebilmesi açısından bu son derece önemli fonksiyona sahip iptal davasının konusunu teşkil edecek idari işlemlerin, bünyelerinde taşımaları gereken niteliklerin neler olduğunu da belirlemek gerekmektedir. Bir başka deyimle hangi özelliklere sahip idari işlemlerin idari dava konusu edilebilecekleri belirlenmesi, idarenin etkin yargısal denetimi meselesinin özünü teşkil etmektedir. Bu bağlamda, İYUK m. 14/3,(b) bendiyle getirilen, esasen idari işlem teorisi ile ilgili bir usuli düzenlemeye göre, ilk inceleme safhasında, iptal davalarına konu edilen idari işlemin *“idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı”* nın, mahkemece tespiti gerekecektir. Davaya konu işlem, kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem değilse, İYUK m. 15/1,(b) gere-

⁶⁵ D. 6. D.E:2004/6309, K:2005/2411, T:20.04.2005

ğince davanın reddine karar verilecektir. Bu bağlamda esas yönünden, yani unsurları itibariyle, idari yargı denetimine tabi olabilecek idari işlemler, bu iki kıstası bir arada taşıyan, “kesin ve yürütülmesi gereken” idari işlemlerdir.⁶⁶ Bir başka ifade ile idarenin tüm idari işlemleri değil ancak yasayla belirlenen bu iki niteliği beraberce taşıyan işlemleri iptal davasına konu edilebilecektir.⁶⁷

Yasa koyucunun seçmiş olduğu bu kavramların içeriği ve tanımları gerek doktrin ve gerekse mahkeme kararlarında sıklıkla yer almaktadır. Şüphesiz, bu kavramların idari işlem teorisi bakımından neyi ifade ettiklerini belirlemek, idari yargı yetkisinin kapsamı yönünden oldukça önemlidir.

İdari işlem teorisi bakımından “kesin işlem”, idari karar alma sürecinin tamamlanarak nihai işlemin ortaya çıkmasını ifade etmektedir.⁶⁸ Nihai işlem ise, genel itibariyle kendisinin oluşumunu sağlayacak ida-

⁶⁶ Danıştay 5. Dairesi'nin 16.12.1987 tarih ve E:87/275,K:87/1789 sayılı kararını eleştiren Erkut'a göre “Söz konusu yasa hükmünde getirilen ilke sadece menfaat koşuluna ilişkin iken, Mahkeme ayrıca işlem ile menfaat ihlali arasında bir hukuki bağ kurabilmiştir. Ancak böyle bir yorum kabul edildiği takdirde -kesin ve yürütülebilir işlemler üçüncü kişilerin hukukunu şu yada bu şekilde etkileyen işlemlerdir- saptamasını yapmak gerekir ki, söz konusu formül ile bunun kastedilmediği açıktır.” Yazara göre, “kesin ve yürütülebilir işlem kavramının içeriğinin belirlenmesinde “menfaat ihlali” koşulunun herhangi bir ölçüt olarak ele alınabilmesi mümkün değildir. İcrai, kesin, yürütülebilir, uygulanabilir ve benzeri hangi kavram kullanılırsa kullanılsın, tüm bunlar işlemin hukuksal sonuçlar doğurabilme; haklar yükümlülükler yaratabilme gücünü belirleyen tamlamalardır ve anonim niteliktedirler. Menfaat koşulu ise henüz bu aşamada değil işlemin kapsamına giren ilgililerin yada işlemin muhataplarının belirlenmesi ile gündeme gelir.” Bkz. Erkut, Celal, “İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi 1-4 Mayıs 1990, Ankara, Birinci Kitap İdari Yargı, Danıştay Matbaası, Ankara 1991, Danıştay Yayın No:53, s. 110

⁶⁷ Bu durumda idari yargı yetkisinin ve idarenin yargısal denetiminin, söz konusu gruba girmeyen idari işlemler üzerinde işletilemeyeceğini de vurgulamak gerekir. Burada da idare mahkemesinin kendi önüne gelen uyuşmazlığı çözme yetkisi bulunup bulunmadığı hakkında karar verdiği görülmektedir, tıpkı özel yetenek koşulunda olduğu gibi. Yani idare mahkemesi belki de paradoksal olarak, uyuşmazlığın çözümünün yetki ve görev alanı içerisine girip girmediğini belirlemeye de yetkilidir.

⁶⁸ Erkut, Celal, a. g. m., s. 112 ; Hauriou'da zincir işlemleri usuli tasarruflar olarak adlandırıp “nihai kararın ortaya çıkabilmesi için zorunlu olarak öngörülen bir zincirin parçaları niteliğindeki her türlü inceleme, araştırma ve hazırlık işlemleri” biçiminde tanımlamıştır. Bkz. Erkut, Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990, Danıştay Yayın No: 50, s. 122.

re içerisinde gerçekleşecek ve çoğunlukla hukuksal durumlara herhangi bir etkisi bulunmayan prosedür işlemlerden oluşan bir işlemler zincirinin son halkası olarak tesis edilmektedir. Ancak nihai işlem tesis edilmediği takdirde bu prosedür işlemler yürürlüğe girmemiş kabul edilir. Bu prosedür işlemler içerisinde nihai işlemten ayrı ve bağımsız bir değer taşıyabilen ve yapıldıkları anda bazı sonuçlar doğurabilme gücüne ve kendi içlerinde kesinlik niteliğine sahip olanlar ve “*ayrılabilir işlem kuramı*” eliyle dava konusu yapılabilirler.⁶⁹ Bu nedenle ayrılabilir işlemler kuramı bakımından önem taşıyan husus “*kesinlik*” kavramının idare mahkemesi yargıcı tarafından değerlendirilmesidir.⁷⁰

İdari işlemlerin iptal davasına konu edilebilmesi için taşınması gereken bir diğer konu ise, kanunda “*yürütülmesi gereken işlem*” biçiminde betimlenen icrailik özelliğidir. Bütün idari işlemler “*icrailik*” vasfına sahip değildir, idari işlemler ancak belli bazı kayıt ve şartlar altında bu vasfa sahip olabileceklerdir. İdari işlemlerin hukuksal durumlarında yeni birtakım değişiklikler yapabilmeye gücüne sahip olmaları icrai işlemlerin diğer idari işlemlerden ayırt edilebilmelerini sağlayan en önemli kriterdir.⁷¹ Bir diğer ifade ile idarenin tek yanlı olarak, muhatabının kabul veyahut muvafakatine gerek olmadan açıkladığı iradesi ile hukuki sonuçlar doğurmasına, hukuk düzeninde değişikliğe yol açmasına idari kararların icrailik özelliği denir.⁷² Bu noktada idari işlemin “*icrailik*” niteliği ile işlemin “*resen icra*” edilmesini de birbirinden ayırmak gerekir.⁷³

Belirtmek gerekir ki, idari işlemlerin “*etkili*” veya “*yürürlüğe girmiş*” olmaması nedeniyle muhatabınca dava konusu edilememeleri, bunların icrai nitelik taşımadıkları anlamına gelmeyecektir. Bir başka ifade ile icrai işlemin tebliğ yahut ilan edilmek suretiyle henüz muhatapları üzerinde etkisini göstermediği yahut bu kişilerin menfaatlerini etkilemediği için dava konusu yapılamaması işlemin icrai veya kesin

⁶⁹ Erkut, a.g.m, s. 112.

⁷⁰ Erkut, a. g. e., s. 110.

⁷¹ Erkut, a. g. e., s. 120.

⁷² Gözler, a. g. e., s. 594 .

⁷³ Günday, a. g. e., .s. 127; Duran, resen icra edilmeyi şu şekilde tanımlamaktadır. “İşlemin resen icra edilmesi icrai işlemin hukuk alanında yapmış olduğu değişikliklerin olgularda kendisini gösterebilmesi için girişilecek uygulama ameliyelerini ifade eder” Bkz. Duran, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 413.

olmamasından değil yürürlüğe girmemesinden veya girmiş olsa dahi menfaatleri etkilememesinden kaynaklanmaktadır.⁷⁴

2. İmar Planlarının İptali Davasında Kesin ve İcrai İşlem

İdari yargılama yetkisinin kapsamı ile yakından ilgili kesin ve yürütülmesi gereken işlem kavramının doktrin bakımından neyi ifade ettiği hakkındaki açıklamaların ardından, sıra konunun Danıştay uygulamasına ne biçimde yansıdığını incelemeye gelmiştir.

Danıştay uygulaması içerisinde DİDDK ile 6.Daire'nin konuya ilişkin görüşlerindeki farklılığı ortaya koyması açısından DİDDK'ca temyizden incelenen iki farklı 6.Daire kararından bu başlık altında bahsetmek uygun olacaktır.⁷⁵ Esasen Danıştay 6. Dairesi 2003 tarihli DİDDK

⁷⁴ Erkut, *a. g. e.*, s. 119; Sezginler, Murat, "İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı", Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 45.

⁷⁵ Bunlardan ilki dava konusu imar planı ilan edilmeden dava açılmış olduğu için işlemin bu anda kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı gerekçesiyle verilen davanın esasının incelenmeksizin reddine dair Danıştay 6.Dairesi kararını bozan DİDDK'nın E:2003/326, K:2003/588; T:10.07.2003 künyeli kararıdır. Söz konusu kararda, İskenderun Organize Sanayi Bölgesi içinde yer alan ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nda düzenlenen özel imar rejimine tabi bir alanla ilgili olarak "3621 sayılı Kanununun 7. maddesinde öngörülen yazılı usul uygulanmaksızın, doğrudan üçüncü kişinin hazırlayıp sunduğu planın Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca onaylanması suretiyle gelişen bu durum karşısında; dava konusu imar planı değişikliğinin Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca onandığı andan itibaren yürürlüğe girdiğinin, uygulanabilecek kesin ve icrai bir işlem haline geldiğinin kabulü gerekmektedir. Böyle bir durumda, imar planı değişikliğinin ilgili belediyesince ilan edilmediğinden bahisle kesinleşmediği yolundaki aksi bir düşünce, planın uygulanması ile beraber menfaati ve hakkı ihlal edildiği iddiasıyla süresinde plana karşı dava açan kişinin, dava hakkının ertelenmesi, oluşan fiili durum nedeniyle zarar görmeye devam etmesi anlamına gelecektir. Bu nedenle Dairesince, işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, planın belediyece ilan edilmediği ve bu nedenle kesinleşmediği; ortada kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir." Gerekçesi ile Daire kararını bozmuştur. Ancak bu karar özel imar rejimine tabi bir alanda özel kanunca belirlenen usul işlemlenmeden yapılmış bir imar planının iptali istemine ilişkin olup, Daire ile Kurul arasındaki içtihat farkını somut biçimde ortaya koymamaktadır. Oysa, Konuya ilişkin yakın tarihli diğer karar ise DİDDK' nun E:2003/521, K:2003/609, T:18.09.2003 künyeli kararı olup, dava konusu imar planını, 3194 sayılı Kanun'un 8/b maddesi uyarınca ilgili belediyece ilan edilmeden imar planının kesin işlem haline gelemeyeceği ve bu nedenle iptal davasına konu edilemeyeceği gerekçesiyle reddeden Danıştay 6. Dairesi'nin kararını onamaktadır. İDDK'nın bu kararına karşı yazılan karşı oy gerekçeleri de oldukça önemlidir. Karşı oy yazan

kararından önceki kararlarında da belediye meclisince kabul edildiği halde bir ay süreyle askıya çıkarılıp kesinleşmedikçe, imar planlarının kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olamayacağından dava konusu edilemeyeceği içtihadındaydı.^{76, 77} Süreç içerisinde verilen kararlara

üyelerden ilkinin gerekçesi şu şekildedir. "3194 sayılı Kanununun 8/b maddesinde; ... belediye sınırları içinde kalan yerlerin nazım ve uygulama imar planlarının ilgili belediye-lerce yapılacağı veya yaptırılacağı ve belediye meclisince onaylanarak yürürlüğe gireceği, onay tarihinden itibaren belediye başkanlığınca tespit edilen ilan yerlerinde bir ay süre ile ilan edileceği, bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebileceği, belediye başkanlığınca, belediye meclisine gönderilen itiraz ve planları, meclisin 15 gün içinde inceleyip kesin karara bağlayacağı, kesinleşen planların bir kopyasının bakanlığa gönderileceği hükme bağlanmıştır. **Bu planların belediye meclisince onaylanmak suretiyle yürürlüğe gireceği maddede açıkça ifade edilmiştir. Planların bir ay süre ile ilanı ise ilgisine plana itiraz imkanı sağlamak içindir. Bu nedenle ilgili haberdar oldu ise, plana yürürlüğünden itibaren idari dava açma süresinde dava açabileceği gibi, idari itiraz yoluna başvurarak veya itiraz yoluna gitmeden madde gereği son ilan tarihinden itibaren idari dava açma süresi içinde dava açabilecektir.** Bu davada, Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca onaylanması tarihinde yürürlüğe girdiği açık olan dava konusu 1/1000 ölçekli uygulama imar planı için davacının temyiz isteminin kabulü ile kararın bozularak işin esasının Dairesince incelenmesi gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına karşıyım." Diğer üye ise "2577 sayılı Kanununun 14. maddesinin 3/d bendinde düzenlenen idari davaya konu olacak işlemlerde aranan kesin idari niteliği, idari işlemin oluşup ortaya çıkabilmesi için öngörülen tüm prosedürün tamamlanmasını ifade eder. Kesin işlemler, idare adına irade tesisine yetkili en son idari merciden geçerek yürürlüğe giren idari işlemlerdir. **İdari işlemlere karşı 2577 sayılı Kanununun 11. maddesi hükmüne uygun olarak işlemi yapan veya üst makama yapılan başvuruların, işlemin kesinliğini etkilemeyeceği açıktır. 3194 sayılı Kanununun 8/b maddesinde nazım ve uygulama imar planlarının belediye meclisince onaylanarak yürürlüğe gireceğinin açıkça düzenlenmesi karşısında, madde hükmünde bilahare yer verilen planların yürürlüğe girmesinden sonra bir ay süre ile ilan ve bu süre içinde itiraz edileceğine ilişkin hükmün, düzenleyici işlem niteliğinde olan imar planlarına 2577 sayılı Kanununun 11. maddesi kapsamında bir başvuruyu düzenlemeye yönelik olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.** Bu itibarla, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından onaylanarak yürürlüğe giren dava konusu imar planının ilan edilmemiş olması, onun 2577 sayılı Kanununun 14. maddesinin 3/d bendine uygun kesin işlem niteliğini değiştirmeyeceğinden, idari davaya konu olamayacağı yolundaki Daire kararının bozulması gerektiği oyu ile karara katılmıyorum." Gerekçesi ile karara katılmamıştır.

⁷⁶ Bu döneme ilişkin rastlanılan kararlardan biri D. 6. D'nin E:1999/5104, K:2001/576; T:16.01.2001 künyeli kararıdır. Kararın gerekçesi "dava konusu olayda ise uyuşmazlığa konu imar planı değişikliğinin onay tarihinden itibaren ilan edilmediği dolayısıyla ortada davacı yönünden kesin ve uygulanabilir nitelikte bir imar planının bulunmadığı anlaşıldığından İdare Mahkemesince davanın bu nedenle reddi gerekirken siraşımı nedeniyle reddi yolunda verilen kararda isabet görülmemiştir." Biçiminde kaleme alınmıştır. Öte yandan Dairenin söz konusu içtihadında daire içerisinde dahi bir uzlaşma olmadığı da ortadadır, zira söz konusu karara karşı oy yazan üyeler ise "İdari nitelik kazanarak yürürlüğe girmiş olan imar planlarının bir ay süreyle ilan edilmesi ilgililere pla-

bakıldığına, Daire ve Kurul arasında bu konuya ilişkin içtihadın kimi zaman örtüşmekte kimi zaman ise ayrılmakta olduğu görülmektedir. Bu farklılığının özü ise, ilgili makamınca onaylanmış bir imar planının henüz ilan edilmemişken ilgililerce dava konusu edilip edilemeyeceği sorusuna, idari işlem teorisi bakımından verilen farklı cevaplarla ilgilidir. Bir başka ifade ile değerlendirme farklılığı, imar planının onaylanmış olduğu evrede ve fakat henüz ilan edilmemişken kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Konuyu açıklayabilmek için daha evvel, idari merci tecavüzü ile ilgili açıklamalarımızda da bahsettiğimiz, 3194 sayılı Kanun'un 8/b maddesini ele almak gerekecektir. Madde metni şu şekildedir: *“İmar Planları; Nâzım İmar Planı ve Uygulama İmar Planından meydana gelir. Mevcut ise bölge planı ve çevre düzeni plan kararlarına uygunluğu sağlanarak, belediye sınırları içinde kalan yerlerin nâzım ve uygulama imar planları ilgili belediyelerce yapılır veya yaptırılır. Belediye meclisince onaylanarak yürürlüğe girer. Bu planlar onay tarihinden itibaren belediye başkanlığınca tespit edilen ilan yerlerinde bir ay süre ile ilan edilir. Bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilir. Belediye başkanlığınca belediye meclisine gönderilen itirazlar ve planları belediye meclisi onbeş gün içinde inceleyerek kesin karara bağlar.”*

Bize göre, maddenin düzenlenişi dikkate alındığında, belediye meclisince alınacak bir kararla onaylanarak yürürlüğe girecek olan imar planının, bu karar yani *“onay”* anıyla beraber kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olduğuna kuşku bulunmamalıdır. İmar planının daha sonra ilan edilmesi ve bu süre içerisinde imar planına itiraz

na itiraz edilebilme imkânı sağlanması içindir. Bu idari itirazın nasıl karara bağlanacağı, yasa maddesinde ayrıca gösterilmiştir. Bu itirazın belediye meclisince kabul edilmesi planının tamamının değil itirazcı ile ilgili kısmının tadili sonucunu doğurabilir. Bu durumda böyle bir idari itiraz hakkının sağlanması için bir ay ilan edilmesinin öngörülmüş olması belediye meclisince onanmış ve yürürlüğe girmiş bulunan imar planının kesinleşmesini ve uygulanmasını engellemeyeceği gibi salt bu nedenle iptalini de gerektirmez. Uyuşmazlıkta, belediye meclisince onaylanması tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan planın öğrenilmesi veya uygulanması üzerine yasada öngörülen süreler geçirdikten sonra açılmış bulunan davada süre aşımı bulunduğu açık olduğundan davanın bu nedenle reddine ilişkin idare mahkemesi kararında isabetsizlik bulunmamaktadır.” görüşündedirler.

⁷⁷ Kalabalık' da Danıştay 1. Dairesi ve Ergen'e atıfta bulunmak suretiyle ilan edilmeyen imar planlarının kişiler yönünden kesin ve uygulanabilir niteliği bulunmadığını vurgulamaktadır. Bkz. Kalabalık, *a. g. e.*, s. 149.

imkânı tanınmasının belediye meclisince kabul edilip yürürlüğe konulmuş imar planının icrai ve kesin işlem niteliği üzerinde bir etkisi olmasa gerektir. Zira ilan, hukuki niteliği açısından ilan veya tebliğ işlemleri, kesin ve icrai bir işlemin muhatabına bildirilebilmesi için kullanılan tesis edilen başka idari işlemdir ve bir işlemin tekemmülünün parçası olarak düzenlenmemiş olabilirler. Yukarıda alıntılanan yasa hükmüne bakıldığında, imar planlarının ilanı ve bu süre içerisinde ilgililere tanınan itiraz imkanı imar planlarının yapılış süreci içerisinde kalan bir işlem değil, işlem tamamlandıktan sonra, pek çok kişinin menfaatini ilgilendiren bu tasarrufun ilgililerine bildirilmesi amacını taşımaktadır. Bu nedenle imar planları, belediye meclisince onaylanmalarının ardından, ilan edilmeseler bile yahut ilan edilmişlerse itiraz edilmesine gerek olmaksızın, süresi içerisinde doğrudan ilgililerce dava konusu edilebilmelidir. Maddede geçen şekliyle *“itirazları kesin karara bağlamak”*, söz konusu itirazlar zorunlu nitelik taşımadıklarından, yapılmamaları halinde imar planlarının İYUK m. 14/3,b anlamında kesinleşmemeleri sonucunu da doğurmayacaktır. Bu nedenle imar planlarının, onaylandıktan sonra ve fakat ilan olunmadıkça dava edilemeyecekleri görüşüne katılamamaktayız. Esasında, bizzat İmar Kanunu'nun idari işlem teorisi yönünden sorunlu görünen ifadeler içeren 8/b maddesi, imar planların bakımından idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi gereken işlem koşulunun yargı organlarınca yorumunu sıkıntılı hale getirmiştir. İmar plan notları da idari davaya konu edilebilirler. İmar planlarıyla bir bütün teşkil eden, plan hükümlerini açıklayıcı nitelik taşıyan plan notlarının, planın ayrılmaz bir parçası olarak imar planı gibi kesin ve yürütülmesi gereken işlemler olarak dava konusu edilebilmeleri mümkündür.⁷⁸

Bunun gibi, uyumsuzluk konusu taşınmaza ilişkin uygulama imar planının yargı yerince iptali üzerine, yeni uygulamanın ne şekilde yapılacağı sorulması üzerine idarece verilen cevabın davacı tarafından iptal davasına konu edildiği bir olayda, Daire, söz konusu yazının *“bildirici mahiyette olmasına rağmen davacının taşınmazı ile ilgili işlem tesisinde davacı tarafından dikkate alınması gereken bağlayıcı hukuki açıklamalar*

⁷⁸ D. 6. D. E:1998/7442, K:2000/226, T:19.01.2000; D.6.D.E:1999/2248,K:2000/4203, T:22.06.2000; D. 6. D.E:2003/1960, K:2004/5303, T:04.11.2004

getirmesi nedeniyle” kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olarak kabulü ile dava konusu edilebileceğine karar vermiştir.⁷⁹

E. Süre Aşımı

1. Genel Olarak

Bilindiği gibi, idari yargıda, idare mahkemelerinde açılacak iptal ve tam yargı davaları belirli süre kesitleri içerisinde açılmamış iseler, idare mahkemelerinin dava konusu istemi esas yönünden denetleyebilme imkânları bulunmayacaktır.

İYUK, iptali istenen işlemin ilgisine bir şekilde duyurulması anı ile ilgisinin iptal istemiyle yargı merciine uyuşmazlığı iletmesi arasında belirli bir sürenin aşılmamış olmasını işlemin esasının denetlenebilmesi için şart koşmuştur. Burada dava açma süresini belirlerken temel kural işlemin ilgisine yazılı olarak bildirimidir. Şüphesiz işlem ilan edilmek suretiyle de ilgililerine duyurulmuş olabilir. Bu düzenlemeler, idari işlemlerin yargısal denetimlerinin sağlanabilmesi için getirilen güvence hükümleridir ve işlemlerin ilgilileri aleyhine yorumlanamazlar. İdari yargılama usulü kanunu, süre aşımı nedeniyle davanın reddi kurumunu düzenlemiş olmakla birlikte, bir idari işlemin ilgisine bildirilmeden dava edilemeyeceği yahut bu halde de süre yönünden reddedileceğine ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. Şu halde, kesin ve icrai bir işlem davacısının menfaatini etkiliyor ise işlemin davacı açısından ıttıla kesbettiği tarihten itibaren yasal süresi içerisinde dava konusu edilebilmesi gerekir. Ancak ilgisine ilan yahut tebliğ suretiyle duyurulduğu ispatlanabilen idari işlemlerde bu tarihi izleyen günden itibaren yasal süresi içerisinde dava açılmamış olması halinde, daha sonra açılacak dava süre yönünden reddedilecektir.

2. İmar Planlarının İptali Davasında Süre Aşımı

İnceleme konumuzu oluşturan imar planları ise, daha önce de belirtildiği üzere *“düzenleyici idari işlem”* olduğundan İYUK m. 7/4

⁷⁹ D. 6. D.1999/539, K:2000/1247, T:02.03.2000

hükümleri uyarınca dava edilebilecektir.⁸⁰ Bu maddeye göre, ilanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi ilan tarihini izleyen günden başlar. Öte yandan, söz konusu süre geçirilmiş olsa dahi düzenleyici işleme dayalı olarak tesis edilen uygulama işlemlerinin tebliği üzerine de ilgililer genel dava açma süresi içerisinde ister genel düzenleyici işlemi, ister uygulama işlemi isterlerse de ikisini birlikte iptal davasına konu edebileceklerdir. Ancak İYUK m. 7/4 hükmü, düzenleyici işlemin ilan edilmeden dava edilemeyeceği anlamına gelmemelidir. Zira kabul edilmesi halinde bu zorlayıcı yorum idarenin denetlenmesi amacının gerçekleşmesini sınırlandıracaktır. Şu halde düzenleyici işlemler, ilan edilmeden evvel de ilgililerince öğrenilmeleri durumunda iptal davasına konu edilebilmelidir, İYUK m. 7/4 hükmünün de kanımızca bunun aksine bir anlamı bulunmamaktadır.

İYUK m. 7/4 hükmü ile düzenleyici işlemler için dava açma süresine ilişkin olarak getirilen düzenlemenin, konuyla ilgili diğer hükümler olan İYUK m. 11 ve İK m. 8/b ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmelerin ışığında; **a)** imar planının doğrudan iptal davasına konu edilmesi, **b)** imar planının yapılacak itirazın ardından iptal davasına konu edilmesi, **c)** yürürlükteki bir imar planının uygulama işlemi delaletiyle iptal davasına konu edilmesi ihtimalleri ortaya çıkmaktadır.⁸¹ Bu ihtimaller içerisinde yer alan imar planının yapılacak itirazın ardından iptal davasına konu edilmesinin başlığı altında da çeşitli ihtimaller oluşabilecektir.

⁸⁰ 3194 sayılı İmar Kanunu'nun konuya ilişkin 8/b maddesinde ilan süresi bir ay olarak düzenlendiğinden, dava açma süresinin de ilanın son gününü takip eden günden itibaren başlaması gerekir. Ancak burada İYUK m. 7/4 hükmündeki bir eksikliği de vurgulamak gerekir. İYUK m. 7/4 hükmü ilanın mutlak bir gün içerisinde yapılıp tamamlanacağını kabul ederek, ilanı gereken düzenleyici işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin "*ilan tarihini izleyen gün*"den başlayacağını belirtmektedir. Özellikle belli bir askı süresi öngören düzenlemeler açısından, İYUK m. 7/4'teki "*ilan tarihi*" ibaresini, "*ilan süresinin sona ermesini izleyen gün*" olarak yorumlamak uygun olacaktır.

⁸¹ Bir imar planı tamamlandıktan sonra yukarıda belirtilen usuller dairesinde doğrudan yahut idari başvuruların ardından iptal davasına konu edilmiş olsa dahi, herhangi bir süre kaydına bağlı olmaksızın kendisini yapan idareye yapılacak başvuru ile imar plan değişikliğine ilişkin karar alınmasını talep edebilmeleri mümkündür.

a. İmar Planının Doğrudan İptal Davasına Konu Edilmesi

Konuya ilişkin açıklamalarımız ışığında, imar planlarının, İK m. 8’de belirlenen prosedür uyarınca kendilerini onaylayan belediye meclisi yahut valilik kararı ile öğrenilmelerinin üzerine yasal süresi içerisinde dava konusu edilmesinde bir engel bulunmamalıdır.

Bunun gibi, genel kural gereği imar planları, ilan edilecekleri 30 günlük sürenin tamamlanmasını izleyen günden başlamak üzere 60 gün içerisinde de dava konusu edilebileceklerdir.

b. İmar Planının Yapılacak İtirazın Ardından İptal Davasına Konu Edilmesi

İmar planları, yukarıda açıklamaya çalıştığımız sistematik içerisinde ilan edilmeden evvel de kesin ve yürütülmesi gereken işlemlerden olup dava konusu edilebileceklerinden, kendilerini onaylayıp yürürlüğe sokan belediye meclisi yahut valiliğin onay kararının ardından İYUK m. 11 bağlamında idari başvuruya konu edilebilir. Yahut imar planları, İK m. 8’de öngörülen 30 günlük ilan süresi içerisinde itiraza konu kılınabilir. Yine imar planlarının, İK m. 8’de belirtilen itiraz süresinin ardından da İYUK m. 11 bağlamında idari başvuruya konu edilebilecekleri düşünülebilir.

aa. İmar Planlarının İlanlarından Evvel İtiraz Konusu Kılınması

Kendi menfaatini ihlal eden bir imar planını, henüz ilan edilmediği bir safhada öğrenen ilgili, bu imar planının İK m. 8 hükümleri gereğince ilan edilmesini bekleyip ilgili süreci takip edebilecektir. Ancak, imar planının yasal tabirle yürürlüğe girdiği belediye meclisi yahut valiliğin onay kararı sonrasında ve fakat ilan edilmemişken idari başvuruya konu kılınması durumu ile de karşılaşılabilir. Bu aşamada gerçekleşmesi halinde bu idari başvurunun İYUK m. 11 bağlamında değerlendirilmesi gerekecektir. İlgili böyle bir başvuruda bulunması ile imar planından belli bir süreden beri haberdar olduğunu belirtmiş olacak, böylece belirttiği tarihten itibaren işlemeye başlamış idari dava açma süresi başvurusu ile duracaktır. İdarenin bu başvuruyu 60 gün içerisinde cevaplamaması halinde, bu 60 günlük süreyi takiben idari

başvuruda bulunmadan önce geriye kalmış olan sürenin de hesaba katılması ile dava açma süresi belirlenebilecektir.

bb. İmar Planlarının 30 Günlük İlan Süreci İçerisinde İtiraz Konusu Kılınmaları

İmar planının belediye meclisince onaylanmasının ardından bir aylık ilan süresi içerisinde itiraz edilecek olur ise, dava açma süresine ilişkin sorunun çözümüne için öncelikle itiraz üzerine belediye meclisinin karar alma süresini belirlemekle başlamak gerekir. İK m. 8/b hükmü gereği belediye meclisleri bu başvuruları 15 gün içerisinde karara bağlamak zorundadır. Danıştay kararlarında ise belediye meclislerinin bu itirazları karara bağlamadan önce bir aylık ilan süresinin sona ermesini bekleyeceğinden ve bu sürenin sona ermesinin ardından itirazları karara bağlamak için tanınan sürenin işlemeye başlayacağından bahsedilmektedir. Bu noktada her ne kadar Danıştay kararlarında açık biçimde tartışılmasa da İK m. 8/b’de geçen “*itirazlar 15 gün içerisinde kesin karara bağlanır*” hükmünün düzenleyici bir süre biçiminde yorumlandığı söylenebilir. Bir başka deyimle, belediye meclisinin itiraz tarihini izleyen 15 gün içerisinde bir karar almaması ile zımni ret işleminin oluşacağına dair bir belirleme bulunmamaktadır. Danıştay içtihadında zımni ret süresinin özel hüküm İK m. 8/b’ de yer alan 15 günlük süre değil İYUK m. 11’de yer alan 60 günlük süre olduğunun kabul edildiği görülmektedir.

Bu tespitler ışığında belediye meclisince onaylanarak yürürlüğe giren imar planının ilan edildiği bir aylık süre içerisinde imar planına itiraz üzerine, onaylanan imar planının ilan edildiği tarihi izleyen günden itibaren bir aylık ilan süresi içerisinde ilan planına itirazda bulunulmuş ise, bu başvurunun kabule bağlı olarak 15 yahut 60 gün içerisinde cevaplandırılmaması veya bu süreler içerisinde cevaplandırılması halinde, zımni ya da sarıh cevabı izleyen günden itibaren, kalan dava açma süresi içerisinde imar planının iptalinin istenebilmesi mümkün olmalıdır.

Ancak hemen işaret etmek gerekir ki, Danıştay içtihadı, İYUK ve İK hükümlerinin beraberce irdelenmesi ile yukarıda oluşturulan sistematikten farklı olarak daha uzun bir dava açma süresine imkân

veren biçimde yerleşmiş bulunmaktadır. Danıştay'a göre, imar planı askıdayken yapılan itiraz, askı süresinin sona erdiği ilk gün yapılmış sayılacak, itiraz üzerine ilgili idaresince bir karar alınması halinde bu kararın alınmasını izleyen günden itibaren, başvuru hakkında 60 gün boyunca bir karar alınmaması halinde oluşan zımnî ret işleminden itibaren 60 gün içerisinde dava açılabilir.⁸² İlgili imar planının askıdan kalktığı tarihten itibaren 60 gün içerisinde idari başvuruda bulunur ise, bu başvuru hakkında verilen karardan itibaren, başvuru tarihine kadar işlemiş dava açma süresini nazara alarak kalan dava açma süresi içerisinde iptal davası açılabilir.

cc. İmar Planlarının 30 Günlük İlan Süresi Geçtikten Sonra İtiraz Konusu Kılınmaları

İmar planı nedeniyle menfaati haleldar olan ilgililer, imar planının onaylanmasının ardından bir aylık ilan süresi içerisinde özel hüküm İK m. 8/b gereği itirazda bulunulmamışlarsa dahi, kanaatimizce, genel hüküm İYUK m. 11 gereği imar planına itila ettiklerini beyan ettikleri tarihten yahut her durumda imar planının ilan süresinin sona ermesini izleyen günden itibaren işlemeye başlamış olan idari dava süresi içerisinde başvuruda bulunulabilecek, bu başvurunun açıkça reddi halinde, başvuru tarihine kadar işlemiş olan dava açma süresi nazara alınarak kalan süre içerisinde planın iptali istemli dava açılabilirlerdir. Bu durumda olan kişiler, yapacakları başvurunun 60 gün içerisinde cevaplandırılmaması halinde, bunu takip eden günden itibaren işlemeye başlayacak olan idari başvuru tarihlerine kadar işlemiş olan süreden arta kalan dava açma süresi içerisinde planın iptali istemiyle dava açabileceklerdir.⁸³

⁸² D. 6. D.E: 2003/5583, K:2005/2994, T:23.05.2005; D.6.D.E:2000/5962, K:2001/6248, T:10.12.2001.

⁸³ Aynı görüşte Kalabalık, *a. g. e.*, s. 154.

c. Yürürlükteki Bir İmar Planının Uygulama İşlemi Delaletiyle İptal Davasına Konu Edilmesi Durumu

İYUK m. 7/4 gereğince düzenleyici işlemlere, inceleme konumuz özelinde imar planlarına, iptal davasına konu edilebilmeleri için getirilen ve ilanlarını (yahut son ilan gününü) izleyen günden itibaren işlemeye başlayan 60 günlük dava açma süresi, uygulama işlemlerinin tesis edilmesi halinde bunların tebliği tarihinden itibaren tekrar işlemeye başlayacaktır. Bu durumda imar planının ilanını izleyen günden itibaren yasal dava açma süresi geçirilmiş olsa bile, plana dayalı tesis edilen işlem ile birlikte, yeniden işlemeye başlayacak dava açma süresi içerisinde imar planının iptali de istenebilecektir.

Şu halde, imar planlarının ruhsat, imar durumu, kamulaştırma gibi uygulama işlemlerinden birinin tesisi üzerine bu işlemle birlikte dava edilebilmesi mümkündür. Ancak bunu belirleyebilmek her zaman kolay olmayabilir. Örneğin, Danıştay 6. Dairesi önüne gelen bir olayda, sokak üzerinde yapılmaya başlanan dükkân inşaatlarının mal sevkinin engellediği gerekçesiyle kaldırılmasını isteyen davacının başvurusunun söz konusu yolun trafiğe kapalı bir yol olduğu gerekçesi üzerine, başvurunun reddi işlemi ile beraber süresi içerisinde işleme dayanak teşkil eden imar planının da dava konusu edilebileceğine hükmederek, imar planının iptali istemini süre yönünden reddeden bidayet mahkemesi kararını bozmuştur.⁸⁴ Bunun gibi, taşınmazının bulunduğu bölgeye ilişkin imar durum belgesi talep eden davacının bu işlemin tesisine neden teşkil eden taşınmazının bulunduğu bölgeye ait 1/5000 ve 1/1000 ölçekli imar planlarını da iptalini beraberce isteyebileceği kabul edilmektedir.⁸⁵ Yine, taşınmazının bulunduğu bölgede cari olan imar planında değişiklik yapılması istemiyle yapılan başvurunun, istemi incelemeye yetkili organca karara bağlanması üzerine bu işlem ile birlikte ona dayanak teşkil eden imar planı da dava konusu edilebilir.⁸⁶ Çevre ve Orman Bakanlığı'na başvuruda bulunarak, 1/25.000 ölçekli

⁸⁴ D. 6. D.E:2005/3170, K:2005/4538, T:07.10.2005.

⁸⁵ D. 6. D.E:2001/6627, K:2003/20, T:03.01.2003.

⁸⁶ Bu halde imar planlarının değiştirilmesi isteminin yetkili organca karara bağlanmamış olması halinde bu işlem imar planının uygulama işlemi olarak kabul edilemeyecek, doğallıkla yetkisiz organca verilen kararlar birlikte imar planı da dava konusu edilemeyecektir. Bu konuda Bkz. D. 6. D. E:2002/6968, K:2004/944, T:20.02.2004.

çevre düzeni planının değişikliğini talep eden davacının, bu isteminin reddi üzerine, isteminin reddine ilişkin işlemle beraber çevre düzeni planını dava etmeyip, ÇED olumlu raporu ve çevre düzeni planını tek dilekçe ile dava etmesi üzerine, Danıştay ilgili dairesi önce bu iki uyumsuzluğu ayırmış, daha sonra çevre düzeni planının iptali istemini muteber bir uygulama işlemi ile beraber dava edilmediği için süre yönünden reddetmiştir.⁸⁷

Bu konuya olarak oldukça ilginç bir İDDGK kararından da bahsetmeyi gerekli görüyoruz. Karara konu olayda, 1/1000 ölçekli imar planının iptali istemiyle dava açan davacının, davalı idarenin savunmasında, dava konusu işleme dayanak teşkil eden 1/5.000 ve 1/25.000 ölçekli planları öğrenmesi üzerine bu işlemlere karşı da dava açmış, bu davası ise süre yönünden reddedilmiştir. Uygulama işleminin tesisi halinde bunun dayandığı 1/1.000, 1/5.000 ve 1/25.000 ölçekli planların dava konusu edilebilmesi mümkündür. Ancak somut olayda sübjektif bir uygulama işlemi bulunmamakta, 1/1.000 ölçekli planın kendilerine dayalı tesis edildiği 1/5.000 ve 1/25000 ölçekli planlar dava edilmektedir. Bu sorunu irdeleyen İDDK, imar planları arasındaki hiyerarşik ilişkiyi vurgulayarak, uygulama işlemi bulunmasa bile, doğrudan uygulama imar planına karşı açılan davada öğrenilen dayanak üst ölçekli planların da iptalinin istenebileceğine karar vermiştir.^{88, 89}

⁸⁷ D. 6. D. E:2005/1682, K:2005/1740, T:11.05.2005. Oysa İYUK m. 7/4 ilgisine uygulama işlemi ve düzenleyici işlemi tek tek veyahut bunlardan sadece birini dava edebilmek yönünden seçimlik bir hak bahsettiğine göre, her ne kadar davacı uygulama işlemi niteliğinde olmayan bir işleme dayanarak çevre düzeni planını dava ediyorsa da, esasen planın uygulandığı işlemde (istemini reddi) tesis edilmiş olduğundan, çevre düzeni planına karşı açılacak davada da, sürenin, istemin reddine ilişkin bildirim yapıldığı izleyen günden hesaplanarak davacının davasının dinlenmesi daha isabetli olabilirdi.

⁸⁸ DİDDGK E:2005/2477, K:2005/2822, T:15.12.2005.

⁸⁹ İYUK m. 7/4 uygulamasına ilişkin ilginç bir başka kararında da İDDK, uygulama işlemi olan kamulaştırma ile birlikte dava edilen düzenleyici işlem 1/1000 ölçekli uygulama imar planı hakkındaki istemi, uygulama işlemine ilişkin davanın konusuz kalması nedeniyle reddetmiştir. Bkz. DİDDGK E:1996/768, K1996/164, T:22.03.1998 künyeli kararı

F. Husumet

İptal davaları idari işlemlerin objektif hukuka uygunluklarının denetlendiği davalar oldukları için teorik olarak işlemi yapan idareye değil işleme karşı açılan davalardır. Ancak bir usuli gereklilik olarak davaya konu edilen idari işlemi tesis eden makamın dava dilekçesinde gösterilmesi gerekmektedir (İYUK m. 3/2-a). İdari davalarda dava konusu işlemi tesis eden davalı idarenin, yani hasmın gösterilmesi gerekmele birlikte, adli yargının aksine davanın doğru hasıma yöneltmiş olup olmadığı sorunu bir ilk itiraz değil, kamu düzenine ilişkin ve idare mahkemesince resen gözetilecek bir durumdur. Öyle ki, dava İYUK m. 3/2-a hükmü hilafına hasım gösterilmeden yahut yanlış hasım gösterilerek açılmış ise idare mahkemesi ilk incelemede dava dilekçesinin mahkemece belirlenen hasıma tebliğine karar verecektir.

Şu halde, genel olarak ifade edilecek olur ise, imar planlarının iptaline ilişkin olarak açılacak davalarda, dava konusu imar planını yapma yetkisine sahip olan idare hasım gösterilmelidir. Bir başka deyimle, dava konusu imar planı bir bakanlıkça yapılmışsa bu bakanlık, büyükşehir belediye sınırları içerisinde büyükşehir belediyeleri, belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde yer alan bir alana ilişkin yapılan imar planı ise ilgili belediyeler, belediye sınırlar dışında ise bağlı olunan il özel idareleri hasım mevkiinde gösterilmelidir.

G. İYUK 3. ve 5. Maddelere Uygunluk

İYUK m. 3, idari dava dilekçelerinin zorunlu koşulları düzenlenmiştir. İYUK m. 5 ise iki farklı durum açısından tek dilekçe ile dava açılabilir halleri düzenlemiştir. Bu öngörülerden ilkinde kural olarak her idari işlem aleyhine ayrı ayrı dava açılacağı vurgulanmakla beraber bu kuralın istisnası olarak aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabilir. Bir düzenleyici işlemin kendisine dayalı tesis edilen sübjektif işlemle beraber dava edilebilmesi veya aralarında neden sonuç ilişkisi bulunan birden fazla sübjektif işlemin birlikte dava edilebilmesi mümkündür. İYUK m. 5'te öngörülen ikinci olasılık ise hak veya menfaatlerinde iştirak bulunan birden fazla davacının, davaya yol açan maddi olay ve hukuki sebeplerin aynı olması halinde

tek dilekçe ile dava açabilmeleridir. Bu ikinci ihtimale imar hukukunda kolaylıkla rastlayabilmek mümkündür. Söz gelimi paylı mülkiyete konu bir taşınmazı ilgilendiren bir imar planı değişikliğinin iptalini tüm paydaşlar tek dilekçe ile açabilecekleri iptal davası ile talep edebilirler.

Davaların sözü edilen iki usuli düzenlemeye uygun olarak açılıp açılmadıkları da iptal davasında ön incelemede nazara alınması gereken hususlardandır ve bu hallerde eksiklik yahut hata bulunması halinde 30 gün içerisinde yeniden dava açılmak üzere dilekçelerin reddine karar verilecektir (İYUK m. 15/1-d).

NOT: Makalenin II. kısmı ve kaynakları dergimizin 94. sayısında yayımlanacaktır.

282

İmar Planlarının Yargısal Denetimi

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE
BAROLAR BİRLİĞİ
DERGİSİ

ISSN 1304-2882



- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurulu Kararları
- Adli Tıp
- Kitaplar, Dergiler
- Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler

DOSYA

YENİ İŞ YASASI
Görüşler - Değerlendirmeler

ŞUBUN BAŞKANLIĞI

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne

abonelik için;

arayın: **(0212) 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

SİYASET KURUMUNUN ORTAK GÜNAHI YASAMA REFORMU

COMMON SIN OF THE POLITICAL SYSTEM:
LEGISLATIVE REFORM

Ahmet İYİMAYA*

makaleler / articles

Özet: İncelemede yasama organının, içinde bulunduğumuz Cumhuriyet dönemi üçüncü kuşağındaki durumu analiz edilmektedir. Meclis'in, kendiliğinden işleyen kurumsal reflekse sahip olmaması ve işlevsel zaafı nedeniyle bir yasama krizinin varlığı tespit edilmektedir. Bu sorunları aşmak ve millet iradesini sisteme daha güçlü şekilde aktarmak için yasama reformunun gerçekleştirilmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle söz konusu reform için sorunlar ve çözüm önerileri sunulmaktadır. Reformun ruhu, genel kapsamı ve yöntemleri incelemede ortaya konmaktadır.

Anahtar Sözcükler: TBMM, meclis, yasama, yasama organı, yasama reformu, siyaset, demokrasi.

Abstract: In this study, the status of the law making body within the current third generation of Republican period is analyzed. Because of the lack of Parliament's self-acting own institutional reflections and functional weaknesses, a legislative crisis has been appeared. It is inevitable to launch a legislative reform in order to overcome those problems and for a stronger reflection of the will of nation onto system. Therefore problems and advisory recommendations are offered for the legislative reform in question. Virtue, general scope and methods of the reform are proved in this study.

Keywords: The Grant National Assembly of Turkey, the parliament, legislature, law-making body, legislative reform, politics, democracy.

* TBMM Adalet Komisyonu Başkanı.

“Demokrasi ve Meclis, çağdaş siyasal düzenin açık bir şifresidir.”

I. GİRİŞ

“Meclis, millet demektir.” Bu tanım cümlesi, Büyük Meclis’in mahiyet ve önemini bütün açıklığı ile ortaya koymaktadır.

Siyaset kurumu, varlık ve meşruiyetini, temsili millet demek olan yasama organından almaktadır. Demokratik yasamaya ve siyaset kurumuna kilit vurulduğu ara rejimler, bu gerçeğin dilsiz sözcüleridir.

İmparatorluğun parçalanmasına çare, meşrutiyete geçişte irade zemini, kurtuluş savaşında sivil komuta merkezi misyonunu yüklenmiş olan Büyük Meclis, içinde bulunduğumuz rejimi demokratik kılan aslî egemenliktir.

Bir ülkenin sistemi ve demokrasisi hakkında kanaat sahibi olmak isteyen bir kişinin, o ülkedeki yasama organının çok boyutlu resmine bakması yeterlidir. Bu resimde görülen arızaları, birer sistem ve demokrasi kusuru olarak algılamak, yanlış sayılmaz.

Şeridi hızla çevirelim. Cumhuriyet dönemi Yasama Meclisi’nin üçüncü kuşağındayız. Bir dönemlerin büyük reformlarını gerçekleştiren yasama organının üçüncü kuşaktaki durumundan memnun muyuz sorusuna cevap aramak herkesin ortak görevidir.

Hüküm cümlesini başta söyleyelim: *“Yasama organı, tarif edilmemiş bir krizin içindedir. Büyük Meclisin milli iradeyi kurallara dönüştürme kapasitesi, işlevsel zaafa uğramıştır. Meclisin, şartları oluştuğunda kendiliğinden işleyen kurumsal refleksi yoktur. Bu sonuç, siyaset kurumunun sistemli ihmalinin acı semeresidir. Siyaset kurumunun ortak günahı, yine siyaset kurumunun ortak girişimiyle ancak silinebilir. ‘YASAMA REFORMU, ARTIK ERTELENEMEZ BİR SİYASET GERÇEĞİDİR.’”*

Darbe anayasalarını yürürlükten kaldıramamış, toplumuna bir bütünlük içinde demokratik anayasa sunamamış, kanunun bir maddesi için saatleri yutan (zaman vampiri) köhne usulünü dönüştürememiş bir meclis görüntüsü hiçbir şekilde savunulamaz.

Her biri onar yıllık dönemlerin derin emeği ile hazırlanmış, kurumsal komisyonlarda görüşülerek kabul edilmiş “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu*” gibi siyaset ötesi hukuk reformlarına karşı atıl davranan bir siyaset anlayışının yasama organından kopardığı itibar fayını tahayyül edebiliyor muyuz? Hukuk ve adalet dünyasının muhtaç olduğu, batının yıllar önce gerçekleştirdiği temel yasaları güncelleştirme görevini (Any. m. 87; 7) askıya alan bir yaklaşımı, yasama organına eklemlemeye hakkımız var mıdır?¹

¹ Sözü geçen üç temel kanun tasarısı, iki yılı aşkın süredir Genel Kurul gündeminde beklemiş, bunlardan ikisinin görüşülmesine başlanmış, fakat uzun süren müzakerelerde 50-60 maddenin ötesine geçilememişti. Türk Borçlar Kanun Tasarısı 649 maddeden, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı 458 maddeden, Türk Ticaret Kanun Tasarısı 1540 maddeden oluşmaktadır. Mevcut İttüzük hükümlerine göre bu üç temel kanunun herhangi bir yasama yılı veya yasama döneminde görüşülmesinin ve kabulünün sağlanması mümkün değildi. Toplumsal talebin yoğunluğu ve siyasal partilerin (özellikle grup başkanvekillerimizin) öngörüsü, bu tasarıların sonuçlandırılması noktasında büyük uzlaşmayı 01.12.2010 tarihinde sağladı. Uzlaşma ruhu içinde, tasarılar günleri değil, saatleri aşmayan müzakere ve oylamalarla, Genel Kurul’da kabul edildi (bkz. TBMM’nin 11-12-13.01.2011 tarihli oturum ve tutanakları).

Makalemin yazımı tamamlandıktan sonra gerçekleşen bu olay, -kuşku yok ki- uzlaşma tarihimiz ve uzlaşma kültürümüz bakımından not edilmesi gereken önem ve değerdedir.

Aynı sürecin farklı evreleri olan uzlaşmaya ve uzlaşmazlığa vurgu yapması özelliği gözetilerek, makalede herhangi bir düzeltme gidilmemiştir. Bu sebeple üç temel Kanun Tasarısı’nın Genel Kurul’da uzlaşma öncesi görüşülebilmesine vurgu yapan (bu incelemenin “GİRİŞ” bölümünde yer alan) değerlendirme, metinden çıkarılmamıştır.

Her üç tasarının kabulü sebebiyle, Komisyon Başkanı sıfatı ile Genel Kurul’da yaptığım teşekkür konuşması, şöyledir:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanımızı, oturumu yöneten Başkanımızı ve Yüksek Genel Kurulu saygı ile selamlıyorum.

Değerli Milletvekilleri,

Aziz milletimizin daima arzuladığı uzlaşma özleminin büyük Mecliste gerçekleştiği mutlu zamanın içindeyiz. Üç temel kanun bakımından bir devrin kapandığı, yeni bir devrin açıldığı zaman durağındayız.

Millet, tabiatında var olan gerilimli diyalektiğe rağmen siyaset kurumundan, aynen bu gün olduğu gibi önemli projelerde uzlaşma ve çözüm dayanışması beklemektedir.

Bu üç temel tasarı ile ilgili olarak Meclis Başkanımızın öncülüğünde partilerimizin değerli grup başkanvekillerince gerçekleştirilen uzlaşmanın metne döküldüğü 01.12.2010 tarihli belge, bir arşiv malzemesi değerindedir. Bu belge, gelecek nesillere ve uzlaşmaya emsal oluşturmak üzere, tarihin korumasına/arşiv envanterine alınmalıdır.

Statüko iktidarının varlığını sürdürme yolunda başvurduğu ve Meclise kastettiği ara rejim kurgularını yaşam gerçeğinden silmek için gerekli yasama refleksini inşa etmek, ortak görevimiz değil midir?

Büyük Meclis'in açılış yıldönümü törenlerinde dünle övünmek yerine, öz sorgumuzu yapmak ve yasama organı ortak reform projesini milletle paylaşmak, -kuşku yok ki- daha anlamlı olur.

Yasama reformu, millet iradesini sisteme daha güçlü şekilde aktarmanın ön koşuludur. Statüko, yasama erkinin yapısal zaaflarından beslenmektedir. Bu reform, standardı yüksek hukuk normu üretebilmenin de zorunlu koşuludur. Herkesin "Benim Meclisim" diyebilmesi için yasama reformunu yapmaya mecburuz.

İncelememiz, yasama krizi ve yasama reformu sorunlarına dikkat çekme amacını taşımaktadır. Peşinen belirtelim ki, soruna eğilenler -siyasetçilerden çok- sivil toplum, yasama bürokratları ve akademisyenlerdir.² Sartori'nin de isabetle ifade ettiği gibi "dar ufuklu ortak

Hayatın ve adaletin muhtaç olduğu bu büyük eserin ortak ve özenli mimarları olarak: hukuk bilim adamlarına, hâkimlerimize, bakanlık bürokrasisine, Barolar Birliğine, kardeşim adalet bakanımız dahil, süreçteki bütün adalet bakanlarımıza, siyasal partilerimize, en başta büyük Meclise, onun manevi kişiliğinde görüşmeleri yürüten başkanımız dahil, divana; bütün milletevkillerimize, değerli grup başkanvekillerimize, kıymetli üyelerimizin terkibi ile müşekkel adalet komisyonumuza, hasılı parlamento bürokrasisi dahil, katkısı olan herkese şükran borçluyuz.

Büyük Meclisin, hukuk ve uygarlık dünyamıza armağanı olan bu onurlu eserin hayırlı olmasını Allahaan diliyorum.

Aziz milletimizin ve tarihin huzurunda hürmetle eğiliyorum. Saygılar sunuyorum." (TBMM TD, 13.01.2011 t, D.23,YY.5, B.55. s. 116).

- ² Türkiye Büyük Millet Meclisi, belirli periyotlarla güncelleyeceği bir yasama ve yasama hukuku bibliyografyasını henüz hazırlayamamıştır(?). Bu bağlamda bkz. İsmail Muştak (Mülga Meclis-i Ayan Katib-i Umûmisi), *Mufassal Hukûk-u Siyasiyye* (TBMM yayını, üç cilt, iki cildi eski, bir cildi yeni harflerle, toplam ikibin sahifeyi aşkın, 1926-1927, İst. Matbaa-ı Amire), (Fransa Meclis-i Mebusan Katib-i Umûmisi Eugene Pierre'den çeviri). Prof. Tuanaya, bu eserden hayranlıkla bahseder. Meclis-i Ayan genel sekreterinin kapasitesi, kazandırdığı eser bazında düşünülmeli ve günümüzle mukayese edilmelidir. Dr. Servet Armağan, *Memleketimizde İchtizükler*, İst.1972 (eser, parlamento hayatımızdaki içtüzük serüveninin 1876-1972 yılları arasındaki kronolojik hikayesidir) (586 sahife). Teamüller dahil, Parlamento iç hukukumuzun ilmi tahlilleri henüz yapılmamıştır. Kimi hukuk fakültelerinde, "Parlamento Hukuku" yardımcı ders olarak okutulmakta ise de, yeterli değildir. Parlamento akademisine, sür'atle ihtiyaç vardır. Bu alanda -kuşkusuz- güncelliğini yitirmiş olsa da, yararlı monografiler, tek-konulu incelemeler anılmağa değerdir (Par. Ex. Dr. Erdoğan Teziç, *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi*

ilgisizlik,³ yasama sorunlarını top top büyütmektedir. On yılı aşan yasama üyeliğindeki gözlem ve tecrübelerimin incelemeye katkısını ve incelemeyi kaleme alma kararına etkisini baştan belirtmeliyim.

II. ERK OLARAK YASAMA VE YASAMA ORGANI ALGISI

1. Yasama Organına Özel Vurgu

a. Yasama organının asıl ihdas sebebi, otoriteye karşı insan haklarını, giderek insanı korumaktır. Üst normlar düzeyinde kural koyma tekelinin devredilemez kesinlikte bu organa verilmesi, özünü adaletin oluşturduğu bir hukuk ve demokrasi uygarlığını inşa amacına dayalıdır. Ortak akıl ve ortak faydanın kaçınılmaz sonucu olan bu yapı, medeniyet tarihi ile yaşıt bir evrim ve süzülmenin semeresidir.

Kararları, İst. 1980, TBMM'nin Etkinliği TESEV, Prof. İlter Turan, bu kaynaktaki özgün bir inceleme, Dr. Ömer Faruk Gençkaya, *Türkiye'de Parlamento Reformu: Tarihsel Bir Değerlendirme*, s. 31 vd.; Dr. Ahmet Yücekök, *Siyaset Sosyolojisi Açısından Türkiye'de Parlamentonun Eorimi*, Ank. 1983; Keza, Nühket Turgut, *Siyasal Muhalefet*, Ank. 1984; Dr. Bülent Yücel, *Parlamentar Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği*, Ank. 2009; Yrd. Doç. Dr. Ozan Ergül, *Anayasa Mahkemesinin TBMM İktüzük Değişikliğini İptal Kararı Işığında Özel Yasama Yönetimine Bir Bakış*, AÜHFĐ, C. 51, S. 4, s. 99-130, Y. 2002; Aynı müellif, *Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ank. 2007; Fahri Bakırcı, *TBMM'nin Çalışma Yöntemi*, Ank. 2000; Dr. Şeref İba, *Parlamento Hukuku*, Ank. 2010. Aynı müellif, *Parlamento İktüzük Metinleri (Osmanlıdan Günümüze)*, Ank. 2009; Dr. İrfan Neziroğlu, *Türk Parlamento Hukukunun Temel Kavramları*, Ank. 2008; Dr. Volkan Has, *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin Çalışma Düzeni*, Ank. 2009; Av. Önder Canbolat, *Hukuki Düzenleme Tekniği, Düzenleyici Etki Analizi (DEA) ve Yasa Yapım Süreci*, Ank. 2010; Ahmet İyimaya, *Anayasaya Aykırı İktüzük Girişimi (Siyaset Hukuku Sorunları*, Ank. 2007, s. 389 ve dev.; Havvana Yapıcı, *Özel Yasama Yöntemleri ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Örneği* (yayımlanmamış uzmanlık tezi).

³ Yasama krizine demokratik dinamikler, sosyoloji ve siyaset felsefesi eksenlerinde yaklaşım için, bkz. Carl Schmitt, *Parlamentar Demokrasi'nin Krizi* (Çev. A. Emre Zeybanoğlu), Ank. 2010; Hans Kelsen'in çağdaşı olan ünlü hukukçu Schmitt'in Parlamento kritiğine, makalemın dar kapsamı sebebiyle girilememiştir. II. Dünya Savaşı'nın Avrupa'da ve özellikle Almanya'da yol açtığı bunalım ortamında ortaya konan kritikten yararlanmamak düşünülemez. Bilim dünyasının son yıllarda adeta yeniden keşfettiği büyük hukukçudan Türk akademiasının gerektiği kadar yararlandığı söylenemez (Prof. Dr. Mithat Sancar, *Temel Hakların Yorumu*, yayımlanmamış doktora tezi, AÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü). Dr. Sonay Bayramoğlu, *Parlamentonun Krizi* (yayımlanmış tez, AÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü).

Totaliter rejimlerin dahi –göstermelik de olsa– birer Meclise sahip olmaları, çoğu zaman seçimli demokrasiye atıfta bulunmaları, yasama organı kabulünün aşkın gücünü ve meşrulaştırma özelliğini ortaya koymaktadır. Türkiye’imizdeki ara-rejimlerin dahi aynı ihtiyacı hissetmeleri (Kurucu Meclisler, Danışma Meclisleri), incelenmeğe değer bir paradokstur.

b. Partiler sistemindeki değişimlerin, hükümet-parlamento ilişkilerinin kazandığı yeni yapıların ve kitle demokrasilerindeki derinleşmelerin, yasama organını önemsizleştirdiği savının gerçekte örtüştüğü söylenemez.⁴ Makalemizin değerlendirme sınırları dışında kalan bu söyleme değinmekle yetinelim. Bütün bu karmaşık durum ve ilişkilere rağmen, yasama organları ve Büyük Meclisimiz, milletlerin (evleviyetle milletimizin) kalplerinin attığı, ortak iradenin gerçekleştiği, toplumsal barış mayasının yapılandığı zeminlerdir. O yoksa anayasa, o yoksa barış, o yoksa ulus yoktur. Yasama organları, devletlerin, milletlerin ve sistemlerin var oluş şartıdır.

2. Yasama Organı Algısı

Yasama organı, kurumlar ve erkler içinde en fazla eleştiriye ve hatta saldırıya uğrayan bir organdır. Meclis yönetiminin, bittabi en başta başkanlarımızın bu konu üzerinde tarihsel çizgi ve veri düzlemlerinde geniş araştırma yapmaları gerekir. Milletvekilinin ve yasama organının itibarsızlaştırılması dönemlerinin bilimsel olarak incelenmesi, arka plan gerçeğinin açığa çıkarılması, demokrasimizin sağlığı ve konsolidasyonu bakımından çok önemlidir.

Ortak sorunlarda topyekûn siyaset kurumunu aynı ekseninde konumlandırarak yasama refleksinin gelişmemiş olması(I), toplum mühendisliği pratiklerinin nesnesini genellikle Meclisin oluşturması(II), vesayet organlarının demokrasiyi ve seçilmişleri içselleştirme zorlukları(III), büyük kararlarda ve reformlarda çıkarları zedelenen kesimler(IV), diğer kurumlardaki saydamlık açığı sorunları(V), iktidar-muhalefet gruplarının uzlaşma-hoşgörü eksikliğinden kaynaklanan tavır görüntüleri(VI), verimliliğe ve rasyonelliğe odaklanmış iç hukukun yokluğu(VII) ve zamanı kara deliğe akıtan tekrarcı genel

⁴ Bu konudaki tartışmalar için bkz. 3 no.’lu dipnottaki kaynaklar.

kurul müzakereleri(VIII), algı bozulmasının genel dinamikleri olarak değerlendirilebilir.

Tüm projeksiyonların yasama organı üzerinde olması tabiidir. Meclise ve yasama erkine karşı geliştirilen tuzakları boşa çıkarmak, haklı eleştirilerden pozitifler üretmek, kurumsal itibarı doruklara taşımak, toplumu aydınlatmak bize düşer.

Ciddi bir yasama reformunun, algı-olgu eksenindeki kimi sorunları çözücü işlevi gözardı edilemez.

III. SORUNLAR-NEDENLER

1. Ortak Alan Gerçeği ve Yasama Refleksi Sorunu: Siyaset kurumunun temel dinamiklerinin farklılıklarına bakılmaksızın, her biri bakımından değişmeyen, her biri için yaşam zemini oluşturan ortak siyasal alanlar vardır. Çoğu kez bu alanlar, siyaset kurumunun soyut ve ortak değerlerini de oluşturur. Kurumsal olarak partiler, yasama erki (egemenlik) ve yasama organı (Meclis), ortak alanların önde gelen parçalarıdır. Ortak alanlara yönelik güç saldırılarına karşı kurumsal dayanışma, işbirliği ve demokratik refleks, bir hayatiyet şartıdır. Yasama ve demokrasi tarihimiz göstermektedir ki, ortak alana yönelik saldırılara karşı ortak bir yasama yahut siyasal refleks geleneğimiz yoktur. Sayılamayacak kadar örnek zenginliğine sahip olduğumuz yasama refleksi zaafı, otoriter kültür genlerinden ve şark kurnazlığı tavırlarından beslenmektedir. Belli ki, burada da bir demokrasi kültürü açığı vardır. Verilen muhtıralarda, *“muhatap ben değil, sensin”* tutumları, birer demokrasi ve refleks travmaları olarak ortak hafızamızdadır.⁵

⁵ Darbeler dönemi siyaset kurumu suskunları, “şapka” öyküleri, 28 Şubat sürecindeki muhalefet tavırları, demokrasi tarihimize düşülen refleks zaafı notlarıdır. Bu bağlamda 12 Mart-askeri muhtırasına karşı -biraz gecikmeli de olsa- dönemin CHP Genel Sekreteri Mustafa Bülent Ecevit tavrı, 27 Nisan dijital muhtırasında değerli Başbakanımız Recep Tayyip Erdoğan tavrı demokratik cesaretin ender örnekleri olarak siyasi tarihimizin kayıtlarına intikal etmiştir.

Ecevit, muhtırayı Yunanistan’dakinden daha ince ayar bir askeri müdahale olarak nitelemiş, başında bulunduğu sosyal demokrasi hareketinin önünü kesme amacını taşıdığı düşüncesiyle, parti genel sekreterliğinden istifa etmiştir [İnönü, Ecevit’in tavrını mübalağalı olarak görecektir, Demirel ile birlikte hareketin öngördüğü hükümeti, parti kararı ile destekleyecektir. (Bkz. *Milliyet Gazetesi*, 22.03.1971)].

Yasama refleksini var etmek, yasama reformunun zor sorunlarından birisidir. Bu konuda bilimsel araştırmalar yapılmalı, kültür formatları oluşturulmalı, zihinsel dönüşüm yolunda eğitimden faydalanılmalı; siyaset, okullarınızın ortak dersi olmalıdır. Darbe ve muhtıra dönemlerindeki haşmetli ceberutlar, kara örnekler olarak bu derslerde okutulmalı ve refleks tohumlarının çimlenmesi sağlanmalıdır.

Yasama refleksinin, geniş anlamda siyaset kurumuna, dar anlamda yasama organına yönelik haksız saldırılara anlık reaksiyonlardan ibaret olduğu sanılmamalıdır. Bu refleks, yerine göre kural koyma biçiminde kullanılmasını zorunlu kılabilir. Bürokrasiyi bir hizmet organizasyonundan ibaret saymayan, egemen organ anlayışı içinde koruma-kollama görevi (!) hurafesi ile sisteme müdahale eden yapıları hukuk içine çekecek reformlar, bu yönleriyle işletememiş yasama refleksleridir. Askeri gücümüzü, ana gövdesini yurt savunmasının oluşturduğu öz görevine döndürecek ve sürdürülemez ideoloji yükleri ile ekonomik girişimlerden kurtaracak büyük reformu, Gazi Meclis daha fazla erteleyemez.⁶

Büyük Meclis'in 11. Cumhurbaşkanını seçmek için çalışmasını yürüttüğü günün yarı gecesinde, 2007 yılı 27 Nisan'da Genel Kurmay Başkanlığı'nca verilen muhtıranın oluşturduğu ve öznesine göre farklı beklentileri, umutları ve tepkileri barındıran genel psikoloji, Başbakanımız Recep Tayyip Erdoğan'ın demokratik cesaretinde tezahür eden refleksle buharlaşmıştır. İki sahifeden ibaret tarihi mukabelelenin (ve refleksinin) birkaç cümlesi şöyledir:

"Öncelikle söylemek isteriz ki, Başbakan'a bağlı bir kurum olan Genelkurmay Başkanlığı'nın herhangi bir konuda hükümete karşı bir ifade kullanması demokratik bir hukuk devletinde düşünülemez.

Genelkurmay Başkanlığı, hükümetin emrinde, görevleri Anayasa ve ilgili yasalarla tayin edilmiş bir kurumdur. Anayasamıza göre, Genelkurmay Başkanı görev ve yetkilerinden dolayı Başbakan'a karşı sorumludur.

Enerjimizi iç tartışmalarla tüketmek yerine ülkemizi küresel rekabette daha güçlü hale getirmeye ve milletimizin refah ve mutluluğunu arttırmaya sarfetmeliyiz.

Türkiye'nin uluslararası toplumda itibarını zedeleyen, çağdaş dünyadaki konumuzuz zarar veren, Türk ekonomisinin istikrarını tehdit eden, demokrasiye aykırı ve Türk Milleti'nin vicdanında yara açan davranışlardan tüm sorumluluk sahiplerinin kaçınması gereklidir."

⁶ Bu makalenin kaleme alındığı günlerde, 17 Aralık 2010 tarihi, saat:15.05'te, BA-03/10 No ile, "Türk Silahlı Kuvvetleri, Genel Kurmay Başkanlığı" üst başlığı ile şu bildiri (aynen) yayınlanmıştır:

"1. Büyük Önder Atatürk'ün Türk ulusuna armağan ettiği en büyük eseri olan Türkiye Cumhuriyeti; halk egemenliğine dayalı, kuruluş felsefesinin temelinde, "Üniter devlet" ve "Ulus devlet" olgusunun yer aldığı, demokratik bir yapı ve sağlam hukuki temeller üzerinde yükselerek bugünlere ulaşmıştır.

Refleks zaafına örnek oluşturan olgu ve olayların ayrı ayrı sorgulanması, değerlendirilmesi ve eserlere konu kılınması çok önemlidir. Bu konudaki kurumsal açığa ve zihin tembelliğine vurgu yapmak gerekir. Sözelimi 11. Cumhurbaşkanı seçiminde, üstelik anayasa araçsallaştırılarak sahneye konan toplum mühendisliği oyununun kimi siyaset kurumu ve Yüksek Yargı Organlarınca açıkça desteklenmesi, demokrasi ve hukuk eksenlerinde açıklanması zor aykırılıklardır.

Refleks zaafını besleyen kimi ön kabul ve dogmaları da demokrasi ameliyatına almak zorundayız. *“Partiler üstü anlayış”, “siyasallaşma”* gibi söylemlerin, topyekûn siyaseti küçümseyen otoriter yaklaşımların ürünü olduğu unutulmamalıdır. Bu söylemleri, muhtıraların vazge-

2. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın değiştirilmeyecek hükümleri arasında yer alan 3'üncü maddesi; *“Türkiye devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir.”* hükmünü amirdir.

3. Dil, kültür ve ülkü birliği, bir millet olmanın başta gelen vazgeçilmezleridir. Dil birliğinin olmaması durumunda bunun sonuçlarının neler olacağı, tarihteki birçok acı örnekleriyle gözler önündedir.

4. Son günlerde *“Dilimiz”* üzerinde kamuoyunun gündeminde yer alan birtakım tartışmaların, cumhuriyetimizin temel kuruluş felsefesini kökten değiştirecek bir noktaya doğru hızla götürülmeye çalışıldığı endişeyle izlenmektedir.

5. Türk Silahlı Kuvvetleri; devletin, Anayasa'muzda yer alan, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi koruma görevi kapsamında; Ulus devlet, üniter devlet ve laik devletin korunmasında her zaman taraf olmuş ve olmaya devam edecektir.

Kamuoyuna saygıyla duyurulur.”

Genel Kurmay Başkanlığı'nun bildirisi, o günlerde TBMM kürsüsünde cereyan eden *“çift dil”* tartışmaları sebebiyle yayınlanmıştır.

Demokrasilerde karara ve çözüme giden yollar, Genel Kurmay'dan değil, Meclis'ten geçer. Silahlı Kuvvetler, seçimle oluşmuş anayasal iktidarların memurlarıdır. İktidarın dışında, iktidara rağmen veya ona karşı bir duruş sergileyemezler. Aksine tutum, sadece ordumuzu zaafa uğratmakla kalmaz, demokrasimizi de zaafa uğratar. Ortak kurum ve değerlerimiz, ancak demokrasi ile korunur ve demokrasi ile dönüşür.

Bu bildiriye karşı, Meclis Başkanlığımızın suskun kalması, en azından anayasal yetki ekseninde bildiri ile mukabele edilmemesi, bir genel başkan yardımcısı dışında bütün partilerin sükût etmeleri, yasama refleksi zaafına açık kanıt oluşturmaktadır. Bildiri, en üst karar organı olan Büyük Meclisin yetki alanına açık ve antidemokratik bir müdahaledir.

Siyaset tarihimizde bu tür düşük yoğunluklu Genel Kurmay bildirileri 100 sayısına sığdırılmayacak kadar çoktur. Yasama refleksi bakımından üzerinde durulması gereken nokta, bu güne kadar bu konuda bir Meclis araştırmasının yapılmamış olması ve Silahlı Kuvvetler'imizi de ağır yükten kurtaracak olan önleyici yasama girişimlerinden kaçınılmasıdır.

çilmez gerekçeleri olarak hepimiz hatırlıyor olmalıyız. Oysa siyaset, gerektiği şekilde icra edildiğinde hizmetlerin ve kamu görevleri piramidinin doruğunda taht kurmuş bir onuru simgeler⁽⁷⁾. İddialı bir reform, siyasal alana yönelik zihin sekellerini ortadan kaldıracak pozitif psikolojiyi ve ortamı hazırlamaya yönelik mekanizmaları geliştirmek zorundadır. Bu konuda otoriter kötüler, otoriter kültürü, demokratik erdemleri konu kılacak edebiyat ve sanat yapımlarını teşvik etmek, ihmal edilemeyecek bir yöntem çeşitliliğini ima eder.

2. Meclis Başkanlarının Meseleyi Sahiplenmesi Sorunu: Milli iradenin tecelligahı olan Büyük Meclis, Atatürk'ten bu yana çok değerli başkanları barındırmıştır. Kuruluş döneminin zorluk ve başarılarını yerinde bırakarak diyebiliriz ki tarihsel çizgi içinde başkanlar, kamusal yaşamlarını, günlük normatif işlerle geçirmişlerdir. Protokol, anmalar, açılışlar, çalıştaylar, ziyaretler, önemli oturumları yönetmeler ve rutinler... Bazen de anayasa ve içtüzük çalışmaları... Kuruluşundan bu yana bütün yasama sorunlarını kuşatan bir yaklaşımı, çözüm uğruna reform vizyonunu ortaya koyacak bir tavır örneğini müşahade imkânından mahrumuz. Söz gelimi yasamanın temel birkaç sorununda yasama organının (evleviyetle başkanlarımızın) girişimiyle üniversitelerimizde gerçekleştirilmiş kaç doktora tezi vardır? Şahsen ben bilmiyorum. Bilimsel bilgi ve birikim olmadan sağlıklı bir sorun açılımı ve çözüm üretimi düşünülemez. Yasama reformu konusunda farklı siyasal iradeleri ortak noktaya çekme (yüksek uzlaş) parametrelerini oluşturma, eylem planlarını geliştirme sorunları, evvela başkanlarımızın sorunlarıdır. İkna, inşa ve saygın yasama, onların rüyası ve onların hedefi olmalıdır.

3. Uzlaşma Açığı Sorunu: Yasama reformunda nihai kurucu iradeyi ortaya koyacak temel dinamikler; partiler ve milletvekilleridir. İktidar ve muhalefet karşıtlığı, reformu zorlaştıran unsur işlevi görebilir. Çatışmacı ve gerilimli süreçlerde bu zorluk, doruklara tırmanabilir. Uzlaşma kültürü açığımız, bu zorluğu daha da derinleştirebilir. Re-

⁷ Prof. Dr. Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, Ank. 2005, s. 90 ve civ.; Ahmet İyimaya, *a. g. e.*, s. 2 vd.

form, bütün bunlara rağmen vazgeçemeyeceğimiz, gerçekleştirilmesi gereken bir dönüşümdür. Beklentilerin ortak noktası ile reformların maksimum yahut makul noktası, birden fazla seçenek modellemeleri ile birbirilerine yaklaştırılabilir. Yürürlükteki mevcut yapı, uzlaşma işlevini göremiyor. Reform, zorlukları aşmak zorundadır. Tankların oluşturduğu stabil ortamda üretilen yasama reformu ayıplarını, demokratik siyaset sürgit yaşatamaz.

Bu noktada, başta siyasal partilerimize, parti liderlerine ve milletvekillerine önemli görev ve sorumluluklar düşmektedir. Kuşku yok ki, her partinin ve değerli yönetici ve üyelerinin genel çerçeveleri programda çizilmiş farklı siyasal anlayış ve hedefleri vardır. Demokrasiyi anlamlı kılan da bu farklılıkları bir arada barındırmasıdır. Ancak en az bu anlayış kadar yasama egemenliğinin ve yasama organının bağımsız ortak varlık olduğu gerçeği de içselleştirilmeli ve kabul görmelidir. Meclisin gücü ve siyaset kurumunun saygınlığı, bu anlayışın bütün partilerimizce benimsenmesine bağlıdır. Siyasal partiler, siyasetin konjonktürel gerilimlerden ibaret olmadığını kavramak ve Büyük Meclis'in kimliğini üste çıkaracak ortak eksenini keşfetmek zorundadırlar. Böyle dayanıklı bir eksenin siyasal zihniyet ve siyaset felsefesinde var kılınamaması, kırılğan ortamların doğuşunu kolaylaştırmakta, müdahale istihalarını kabartmakta ve toplumsal reaksiyonların oluşabilmesini engelleyebilmektedir. Yasamada uzlaşma yeteneğini artırmak, ortak alan sorunlarında uzlaşmayı süratle işleyen reflekse döndürebilmek, bir temenniyi değil, demokratik varoluşu anlatır. Kimi liderlerin hatıralarına yansıyan "*ara-rejim hapis dönemi tövbeleri*", zamanında kaçınılan önleyici uzlaşmaların acımtırak itiraflarından başka bir şey değildir. "*Dün*", "*yarın*" içindir. Şu kadar ki, "*bu günü yaşayanların*", dünden aldıkları derslere göre hareket etmeleri gerekir. Akılcı uzlaşma, her günün ve herkesin "*ders*"idir. Uzlaşma açığı, bilgi toplumu için dahi bir tür cehalete işaret eder. Uzlaşma, dinamiklerin iradelerinin salt birlikteliklerinden değil, sorunun doğasından kaynaklandığında değer kazanır. Sorunun tabiatına yabancı, makyaj ve kılıflama becerisini çözüm görüntüsünde sunan uzlaşma pratiklerinden kaçınılmalıdır. Zamanın ruhunun kolaylıkla savurabileceği bu gibi illüzyonlar, siyaset kurumuna zarar verir. Türkiye, ender yakalanabilen uzlaşma örneklerinden, yoğunlaşmış uzlaşma evresine geçmek zorundadır. Zihin, kültür ve uygulama kodlarıyla. Bu görev, topyekün topluma,

bireysel akla, eğitime ve Büyük Meclis'e düşer. Gerçek bir reform, uzlaşma açısı görmezlikten gelinerek var edilemez.

4. Hukuk Üretme Kapasitesindeki Yasama Zaafıları Sorunu: Yasama organının temel işlevi, denetim yanında hukuk normu üretmektir. Normun yerindelik unsurunu, siyasal iktidar (hükümet ve iktidar grubu), hukuki unsurunu ise yasama organı tayin eder. Hukuk normu üretiminin yasama dışı ve yasama süreçleri, kalite ekseninde modelendirilememiştir. Yürütme organına tasarı taslağı üreten mekanizma da kurumsal bir konsolidasyon olmadıktan başka bilim ve bilim kuruluşları ile rasyonel etkileşim de genellikle ihmal edilmektedir. Bir bütünü, iç uyumu ve sistemi anlatan *"hukuk üretmek"*le adına kanun dediğimiz formatta *"Türkçe cümle üretmek"* birbirine karıştırılmamalıdır.⁸ Ne komisyonların yapıları ne de genel kurul müzakere süreçleri, hukukun üstünlüğüne temel oluşturabilecek norm üretme kapasiteleri ile donatılmamıştır. Görüşmeler için savrulan zaman ve enerjinin onda biri, hukuk içeriğine harcanmamaktadır. Sözgelimi Genel Kurul'da bütün grupların ittifakı ile kısa sürede üretilen bir önerge, daha kuruluş aşamasında hukuk bozuculuğu işlevini görebilmektedir.⁹ *"Yok*

⁸ Bkz. dn. 33. Kötü kanun yapımına yergi kapsamında Otto Bismark'a şu cümle atfedilir: *"Kanunların ve sosislerin nasıl yapıldığını öğrenen bir kişi, geceleyin rahat uyuyamayacaktır"*.

⁹ "Hukuk bozucuları (yahut hukuk bozuculuğu)" kavramı, bilinçli bir tercihtir. Hatta yeni bir kavramlaştırma olarak Anayasa hukuku ve siyaset hukuku alanına sunulu bir "öneri"dir. Kavramın, doruk egemenlerin hukuk ihlaline karşı toplumsal duyarlılığı geliştirici ve itiraz kültürünü oluşturucu bir özelliği de vardır. İhlal tavrılarının derecelendirilmesi ve doruk egemenliklerin ihlallerine, özgün adlandırılma yapılması, bilime yabancı bir fikri inşa değildir. Belki de aynı kavram, iyi yönetim ve işler demokrasi ilkelerinin içeriklerini zenginleştirecek yeni bir unsur olarak da ortaya çıkmaktadır.

"Hukuk bozucuları", hukuk refleksinin en yoğun işlemesi gereken hassas alanlarda -genellikle- bilinçli ve hesaplanmış yöntemlerle hukuku devre dışı bırakırlar. Yargı, siyasal partiler, askeri kesim dahil bürokrasi, yasama organı ve benzeri doruk egemenlik zeminleri, hukuk refleksinin tepe noktaya ulaştığı alanlardır. Gerçek hukukun doğrudan kendilerine uygulanmasında, gerekse hukuku başkalarına uygulamada, doruk egemenliklerin gösterdikleri performans, hukukun kökleşip kökleşmediğinin ve hukuk refleksinin göstergesidir. Hukuk bozuculuğunun temelinde somut olayın niteliğine göre "hukuk korkusu, iktidar hırsı dahil, haksız çıkar (yolsuzluk) ve ideoloji körlüğü" gibi farklı motifler yatar". Ahmet İyimaya, *Siyaset Hukuku Sorunları*, Ank. 2007, s. IX, XI).

kanun, yap kanun” meşrutiyet zihniyeti, cumhuriyetin tevarüs ettiği yasama sekeli olarak halen yaşamaktadır. “*Kanunlar Mezarlığı*”na dönen mevzuat envanteri, hukuk üretme kapasitesindeki yasama zaafının dışavurumundan başka bir şey değildir. Hukukun üstünlüğü ile yasa sayısı arasında ters orantılı bir ilişkinin varlığı, kanıtlanmış bir gerçektir. İyi bir yasama reformu, yasama organının standardı yüksek ve emsal seviyede hukuk normu üretebilecek bir kapasite ve donanımı modellendirmek zorundadır.¹⁰

Kaliteli norm üretme ve düzeyli hukuk inşa etmenin, evvela Büyük Meclis’in görevi olduğu ve hatta yasama egemenliğinin özünü oluşturduğu (Any. m. 7) unutulmamalıdır. Mevcut yapı ve süreçler, işaret olunduğu üzere bu büyük görevi ifa edecek donanımdan yoksundur. Düzenleme alanının bütün boyutlarını kapsayan yapı özelliklerini (sorunun tabiatını) ve vasıflı hukuk bilgisini göz ardı eden bir norm ve hukuk inşası ile mimari ve mühendislik projelerinden yoksun kaba inşaat arasında herhangi bir fark yoktur. Hukuk fakültelerinde kural koyma (norm üretme) ile ilgili ayrı bir dersin -en azından parlamento hukuku bilim dalı içinde- okutulması çok önemlidir. Düşünülen “*Yasama Akademisi*” bu konuda önemli bir açığı kapatabilir. Kural yapımında ve yapıcılarında, yasanın ruhunu ortaya koyacak kertede hukuk metodolojisi, felsefesi, sosyolojisi ve tarihi bilgi birikimlerini

¹⁰ Yasama süreçlerinin rasyonel işleyişi, hata ve manipülasyonları körlüklere gömmeyecek kurumsal özen ve daha iyiye kenetlenmiş şüpheli kontrol; kuralın standardını yükseltecektir. Süreçlerde göz ardı edilen inşa kusurlarına ve hatta kimi yasama manipülasyonlarına verilebilecek örnekler konusunda, yasama tarihimiz, hayli zengindir. Cumhuriyet tarihi yasama süreçlerinin bu açıdan bir araştırma konusu kılınması, yasamanın öz eleştirisi ve reform bağlamında dönüştürücü yararlar sağlayacaktır. Süreçteki hatalara taze örnek olarak, bilim kurulunun bir tercihi gösterilebilir. 22. Dönemde Meclise sunulan “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Komisyon Raporu”nda taşıma sözleşmesinden kaynaklanan ölüm ve cismani zararlara dayalı sorumluluk davası için bir yıllık zaman aşımı öngörülmüştü. Bilim kurulunun tercihine dayalı, sözleşme hukuku ve trafik kazaları hukuku parametreleri ile çatışan bu süre, 23.Dönemde komisyonda gözden geçirilme sürecinde fark edilmiş, Genel Kurul aşamasında yürürlükteki hukukumuza uygun olarak, 10 yıl biçiminde düzeltilmiştir (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, m. 855,1270. TBMM TD, 13.01.2011 t, D:23,YY: 5, B:51). Bu ve benzeri aykırı tercih ve hatalara geçiş fırsatı vermeyecek denetim ve gözden geçirme mekanizmaları, olası reformun göz ardı edemeyeceği noktalar olarak önümüzdedir.

görebilmek, birer şanstır.¹¹ Bu konudaki açığı, evvela görmesi gereken, Meclis Başkanı ve yasama refleksi dinamiğidir. Akademi modellemesi içinde, Meclis'in Kanunlar ve Kararlar Dairesi'nin ve yasama uzmanlığı alanının rasyonel temellerde yeniden yapılandırılması, zorunlu görülmektedir.

Meclisimizin tasarısı ve teklif kökenli önemli yasal dönüşümlerini görmezlikten gelemeyiz. 1982 Anayasasının çeşitli tarihlerde değiştirilmesine ilişkin kanunlar, Türk Medeni Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu sıralanması burada mümkün olamayan örnek çokluğu içinde yasama iktidarının önemli çalışmaları olarak hatırlanmalıdır. Yine aynı şekilde, Büyük Meclis'in 2011 yılında tarihi uzlaşma ile kabul ettiği Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Hukuk Muhakemesi Kanunu, bu arada sayılmalıdır. Ancak bizim üzerinde durduğumuz husus, yasama işlevini hukuk kalitesi ve verimlilik ekseninde kurumsallaştıracak ivedi reform ihtiyacının ortaya konması ve daha fazla ertelenmemesi zaruretidir.

5. Darbe ve Vesayet Tavrılarına Karşı Geçirimsizlik Modellemesi Sorunu: Toplum mühendisliği teknikleri, statükonun vesayetçi tavrı, muhtıra ve darbeler, yasamanın evrimini, kurumsallaşmasını ve giderek özel kültürün oluşmasını önlemiştir. Büyük Meclisi fesketme cüretini gösteren silahlı bürokrasi tavrı, reform merceğinde farklı bir şekilde okunmalı ve izolasyon işlevli özgün hukuk normları üretilebilmelidir. Bunun bilinen yol ve modelleri vardır. Kendilerini milli iradenin üstünde gören anlayışları işlevsel sınırlarına çekecek ara reformlar, büyük yasama reformunun vazgeçilmezleridir.

Siyaset ve parlamento tarihimiz onu göstermiştir ki, küresel standartlara ve demokrasi ölçütlerine uygun bir silahlı kuvvetler reformu-

¹¹ Dr. Yasemin Işıktaş, *Hukuk Normunun Mantıksal Analizi ve Uygulanması*, İst. 1999; Prof. Dr. Yaşar Karayalçın, *Hukukta Öğretim, -Kaynaklar-Metod (Problem Çözme)*, Ank. 2008; Prof. Dr. Zeki Hafızoğulları, *Ceza Normu*, Ank. 1996; Önder Canbolat, *a. g. e.*; İbrahim Araç / Dr. Şeref İba, *Türkiyede Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine*, *AÜSBFD*, Y. 2003, C.58, S. 3, s. 35-60.; *Yasama/ inşaa kusurları ve kanun enflasyonu konusunda kısa bir değerlendirme için bkz. Dr. Şeref İba, Hukuk Tarihimizde Mevcut Ayıklama ve Süpürge Kanunları Geleneği Oluşturmak, Anayasa ve Parlamento Üzerine İncelemeler*, Ank. 2010, s. 215 vd.). Ayrıca, bkz. bu makalenin 33 no.'lu dipnotu.

nu gerçekleştirilmeden etkili bir yasama reformu ve yasama konsolidasyonu gerçekleştirilemez. Darbe dönemlerinin artık sona erdiği kabul edilse bile mevcut yapısı ile silahlı kuvvetlerimizi ince ayar toplum mühendisliğinin ve ideolojinin bozucu yükünden kurtarıldığı veya kendisini kurtarmış olduğu söylenemez. Bunu sağlayacak yegâne güç, yasama (organı) refleksi olacaktır.

Darbe ve muhtıra dönemi tahribatlarını ortadan kaldıracak telafi edici geçiş hukukunu oluşturmak(I), silahlı kuvvetlerimizi “*koruma/kollama görevi*” gibi bozucu hurafelerin tahrik ve teşvik edici yükünden kurtarmak ve bu yöndeki hukuku yürürlükten kaldırmak(II), askeri okullardaki eğitimi geçerliğini yitirmiş ideolojik yüklemelerden soyutlayarak rasyonel ve demokratik içerikle zenginleştirmek(III), küresel standartlarda sivil denetim(IV), ordumuzu ekonomiyle uğraşan örtülü bir KİT görüntüsünden modern savunmanın gereklerine yoğunlaştırmak(V), yine aynı kurumumuzu genel hukukun ve genel yargının eşitlikçi korumasından mahrum etmemek (üst askeri mahkemeler imtiyazına son vermek)(VI) -kısa söylemle- yeniden yapılandırma, bu vadideki başlıca reform parametreleri olarak okunabilir.¹²

¹² Bkz. bu makalenin 5 ve 6 no.lu dipnotları ve ait olduğu metin bölümü. Darbe kırılmalarını yaşamış ve demokratik konsolidasyonlarını tamamlamış ülke parlamentolarının darbe sonrası pratikleri, olağan dönem süreçleri bakımından ufuk açıcı örneklerle doludur.

31 Ekim 2007 günü, İspanya Temsilciler Meclisi tarafından kabul edilen “Tarihin Anısından Kurtulma Yasası (The Law on the Recovery of Historical Memory)”, Franko rejimini kınamakta, mağduriyetleri telafi edici ekonomik hükümler içermekte ve toplu mezarlarda yakılma ve benzeri kayıpların açığa çıkarılması yolunda hükümler sevk etmektedir. Yargıç Baltasar Garzon’un uluslararası hukukun kendisine yetki verdiği içtihadı ile kurduğu cesur kararlar anılmaktadır. Aynı şekilde Arjantin örneği de öğreticidir. Arjantin Parlamentosu yürürlüğe girmiş olan askeri affın kaldırılması kararını almış, yargılama sonunda darbeciler mahkum olmuş, darbeye zarar görenler için tazminat düzenlemelerine gitmiştir. Bu ülkede 2000 yılına kadar ödenen yaklaşık tazminat tutarı, 750 milyon dolardır. Portekiz, Şili, Yunanistan benzer örneklerle doludur.

Türkiye’nin 1960, 1971, 1980 ara rejimler ve akla geldiğinde verilen muhtıralar sırasında veya sonrasında genellikle susmanın, istisnaen de söylemin dışında kurumsal çözümler üretmemesi sorgulanmalıdır. Silahlı kuvvetlerimizin, koruma ve vesayet yükünün bozucu ve tahrip edici ağırlığından kurtarmak, yurt savunması kamu görevinin geniş alanına özgülemek, yasama reformunun da ön koşuldur. Darbe ve muhtıraların birincil muhatabı, Büyük Meclis’tir.

Ara rejim dönemlerinde üretilen ve bu dönemdeki eylem ve tasarrufları sorumsuzluk kapsamına alan temel normların hükümsüz sayılacağı yönünde sürgit-etkili bir anayasa kuralının olağan dönemlerde üretilmemiş olması (ve üretilme gereği) hatırlanmalıdır. Darbecilere mutlak koruma ve sorumsuzluk sağlayan 1961 Anayasasının geçici m.4 ve 1982 Anayasasının geçici m. 15 hükümleri, olağan yasama dönemlerinin de yüz karasıdır. Devlet ve demokratik irade, darbe mağdurlarına karşı özür dilemek, zararlarını tazmin etmek; darbecileri kınamak zorundadır. Anayasalarda “*demokratik rejime son verecek eylemleri ve faillerini sorumluluk dışında tutan her türlü anayasal kayıtlar, hiçbir zaman hüküm ve sonuç doğurmaz*” biçiminde önleyici bir norm sevk edilebilir.¹³

Sözgelimi, kapsamlı bir tasfiye yasasına konacak aşağıdaki üç hükmün veya benzerlerinin caydırıcı, önleyici dönüştürücü ve toplumsal barışı güçlendirici etkisi göz ardı edilemez.

MADDE 1- *Türkiye Cumhuriyeti Devleti, 1960 ve 1980 darbelerinin ve cumhuriyetin organlarına karşı verilmiş askeri muhtıraların, hukuku ve demokrasiyi ağır şekilde ihlal eden fiiller olduğunu beyan eder; asli faillerini kınar; mağdurlarından ve Türk Milletinden özür diler. Bu hareketlerin Türk Silahlı Kuvvetlerine zarar verdiğini ve itibarını sarstığını kabul eder.*

Devlet, itibarın iade edildiğini ve kendisinden özür dilendiğini içeren bir belgeyi her mağdura veya haleflerine ayrı ayrı verir.

MADDE 2- *Darbe ve muhtıra dönemlerinde gerçekleştirilen işlem ve uygulamalardan, haksız koruma tedbirlerinden ve yeterli delile dayanmadan, özellikle tabî hakim ilkesine aykırı olarak kurulan idam kararlarından ve diğer yargı kararlarından doğan destekten yoksun kalma ve cismani zarar dahil, her türlü maddi ve manevi zararlar, Devlet tarafından tazmin olunur.*

MADDE 3- *İdare, ödediği tazminatı, ihlalin ağırlığını gözeterek faillerine rucu edebilir. Rucu borcu, rucu borçlusunun haleflerine intikal etmez.”*

Aynı konuda bkz. Mersin Milletvekili Ali Rıza Öztürk’ün, “12 Eylül 1980 Darbe Sürecinin Yol Açtığı Mağduriyetlerin Giderilmesine İlişkin Kanun Teklifi” (Adalet Komisyonununun 2010 t, 2/767 Esası). Teklif, bilebildiğim kadarıyla darbe dönemi sonrası rehabilitasyon alanında somut önerileri içeren ilk veya ilklerden olma özelliğini taşımaktadır. Öztürk, teklifinin 1. maddesi (aynen) şöyledir:

“Türkiye Cumhuriyeti Devleti; 12 Eylül 1980 darbesini, demokrasiye, hukuka ve millete karşı yapılmış bir hareket olarak kabul eder.

Devlet; uygulamaları, sonuçları ve yol açtığı gerek kişisel, gerekse toplumsal yıkımlar nedeniyle 12 Eylül 1980 darbe sürecinde madden ve manen zarar görmüş tüm kişilerden ve ailelerden özür diler.” (Sorun alanına bütünsel bir yaklaşım için, bkz. *Türkiye’de Ordu, Devlet ve Güvenlik Siyaseti*, derleyenler: Evren Balta Paker / İsmet Akça, İst. 2010, Bilgi Üniversitesi Yayını). Narcis Serra, Çev. Şahika Tokel, *Demokratikleşme Sürecinde Ordu*, İst. 2011, İletişim Yayınları.

¹³ Darbe rejimi döneminde gerçekleştirilen eylem, işlem ve normlar sebebiyle mutlak sorumsuzluğu ve hukuka uygunluğunu öngören 1961 Anayasası’nın

Yasama reformu ile eş ve farklı zamanlı olarak yürütülecek bir askeri reform için Büyük Meclis'in, kapsamlı bir Meclis araştırması yapması ve ortak zeminin bu yolla bulunması gereği çok açıktır. Bu yöntem, reformun ortak kabulünü de kolaylaştırabilecektir.

Bu arada kimi askeri muhtıraların Büyük Meclisin Genel Kurulunda okunmuş olması, okunmaya karşı milletvekillerinin derin tepkisizliği, katlanılamaz bir refleks zaafı olarak not edilmelidir.¹⁴

geçici 4. maddesinin normal dönemlerde yürürlükten kaldırılmamış olmasına karşın(!), 1982 Anayasası'nın aynı doğrultudaki geçici 15. maddesi hükmü, anayasaya aykırılık itirazını yasaklayan fıkra yönünden 03.10.2001 tarihinde ancak kısmi operasyona uğrayabilmiş, 2010 tarihinde gerçekleşen reformla bütünüyle yürürlükten kaldırılmıştır (bkz. 03.10.2001 t, 4709 Sayılı Yasa, m.34. Keza, 12.3.2010 t, 5982 sayılı Yasa, m. 24).

¹⁴ Sözelimi, 12 Mart 1971 muhtırası, Büyük Meclisin kürsüsünden okunmuş ve Meclis bir bütün olarak okunmasına karşı çıkmamış, önleyici bir tavır geliştirememiştir. Bu bir refleks zaafı veya refleks yokluğudur. İki-üç milletvekilinin düşük yoğunluklu karşı koyuşu da herhangi bir sonuç doğurabilmiş değildir. Oysa o muhtırayı, hiçbir Meclis Başkanı -hayatı pahasına da olsa- milli kürsüden okumamalı idi. Bu, anayasasının bağlayıcılığının tabii gereği idi (1961 Any. m. 8/2). Anayasa, hiçbir bürokratik mekanizmayı, Millet Meclisine emir verme yetkisi ile donatmadığı gibi Başkanı, kanunsuz fermanları okumaya mahkûm bir kukla olarak kurgulamamıştır. Unutulmamalıdır ki öncekilerin ettiklerini sonrakiler (bizler) biçmek zorunda kalır(ız). (Bkz. MMTD, 70. Birleşim, Dönem: 3, Toplantı: 2, s. 235-237). Bütün muhtıraların nerede ise ortak formatı olarak, 1971 muhtırasını, acıtıcı ve utandırıcı müktesebatımız olarak, buraya kaydediyorum. (Bu makalenin 6 no.'lu dipnotundaki turfanda bildiri ile de mukayese edilebilir).

Muhtıra aynen şöyledir:

“Ankara,12 Mart 1971

Millet Meclisi Başkanlığına
Ankara

1. Parlamento ve Hükümet süregelen tutum, görev ve icraatı ile yurdumuzu anarşi, kardeş kavgası, sosyal ve ekonomik huzursuzluklar içine sokmuş, Atatürk'ün bize hedef verdiği çağdaş uygarlık seviyesine ulaşmak ümidini kamuoyunda yitirmiş ve Anayasanın öngördüğü reformları tahakkuk ettirememiş olup Türkiye Cumhuriyetinin geleceği ağır bir tehlike içine düşürülmüştür.

2. Türk Milletinin ve sinesinden çıkan Silahlı Kuvvetlerinin bu vahim ortam hakkında duyduğu üzüntü ve ümitsizliği giderecek çarelerin partiler üstü bir anlayışla Meclislerimizce değerlendirilerek mevcut anarşik durumu giderecek ve Anayasanın öngördüğü reformları Atatürkçü bir görüşle ele alacak ve inkılâp kanunlarını uygulayacak kuvvetli ve inandırıcı bir Hükümetin demokratik kurallar içinde teşkili zaruri görülmektedir.

3. Bu husus süratle tahakkuk ettirilmediği takdirde Türk Silahlı Kuvvetleri kanunların kendisine vermiş olduğu Türkiye Cumhuriyetini korumak ve kollamak görevini yerine getirerek idareyi doğrudan doğruya üzerine almaya kararlıdır.

Demokratik yasama işleyişinin önündeki en büyük engellerden birisinin de yargısal vesayet olduğu unutulmamalıdır. Mukayeseli incelemeler ve hukuk tarihi verileri onu göstermiştir ki yargı erkinin doğal işlevi, hukuku ve özgürlükleri yorum ve kararlarıyla çeşitlendirmek, zenginleştirmek, geliştirmek ve korumaktır. Bu paradigma, Türk yargı erki bağlamında tersine işlemiştir. Yargı, devlet ideolojisini koruma ve kollama görevi ile donatılmış yahut kendi kendine böyle bir misyon yüklenmiştir. Bu yapı –değerli yargıçlardan soyutlayarak söyleyelim ki- kusurlu ve bozucu bir yapıdır. Tarafsız ve bağımsız yargıyı, –içeriği ne olursa olsun- ideolojiye yandaş veya candaş kılmak, ona ve hukuk vatanına yapılabilecek en büyük kötülüktür. Yargıyı vesayet modelinden çekip çıkarmak, siyaset kurumunun erteleyemeyeceği ortak görevidir.¹⁵

Bilgilerinize.

Memduh Tağmaç
Orgeneral Gnkur. Bşk. ve
Milli Güv. Kur. Üyesi

Faruk Gürler
Orgeneral K.K.K. ve Milli
Güv. Kur.Üyesi

Celal Eyicioğlu
Oramiral Dz. K. K. ve
Milli Güv. Kur.Üyesi

Muhsin Batur
Orgeneral Hv. K. K. ve
Milli Güv. Kur. Üyesi

Dağıtım:
Gereği İçin:
Cumhurbaşkanına
Cumhuriyet Senatosu Başkanlığına
Millet Meclisi Başkanlığına

BAŞKAN- Yüce Meclisin bilgilerine arz olunmuştur." (MMTD, B: 70,12.3.1971, O: 1, s. 236.)

¹⁵ Anayasa Mahkemesi konusunda yapılan bir incelemede şu değerlendirmede bulunulmuştur:

"Yüksek Mahkememiz, kriz kabiliyeti yüksek noktalarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine de emsal olabilecek ve onun seçeneklerini geride bırakacak nitelikle çözümler üretebilirdi. Bunun için bilimsel bilgi (gerekli ve fakat) yeterli değildir. Derin devlet brifinglerine hayır diyebilecek bir demokratik direnç ve hukuku devlet ideolojisine boğdurmaman bir yargı ahlakı gerekir. "Zor zamanlar" ve "zor davalar", mahkemelerin kamusal sınavlarıdır. Ortak aklın, bilimin ve tarihin bu tür kararlara vereceği notlardır ki, o kurumu mahkeme kılar veya kılmaz" (Ahmet İyimaya, Anayasa Mahkemesinin Üyelik Yapısında Yasama Organının Rolü, *Türk Hukuk Kurumu Yirmibeşinci Kuruluş Yılı Armağanı*, s. 127. dn. 1); Aynı şekilde, Doç. Dr. Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, Ank. 2005, s. 31,235 vd. s. 250 vd.; Prof. Dr. Bakır

Cumhuriyet başsavcılarımızın ve Anayasa Mahkemesi başkanlarımızın, Büyük Meclis'in anayasa ve yasa girişimlerine –bazen– şiddetle karşı çıkmaları, kimi değerli üyelerin –direnc bağlamında– Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun anayasal dönüşümünü hayat-memat meselesi saymaları, milletvekili hakları konusunda geliştirilen “yokluk” yaptırımları, yasama-yargı (güçler) ayrılığı kuramında yaşanması gereken vesayet tavırları olarak ortaya çıkmaktadır. Parti kapatma dava ve kararları, vesayetçi yargı yapılanmasının doruk noktasını oluşturur. Yargıyı ideoloji aygıtından hak ve özgürlük organı haline çevirecek ortak hukuku üretmek, siyaset kurumuna düşer.

Yargı ve benzeri alanlardaki reform çalışmalarında yöntem ve üslubun apayrı önemi vardır. Zorlu bir süreci barındıran reform için en büyük şanssızlık, dönüşümün o kurumdaki görevlilere karşı yürütülen çaba olarak takdimi veya o tür tavırların içine girilmesidir. Bu noktada reformcunun göstereceği özen ve sorumluluk, reform özeni kadar kayda değerdir. Reformun nesnesini, kurum ve sistem oluşturmaktadır. Reform zamanındaki görevlilerin değiştirilecek kurum/sistem konusunda gösterecekleri direnc ve refleksler karşısında geliştirilecek stratejilerde hoşgörü, sabır ve bilimsel bakış açılarına başvurulmalı; iyi bir süreç yönetimi sergilenmelidir. Muhatapların reforma içeriksiz ve mücerret direnc yerine pozitif eleştirileri ile katkı sağlamaları, örneğine az rastlanan birer vizyon oluşturur.¹⁶ Osmanlıdan bu yana sergile-

Çağlar, Türkiye'de Laikliğin Büyük Problemi, *Gogito*, 1 (yaz-1994) s. 116 ve civ.; keza, Prof. Dr. Bülent Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası*, İst. 1969, s. 145 ve civ., s.69 vd.; Aynı müellif, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İst. 1994, s. 267 vd., s. 300 vd., s. 149 vd.”

¹⁶ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, parti denetimi ve kapatma davası açabilme görevlerinden hareketle anayasa ve yasa koyma iktidarına, hazırlık aşamasında müdahaleyi yetkileri arasında görebilmiş, sözcüleri ulusal üstü kuruluşlara (Avrupa Birliği gibi) kısmi egemenlik delegasyonuna itiraz edebilmiş (Any. m. 6, 90); Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Anayasa Mahkemesi reform modellerine bildirimlerle karşı çıkabilmiştir. Koruma/kollama görevinin yargısal vesayete dönüşümü görüntüsündeki bu yapının kısmen sürdürülmesi, yalnızca bir demokrasi çarpıtılması değil, aynı zamanda kuvvetler ayrılığı ahlakına karşı erk ayıbıdır (bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanlarının ve Yargıtay Cumhuriyet başsavcılarının, yasama girişimlerine karşı bildirimleri, kurumsal sitelerinde). Özellikle Yüksek Mahkemeleri ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nı vesayetin bozucu yükünden kurtaracak, hukuk ve demokrasi güvenliğini artıracak yapısal reformlar, daha fazla ertelenemez. Demokrasinin vazgeçilmez unsuru olan partinin kapatılması davasının açılmasının, tek kişilik bir güce verilmesi, sistemi

nen “istememezlik” tavrı, -umalım ki- demokratik Türkiye’imizde, zaman içinde dönüşsün.

12.9.2010 t ve 5982 sayılı Anayasa Değişikliği, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (m. 159), Anayasa Mahkemesi (m. 146, m. 147, m. 148, m. 149) ve Askeri Yargının Görev Alanı (m. 145) unsurları ile yargısal vesayeti kısmen sona erdiren önemli bir reform niteliğindedir. Yeni yapılar, zor zamanların zor davalarında veya olağan işleyişte yargı organını vesayet güdümüne veya öz-vesayet üretilmesine karşı geçirimsiz kılmaktadır. Bu alandaki reformun temel ruhunu, yargının, hukukun dışında bir referansa hiçbir şartta başvuramayacağı paradig-

ideolojik temerküzün muhataralarına terk etmekle eşdeğerdedir. Türk kapatma davalarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ihlal kararları, bu açığın küresel tespitinden başka bir şey değildir.

Yine Anayasa Mahkemesi, parti kapatma davalarında kabul kararını zorlaştıran ve partiler arası uzlaşma komisyonunun oluşturduğu nitelikli nisapla ilgili değişiklik teklifine şu şekilde karşı çıkmıştır: “Anayasa’nın 69. maddesinde yapılması öngörülen değişiklikte siyasi partilerin kapatılabilmesi için Anayasa Mahkemesi’nin 11 olan üye tamsayısının üçte ikisinin, başka bir anlatımla en az 8 oy aranmasının, Anayasa Mahkemesi’nin parti yasakları ile düşünce ve siyasi örgütlenme özgürlüğü arasındaki hassas dengeyi kurması ve korumasına elverişli olmadığı açıktır.” (23.1.2001 tarihli *Milliyet* ve *Radikal* gazeteleri), Anayasa Mahkemesi’nin bu basın bildirisi, kurucu iktidara yöneltilen “*post-modern muhtıra*” olarak nitelenmiştir (bkz. aynı gazeteler, aynı tarih). Mahkeme başkanı, muhtıra nitelenmesine karşı çıkmış, bildiriye “*tarih önünde sorumluluğun gereği*” olarak tanımlamıştır (24.01.2001 tarihli *Sabah* gazetesi). Aynı Anayasa Mahkememizin, yaşanan krizde karar mevkiinde olduğunu unutarak “*28 Şubat öncesi militer brifinglere*” gidip “*yönlendirici enformasyonlara muhatap olmasını (sessiz ve dirençsiz kabulü)*” hangi tarihi sorumlulukla açıklayabileceğiz?”

Anayasa Mahkememizin kimi kararlarındaki muhalefet şerhlerinde yer alan “*YOKLUK*” yaptırım eğiliminin milletvekillerinin özlük hakları ile ilgili düzenlemeler vesilesiyle oluştuğu hatırlanmalıdır. Bu eğilim, siyaset kurumu-Anayasa Mahkemesi çatışmasının dışı vurumu olarak ta değerlendirilebilir (Prof. Yılmaz Ali Efendioğlu, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ank. 1996, s. 340 ve civ.; Prof. Dr. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa 2005, s. 949 ve civ., Any. m. 13.5.1998 t, 51/17- E/K. Özellikle muhalefet şerhi bölümleri. Aynı şekilde bu bağlamda geliştirilen “*tekrarlama yasağı*” kavramı. Ahmet İyımaya, *Anayasa Mahkemesinin Karar Gerekçesinin Normatif Etkisi*, *Prof. Fikret Eren’e Armağan*, Ank. 2006, s. 1185 vd.).

Yargı-demokrasi, yargı-vesayet, yargı-toplumsal algı konularında ayrıntılı sosyolojik bir değerlendirme ve alan araştırması için, bkz. Mithat Sancar / Eylem Ümit Atılğan, *Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar*, İst. 2009, TESEV Yayını; Aynı müellifler, *Demokratikleşme Sürecinde Toplumun Yargı Algısı*, İst. 2009, TESEV Yayını; Meryem Erdal, *Demokratikleşme Sürecinde Basının Yargı Algısı*, İst. 2010, TESEV Yayını.

ması oluşturur. Yüksek mahkemeler, hukuk kurulları dahil, bir bütün olarak diğer yargı organları, hukuk dışında hiçbir değeri: ideolojiyi, yakınlığı, siyasal eğilimi referans alamaz/ almamalıdır. Vesayet, ideolojiyi yargının üzerine yüklemenin, hukuk ve adaleti rafa kaldırmanın adıdır. Bu yükü, şimdiye değin yargının bizzat kendisinin reddetmiş ve sırtından atmamış olması, açıklanabilecek bir durum değildir. Hele reforma karşı gösterilen yargı kökenli önleyici direnci gerekçelendirecek bir demokratik açıyı keşfetmekte zorlanıyorum⁽¹⁷⁾.

Gerçekleştirilen reformlar, küresel standartlar ve süreç analizi onu göstermektedir ki, Türk yargısının sisteme ve özgürlüklere yaşattığı vesayet, tarihsel sonuna dayanmıştır. Toplumun çok gerisinde kalan ve geçerliklerini yitiren argümanların sürdürülemezliğini artık yavaş yavaş yüksek mahkemeler de görmeye başlamıştır. Bir tavuğun yaşamına son verme kolaylığında parti kapatan; başörtüsünü öğrenim özgürlüğü için engel sayan yargısal vesayetdeki demokrasi ve hukuk fukaralığını görmek için derin gözlüklere (!) ihtiyaç yoktur. Bir ülkenin yasama organının, temel hak ve özgürlükleri, yargı organlarına karşı koruma ve uğurda hukuk üretme kaderine muhatap olması, ne kadar acıdır!.. Bu sonuç dahi özgürlüğün sigortası olan yasama reformunun ötelenemezliğini ortaya koymaktadır.

2010 Anayasa reformu ile tanınan kişisel başvuru hakkı pratiğinin geçiş dönemi sonrasında, yargı alanında paradigmaları alt-üst edeceği ve temel hak ve hürriyetlerin üveylik konumundan adaletin özüne geçiş yapacağı söylenebilir (Any. m. 148/3). Çünkü kararları, İHAS temelinde ihlal yaptırımına uğrayan yargı organları -ki evleviyetle Yüksek Yargıtay ve Yüksek Danıştay- zorunlu ve tek seçenek olarak temel hak ve hürriyetler eksenine sığrayacaklardır. Bu, otoriter kültürün fosilleşmesi ve ortak demokrasinin yeniden keşfi anlamına gelir.¹⁸

¹⁷ Esasen yargı, ideolojik vesayeti karar pratikleriyle, hukukla tanıştıran ve dönüştüren bir dinamiktir. Kuracağı yaptırımlarla, hukukun üstünde bir güç olamayacağını öğreten bir erktir. Temel hak ve hürriyetlerin sigortası olan bir varlıktır. Öyle görünüyor ki genel eğitim ve hukuk öğretimi sistemimizde bir sorun var. Çoğulculuk, hoşgörü ve demokrasi damarlarını bünyeye kazandıramamanın zararını, yargı erkimiz fazlasıyla yaşıyor ve çekiyor. Türkiye, bu zor sorunu da değişimin zarureti içinde aşacaktır.

¹⁸ Sözgelimi Türk Yargısı ve hatta kimi zaman yasama, mülkiyet hakkı-devlet yararı çatışmasında, hak-paradigmasını yok sayan bir anlayışı benimser olmuştur. Osmanlıdan tevarüs ettiğimiz "ne'î hazine" teorisi, tanzimatın banilerinden

Görevi temel hak ve hürriyetleri güce karşı korumak olan yasama organı ile aynı amaca odaklanmış yargı erkinin eksen özdeşliği, hukuk uygarlığının kendisi demek olacaktır. Paradoksal olan odur ki; hakem koltuğunda Anayasa Mahkemesi oturmaktadır. Yüklenen yükün nicelik ve nitelik olarak ağırlığı karşısında yeni bir Anayasa Mahkemesi reformu kaçınılmaz hale gelebilir.

Yasama organının ürettiği hukukun doğru uygulanması, herkesin ve her kurumun yararına. Vesayete ve tahrifatına hukuk yoluyla son vermek, yasama misyonuna anlamlı bir yollama oluşturur. Yasama organının kullandığı kurucu iktidar yetkisinin millet tarafından yüksek seviyede kabulü, Meclis'e karşı toplumsal güvenin sosyolojik tescili olarak da okunabilir.¹⁹

6. Büyük Meclis'in Kendi İç Hukukunu Oluşturamamış Olması

Sorunu: Türkiye Büyük Millet Meclisi, etkili ve verimli iç hukukuna henüz kavuşmamıştır. XIX. asrın sonunda, XX. asrın başında geçerli olan ve dünyanın terk ettiği köhne kurallar, halen içtüzüğümüz olarak yürürlükte. Demokratik muhalefet hakkının doğal sınırlarını zorlayan ölçsüz engellemeler, hukuk boşluğundan ve gelenek açığından beslenmektedir. Büyük çeşitlik içindeki kimi engellemelerin canlı yayınlarla topluma erişimi, yasama itibarını hızla aşındırmaktadır. Ölçülü engelleme (obstrüksiyon) kurumu, katılımcı demokrasilerde, önemli bir yasama aracıdır. Bu bağlamda engellemelerin, yasa projesindeki kusurlara, etkili vurgu ve süreçte düzeltim işlevi gördükleri unutulmamalıdır. Tüm sorun, demokratik dengeyi ve rasyonel verimi engelleme girişimlerinin sergilenmemesi ortak anlayışını geliştirecek iç-hukuk oluşturabilmektir.²⁰ Kendi iç hukukunu oluşturamayan ya-

Mustafa Reşit Paşa'nın emlakini dahi devlete intikal ettirme maharetleri(!), -yeni reformla- tarihe karışabilir (bkz. Prof. Dr. Fikret Eren / Prof. Dr. Veysel Başpınar, *Toprak Hukuku*, 3.Bası, Ank. 2007, s. 336 ve civ.; Keza, orman-mülkiyet hakkı çatışması konusunda bkz. AİHM'nin 8 Temmuz 2008 t, 1411/03 no.'lu "Turgut ve Diğerleri-Türkiye Davası" kararı, aynı mahkemenin 13 Kasım 2008 tarih ve 17203/03 no.'lu "Devecioğlu-Türkiye" davası kararı.)

¹⁹ Sözün geçen reformun ruhu ve süreç bağlamında bkz. TBMM Anayasa Komisyonu 14.04.2010 t, 497 sıra sayılı raporu, komisyonun görüşme tutanakları. *TBMM Genel Kurul Tutanaklar*, 23. Dönem, 4. Yasama Yılı, 88 ve devamı birleşimler.

²⁰ Prof. Dr. Tuncer Karamustafaoglu, *a. g. e.*, s. 88 dn.100.; Nühket Turgut, *Siyasal Muhalefet*, Ank. 1984, s. 57 ve civ. Dr. Şeref İba, *Anayasa ve Parlamento Üzerine*

sama erkinin “*hukuk ve demokrasi*” iddiası inandırıcı olabilir mi? Bu ayıp, geçen zamanların ve hepimizin ortak utancıdır. İyi bir yasama reformu, evvela kendi iç hukukunda iddialı olmak, ortak tezini ve seçenekleri oluşturmak zorundadır. İç hukuk (içtüzük) reformu, yasama reformunun omurgası değerindedir. Bu reformu başaracak tecrübe, birikim ve insan unsurumuz fazlasıyla mevcuttur. Ayak sesleri duyulan büyük anayasa reformunun hemen akabinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin sessiz anayasasına,²¹ işler bir içtüzüğe kavuşması temenni olunur.

7. Diğer Unsurlar: Yeniden yapılandırma ve reform, yasama organının bütün unsur ve işlevleri ile defaatla okunmasını, sorun alanlarının keşfedilmesini, bunların tenkit ve tahlilini zorunlu kılar... Sorunları, bu makalede ortaya konan sayılarla sınırlandırmak doğru değildir. Bu konuda ikili bir çalışma esirgenmemelidir. Çalışmanın birinci eksenini, doğrudan yasamanın sorunları, ikinci eksenini, yasamanın dolaylı sorunları oluşturur. Sorun envanteri, kapsamlı bir reformun kalitesini de yükseltir. Bu envanterde kurumsallaşma koşulu olarak, arşiv sorununun ağırlıklı yeri olduğuna özellikle işaret etmeliyiz.

IV. REFORM İÇİN HAZIRLIK AŞAMASI

Arka plan çalışmasına dayanmayan hiçbir tasavvur, taslak ve proje, arzulanan sonuç ve verimi sağlayamaz. İyi bir reform yolunda esirgenmemesi gereken çalışma kalemleri şöyle sıralanabilir:

1. Müktesebatımızdan Yararlanma: 1876/77’den bu yana azımsanamayacak bir yasama birikimimiz vardır. Bu birikim (müktesebat), iyi bir reform için gerçek bir zenginliktir. İçtüzükler, yasama organı kararları ve teamüller, bu birikimin başlıcalarıdır. İçtüzük metinleri, bir bütün olarak elimizdedir. İç hukukun kurulmasına yardımcı olacak parlamento kararlarının, usul tartışmalarının, ulaşılan sonuçların ve teamüllerin derlendiği, sistemleştirilerek yayımlandığı söylenemez. Bu malzemeler üzerinde sistemli bir değerlendirme yapmak, reform için çok yararlı bir çalışma olur. Gerçekleştirilememiş, teklifleştirile-

İncelemeler, İst. 2010, s. 310 ve dev.

²¹ Prof. Dr. Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İst. 1980, s. 121.

memiş veya kadük kalmış iç hukuk çalışmaları da bu kapsamda değerlendirilmelidir.²²

İçtüzük reform tarihimizin en başarılı örneği, kuşku yok ki 1973 değişikliğidir. Bu başarının temel nedenlerinden biri de, 1927-1973 yılları arasında tutulan “uygulama notları”dır. Aynı yöntemin sürdürülmemesi doğru olmamıştır.

İçtüzük normunun projelendirilmesinde yüksek özen gösterilmesi, yaşanmış sorunların adeta dayattığı çözümlerin göz ardı edilmemesi, geliştirilecek modellerin düzeyli hukukun icapları ile çatışmaması gerekir.²³

²² Adalet ve Kalkınma Partisi, Cumhuriyet Halk Partisi, Milliyetçi Hareket Partisi ve Demokratik Toplum Partisi grup başkanlarının mutabakatları ile 16 Ekim 2008 tarihinde kurulan; değerli milletvekilleri: Salih Kapusuz, Ali Topuz, Nevzat Korkmaz ve Selahattin Demirtaş’tan oluşan Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzük Uzlaşma Komisyonu’nca hazırlanan 16 Şubat 2009 tarihli “İçtüzük Taslağı” çalışması, bu bağlamda önemle kaydedilmelidir. Ciddi bir kritikten geçirilmesi zorunlu -adı üzerinde- TASLAK, kuşku yok ki olası reform çalışmalarına taze bir veri oluşturmaktadır.

Milletvekilleri: R. Serdaroğlu, B. Akarcalı, A. İyimaya, Y. Akbulut, S. Yıldırım, A. Ilıksoy, Ö. İzgi, N. Arseven, Z. Aktaş, H. Gemici, I. Saygın’ın tekliflerinin birleştirilerek Anayasa Komisyon’unca oluşturulan içtüzük reform projesi ve bu projenin resmi belgeye dönüştürüldüğü 21. Dönem 527 sıra sayılı Komisyon Raporu da önemli bir reform malzemesidir.

²³ Kısmi içtüzük reformlarından en önemlisi, geçmiş dönemlere ait komisyon raporlarının aynen benimsenebileceği yönündeki (m. 77) İçtüzük hükmüdür. Anayasa Komisyonu’nun, İçtüzüğün m. 44 hükmünün yorumu (içtihat) yoluyla 21. Dönemde geliştirdiği, aynı dönemin 527 sayılı İçtüzük ortak teklifinde kabul edilen (m. 44), fakat kadük kalan kural, Kastamonu Milletvekili Hakkı Köylü’nün teklifi ile, 22. Dönemde (S.S.1441) İçtüzük hükmü haline gelmiştir (TBMM 2.6.2007 t. 894 sayılı karar). Bilhassa temel kanunlar bakımından büyük zaman ve emek savurganlığını önleyen bu kuralın -sözgelimi- son içtüzük çalışmasında korunmaması (unutulması?) (bkz. 2009 İçtüzük Taslağı, m. 57), hem rasyonellik ve hem de özen kriterleri bakımından açıklanamaz. Aynı şekilde, toplantı yeter sayısının aranmaması doğru çözümü için metnin anayasadan çıkarılmasının yeterli görülmesi, düzeyli hukuk gerekleri ile çatışan bir yapım kusurunu oluşturur (2009 İçtüzük Taslağı Eki Anayasa Değişikliği Kanun Taslağı, m. 3). Oysa aynen idam cezalarını kaldırma normunda olduğu gibi (Any. m. 38/v) “toplantı yeter sayısının aranmayacağı”nı öngören açık norm sevk edilmeli, istisnai haller dışında karar yeter sayısında da taban nisap aranmamalıydı.

2. Mukayeseli Parlamento Verilerinden Yararlanma: Hükümet sistemleri farklılığı gözetilerek yahut yerine göre bu fark gözetilmeksizin ülke parlamentolarının kurumsal yapısı, işleyişi, güçler arası ilişkileri ile iç hukukları konusunda kapsamlı bir araştırma yapılmalıdır. Mukayese ve mukayeseli hukuk verileri, muhakeme yoluyla bulunamayacak özgün pratikleri önümüze koyabilir.²⁴ Parlamento hukuku alanında başlıca kaynaklardan birisi olan “*Parliaments of the World*” adlı derleme, güncellenmiş şekliyle yararlı bir malzeme oluşturabilir. Son içtüzük değişikliği çalışmaları sebebiyle dilimize kazandırılan kimi ülkeler içtüzük metinleri bu arada sayılabilir.²⁵

3. Bilim ve İçtihatlardan Yararlanma: Üstün erk olarak yasama ve özellikle yasama hukuku, çeşitli bilimlerin ve bağımsız bir bilim dalının konusudur. Türkiye’de henüz yeni ayırđına varılan ve –kimi fakültelerde– seçimlik derslere konu bu bilim dalı, reform yolculuğına önemli katkılar sunabilir. Öte yandan Milli Meclis’imizde yetişen değerli yasama bürokratlarının inceleme ve yayınları ile yasama dergisindeki özgün makaleler, bu bağlamda unutulmamalıdır. Aynı düzlemde Kazım Öztürk ağabeyimizi hayırla ve rahmetle yâd ediyorum.²⁶ Parlamento hukuku metinlerinin, özellikle içtüzük kurallarının yargısal denetimi vesilesiyle Anayasa Mahkemesi’nin kurduğu

²⁴ Yrd. Doç. Dr. Ozan Ergül, a. g. e., s. 268’deki örnekler.; Keza, Havana Yapıcı, a. g. tez, tüm eser.

²⁵ Bu metinler, orijinallerine uygunluğu denetlenerek ve ciltlenerek Meclis kütüphanesine kazandırılmalıdır.

²⁶ Kazım Öztürk, Türk parlamento bürokrasisinin hukuk dalına kazandırdığı ve biyografisinin parlamento yönetimince hazırlatılması gereken bir değerli üstattır. Üç ciltlik ünlü eseri olarak bkz. Kazım Öztürk, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (İzahlı, Gerekçeli, Tasnifli Bütün Tutanakları ile)*, Ank. 1966.; Yasama denetimi konusunda, *Parlamentar Rejimde Parlamentonun Hükümeti Murakabe Vasıtaları*, Ank. 1962, adlı eseri ile Prof. Dr. Ergun Özbudun, komisyonlar alanında *Yasama Meclisinde Komisyonlar*, Ank. 1965, adlı eseri ile Prof. Tuncer Karamustafaoğlu, parlamento hukuku konusunda *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, Ank. 1980, adlı eseri ile Prof. Dr. Erdoğan Teziç, *Meclis Araştırması*, Ank. 1977 adlı eseri ve milletvekili statüsü konusundaki makalesi, (*Anayasa Yargısı Dergisi*, Ank. 1997, s. 387 ve dev) ile Prof. Dr. Erdal Onar, bu bağlamda saygı ile anılmalıdır. *Anayasa Yargısı Dergisi*, hukuk fakülteleri dergileri, *Yasama Dergisi* ve benzeri periyodik yayınlar ile Meclis’imizde sürdürülen uzmanlık tezleri de hatırdta tutulmalıdır.

karar ve içtihatların kaynak özelliği açıktır. Ancak Anayasa Mahkemesi Karar gerekçelerinin iç hukuk kuruculuğunda bağlayıcı bir etki doğurmayacağı,²⁷ sadece birer seçenek oluşturabileceği unutulmamalıdır. Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin güdümlü yahut öz vesayete dayalı kararlarının hiçbir şekilde kaynak işlevi göremeyeceği hatırdan çıkarılmamalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin sözleşmeyi ihlal olarak nitelendirdiği parti kapatma kararlarındaki argüman ve yaklaşımlar bu gruptandır. Bundan başka Yüksek Mahkeme'nin "temel kanunla" ilgili içtüzük değişikliğini iptal kararları, yarım asır geride kalmış gerekçeleri ile, mukayeseli gelişime ve anayasanın anlamının yeniden keşfi ilkesine yabancı bir karar olarak, olası reformlara engel teşkil etmeyeceğini, mahkemenin bu parametreler içinde inancını gözden geçirebileceğini söylemek, yanlış olmaz.²⁸

Hukuk boşluğunu giderme (TMK m. 1) ve bağlayıcı içtihadı birleştirme kararı oluşturma (Yargıtay K. m. 45) gibi norm benzerini üretme yetkisiyle donatılmış mahkemelerin kararları, norm yapımı için canlı bir laboratuvar işlevi görebilir. Özellikle Yargıtay tarihimiz, -değme kanunlara taş çıkartacak- veciz içtihatları bünyesinde saklamaktadır. Uygulamadan beslenmeyen ve tecrübenin aklından yararlanmayan yasamanın ta başta bir inşa kusuru içinde olduğu söylenebilir.²⁹

Sorunların önemlerine göre bazı konularda doktora tezleri oluşturulması, bunun gelenekselleştirilmesi, Türk yasamasını küresel emsal seviyesine yükseltebilir. Bu dinamiğin Meclis yönetimince, tarihsel çizgi içinde tek örnekle dahi işletilmemiş olması, bulunulan noktayı teşhis açısından anlamlıdır.

Meclis kütüphanesi, bütün eserleri bünyesinde toplayan bir mükemmellikte değildir. Yayımlanmayan doktora tezlerinden birer örneğin Meclis kütüphanesine gönderilmesini zorunlu kılacak hukuki

²⁷ Ahmet İyimaya, Anayasa Mahkemesinin Karar Gerekçelerinin Normatif Etkisi, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ank. 2006, s. 1185 vd.); sözü geçen makalede sorun, yürürlükteki hukukumuz, doktrin ve mukayeseli hukuk bağlamlarında ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir.

²⁸ Yrd. Doç. Dr. Ozan Ergül, a. g. e., s. 268 ve civ.

²⁹ Prof. Dr. Seyfullah Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ank. 1987, s. 186 ve civ.; Prof. Dr. Baki Kuru, İçtihatların Birleştirilmesi, Ank. 1977, s. 11 ve civ.; YHGK, 20.02.1963 t, 71/21-E/K. Adalet Der., 1963/5, s. 766.

düzenleme mevcut olmadıktan başka mevzuata göre gönderilmesi gerekli yayınların Meclise noksansız gönderildiği de söylenemeyecektir. Ayrıca aynı konuda işleyişin denetlenmediği, böyle bir mekanizmanın oluşmadığı hatırlanmalıdır.³⁰

³⁰ Anayasa Komisyonu Başkanlığında, 1996 tarihinde Anayasa hukuku ve yasama ile ilgili yayınlanmamış doktora tezleri, YÖK aracılığıyla tarafımdan Meclis'e getirilmiş ve kütüphanemize kazandırılmıştır.

Noksan kitaplardan iki adet örnek vermek isterim: Yasama çalışmaları bakımından gerekliliği tartışmasız Dr. Aslan Gündüz'ün "Yabancı Devletlerinin Yargı Bağımsızlığı ve Milletlerarası Hukuk" adlı değerli doktora tezi, "Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001 yılı basısının iki cildi" kütüphanemizde yoktur.

Yayınlanmamış doktora tezlerini de Milli Kütüphane ve Meclis Kütüphanesi'ne gönderilmesini zorunlu kılan 15.1.1997 t ve 2/650 sayılı Kanun Teklifi, kadükler envanterindeki uykusuna devam etmektedir. Teklifin üç ana maddesi ve genel gerekçesi şöyledir:

"MADDE 1.- 4.11.1981 tarihli ve 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanununun 59 uncu maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki hüküm, 59/A maddesi olarak eklenmiştir:

"MADDE 59/A.-Akademik unvanlar için zorunlu yüksek lisans, doktora, doçentlik tezleri ve benzeri bilimsel ürünlerden birer adedi -yayımlanmış olmasalar dahi-, kabullerinden itibaren en geç üç ay içinde, ilgili enstitü veya fakülte tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi Kütüphanesine ve Milli Kütüphaneye gönderilir".

MADDE 2.- 13.10.1983 tarihli ve 2919 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Teşkilat Kanununun 15 inci maddesine aşağıdaki hüküm, ikinci fıkra olarak eklenmiştir:

"Akademik unvanlar için zorunlu yüksek lisans, doktora, doçentlik tezleri ve benzeri bilimsel ürünlerden birer adedi -yayımlanmış olmasalar dahi-, kabullerinden itibaren en geç üç ay içinde ilgili enstitü veya fakülte tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi Kütüphanesine gönderilir"

GEÇİCİ MADDE.- Cumhuriyetin ilanından bu kanunun yayımı tarihine kadar kabul edilmiş tezlerden birer adedi, en geç bir yıl içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Kütüphanesine ve Milli Kütüphaneye gönderilir.

GENEL GEREKÇE

Parlamentonun asli fonksiyonu, kanun yapmaktır. Kanunlar, toplumun ihtiyaçlarını karşılayan önemli kurallardır. Mükemmel kanunun vazgeçilmez iki temel aracı: ihtiyaçlara vücut veren olaylarla bilgidir. Olayın tahliline ve bilimsel birikime önem vermeyen bir yasama faaliyeti, daime yanlışlıklar ve noksanlıklar taşıyacaktır.

Üniversitelerimizde yapılan ilmi çalışmalar, hazırlanan tezler -maalesef- büyük ölçüde yayımlanmamaktadır. Yasamaya ışık tutacak ve bilgi ham maddesi teşkil edecek çok değerli ve fakat yayımlanmamış tezlerin varlığı müşahade olunmuştur. Nitekim Anayasa Komisyonu için oluşturulacak ihtisas kütüphanesi kurulması girişiminde yayımlanmamış çok yararlı bilimsel ürünler tespit olunmuş ve fakat hukuk boşluğu sebebiyle temini cihetine gidilememiştir.

4. Siyasal İradenin Ortaya Konması: Büyük Meclis erk olarak “*kimsesiz varlık*” görüntüsündedir. Siyasetinin bütün dinamiklerinin, Meclis konusundaki görüntü ve algılardan sonuç çıkarmaları, alt çizgilerden önem eksenine sıçrama yapmaları gerekir. İktidar-muhalefet ikileminin demokratik zarureti ve rol farklılığı bir gerçektir. Bu gerçeklerin yasama zemininde hayat buldukları da bir başka gerçektir. İki gerçeği denkleştiren büyük reform, güncel kaygıların ötesinde, verimlilik ve etkinlik şartıdır. Bu reform konusunda ortak siyasal iradenin ortaya konması, hem siyaset kurumunun, hem bu kurumun bir parçası olan yasamanın ve hem de toplumun lehinedir. Yeterliğin gerisinde kalmış olsalar bile, kimi reform projelerinin şu ana kadar yaşama geçirememiş olmasının ardında yatan temel sebep, ortak siyasal iradenin ortaya konamamış olmasıdır.

Vizyonu; iktidar veya muhalefet verimiyle sınırlı tutmak, onu konjonktürün dar ekseninde hapsedmek; gelecek zamanları iskalamak, bir siyaset patolojisidir. Yasama organını konumuyla denk bir yapıya kavuşturacak ve zamanların kara deliğe akmasını önleyecek ortak reform iradesi, arzulanan rasyonel vizyonun kaçınılmaz gereğidir.

5. Bazı Reform Konularında Meclis Araştırması Yöntemine Başvurulması: Büyük dönüşümler, tabiatları gereği zordur. Yapıların olagelen özellikleri, kökleri derinlere uzanan ön kabuller oluştururlar. Bu durum, reforma karşı dirençler üretir. Kimi siyasal partilerden veya toplum katmanlarından yükselen bu dirençler, reform enerjisinin boşa akması sonucunu doğurabilir. Yasama reformuna konu olabilecek sorunların önemli bir bölümü, bu tür duyarlılıkları bünyelerinde fazlasıyla taşıyabilecek özelliktedir.

Temel sorunlar için üretilebilecek çözüm modellerinde “*Meclis Araştırması*” yöntemine başvurmanın getireceği fayda tartışılmaz. Gerilim, yerini tefekkür serinliğine bırakacak, bilim ve mukayeseli aklın birikimini reform kuruculuğuna akıtacaktır. Araştırma yöntemiyle ulaşılan sonuçlar, siyasal ve toplumsal benimsemeyi kolaylaştıracaktır.

Yayımlanmamış tezler de kültürün ve bilginin önemli kaynaklarındandır. Aynı ürünlerin -her hal-ü karda- Milli Kütüphaneye ve Meclis Kütüphanesine kazandırılması zorunludur.

Teklif bu nedenlerle hazırlanmıştır.”

“Vesayet yapılarının rasyonelleştirilmesi”(I), “darbe ve muhtıra dönemleri tahribatı ve giderilme yolları”(II), “toplum mühendisliğine karşı yasama organının geçirimsizliği/ önlemler”(III), “Anayasayı Anayasa Mahkemesine karşı koruyacak anayasal mekanizmalar”(IV), “yasama organı ile siyasi partiler ilişkisinin yeniden yapılandırılması”(V), “Milletvekili statüsünün küresel standartlarda gözden geçirilmesi”(VI), “sivil toplumla yasama organı etkileşiminde yeni yöntemler”(VII), “örtülü çok hukukluktan tek Yüksek Mahkemeli yapıya geçiş (birden fazla Yüksek Mahkemenin yol açtığı çok hukukluğu tasfiye)”(VIII) ve benzeri sorunlar, farklı derecede hassasiyet gösteren sorunlardır.

Meclis araştırmasının diyalektik süreçle üretebileceği argümanlar, reform dirençlerini kaynağında söndürür. Bilinmelidir ki reformlar, çoğu kez irade yokluğundan değil, direncin şiddetinden dolayı hayata geçirilememektedir. Süreçler ve kademeli mantık tezahürleri, zamana yayılan dirençleri de dönüştürürler. Sürekli dönüşümleri dışlayan hiçbir yapı, fosilleşmekten kurtulamaz. Sürekli yenileşme, araştırma, üretme, yalnızca hayatın değil, reformun da bir şartıdır. Özü koruyan sürekli değişim... Bu konularda başlatılacak Meclis araştırmaları, varlığı özlenen *“ortak siyasi irade”* koşuluna giden bir yol olduktan başka, değişen Türkiye hedefine atılmış büyük ve fakat ortak adım niteliğini taşıyacaktır. Reform konusundaki Meclis araştırma önergelerinin bütün partilerimizce ortak imza ile verilmesi, amaca daha uygun olacaktır.

Yasama organının gerçekleştirdiği kimi araştırma raporlarının zihniyet dönüşümü, demokratik bilinç ve toplumsal kanaat oluşumu bakımından etkili sonuçlar doğurduğu hatırlanmalıdır. Sözcüleri, Susurluk Raporu olarak ünlenen Meclis araştırması, derin devlet yapılanmasına tutulan demokrasi projektörü karakteri ile bu yoldaki önemli bir sıçramaya işaret eder.³¹

6. Ortak Siyasi İradeyi Kolaylaştıracak Bir Unsurun Siyaset Kurumuna Sunulması: Siyasal rekabet, derhal yürürlüğe girecek -kimi-

³¹ TBMM 3.4.1997 t., 301 sıra sayılı Meclis Araştırması Raporu. 800 Sahifelik bu rapor, -derin yapıların delil alanındaki bütün karartmalarına ve bu sebebe dayalı yetersizliğine rağmen- arşiv değerinde tarihsel bir belgedir. Meclis Araştırmasının işlevleri için bkz. Prof. Dr. Erdal Onar, *Meclis Araştırması*, Ank. 1977 özellikle, s. 6 vd.

yasama reformlarının gerçekleştirilmesini önleyebilir. Fiili gerçek ile pozitif rekabet beklentisi birbirine karıştırılmamalıdır. Muhalefet, gerekli de olsa düzeltimlerin bir fırsat olarak iktidara sunulmasını istemeyebilir. Bu, bilhassa içtüzük reformları bakımından böyledir. Bunun çaresi, şimdinin doğrularını, geleceğin doğruları olarak öngörmektir. Çünkü uzak dönem geleceklerin aktörlerinin konumları, demokrasi ve süreç dinamizmi içinde kestirilemez. Gelecek seçimlerde hangi partinin iktidara geleceği, hangisinin veya hangilerinin muhalefette kalacağı genellikle belirsizdir. Belirsizlik, konjonktürün beslediği reform isteksizliğini yahut reform direncini pozitif talebe çevirebilir. Demek istenen odur ki, reform projesinin kimi hükümlerinin yürürlüğü, bir veya iki dönem sonraya ertelenebilir. Gelecek dönemleri kazanma amacı (yararı), şimdiki zamanları kaybetme riskine (zararına) tercih olunabilir. Aksi bir durum, şimdi olduğu gibi tüm zamanların kaybı sonucunu doğurur. Böyle bir dinamik, verimli çalışma için yayla ve tefekkür serinliği ortamını da sağlayabilir.

V. REFORMA GENEL BİR YAKLAŞIM (Yahut Ham Bir Deneme): Kapsamlı bir yasama reformunun anatomisi, bu incelemede değinilen çalışmaların tamamlanması ile ancak ortaya çıkabilir. Biz bu bölümde, reform bütünüünün bazı kesitlerini ele almaya çalışacağız.

1. Yeni Bir Yapı Olarak Yasama Akademisi:³² Yasama organının hukuk kuruculuğu işlevinde yüksek standarda ulaşılması için yasama akademisinin kurulması şarttır. Yasa taslaklarının hazırlanması aşaması birinci süzgeç, hükümet kanadından gelen öneriler (tasarılar) için

³² Yasama Akademisi fikri, -bilebildiğim kadarı ile- ilk kez, Genel Kurul'un 17.12.1997 tarihli oturumunda, Meclis kürsüsünden tarafımdan dile getirilmiştir. Öncü telaffuz olarak bu konuda şunlar söylenmiştir: *"Bugünkü konuşmamda, Parlamentomuzun bilinen veya saklı sorunlarından bazıları üzerinde durmaya çalışacağım. Parlamentoyu gerçek ve itibarlı bir güç haline getirmek, bu uğurda öneri ve görüşleriyle katkıda bulunmak, düşünen ve üreten herkesin, ulusal ve hukuküstü görevi olsa gerektir. Bu önerilerimden birincisi, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bağlı olarak Parlamento enstitüsü veya akademisinin kurulması önerisidir"* (TBMM TD, D: 20, C: 40, B: 29, s. 28). Akademi modellemesinde var olan kimi akademi ve enstitü yapılanmalarından ve iç hukuklarından da yararlanılabilecektir. Kuşku yok ki, modelin asıl ilham kaynağı, yasama sorunlarının mahiyetleri ve somut ihtiyaçlar olacaktır.

bakanlar kurulu aşaması ikinci süzgeç işlevini görür. Yasaların komisyon ve genel kurullarda görüşülme aşamasından evvel akademideki değerlendirme süreci üçüncü süzgeç özelliği ile hukuk kalitesini artırıcı bir işlev görecektir.

Parlamente sistemde, hükümet ile iktidar partisi veya koalisyon partileri ekseninde yumuşak bir güçler birliğinin varlığı göz ardı edilemez. Ancak ne güç (kuvvet) birliği, ne de kuvvetler ayrılığı, yüksek düzeyli hukuk normu üretmek için süreçlerin önemini görmezlikten gelemeyiz. Kural koyma süreçlerinin gereği gibi işlememesi yahut bazen bilinçli olarak işletilmemesi, yasama itibarını pörsüten en önemli bir patolojidir. Yerindelik ve siyasal takdir elbette ki iktidarındır. Ancak siyasal takdiri bozmayacak ve normu mükemmelleştirecek yöntemlerden biri de, süreçlerdeki ihtisas çalışmalarına ağırlık tanımaktır. Akademi, norm projesine; evrim, bilim ve mukayese aklını şırınga edecek temel dinamiktir. Yasamayı, defolu kural imalathanesi ve çıplak parmakların metinleri olmaktan kurtarmak, gerçek bir reformun inşasına bağlıdır.³³

Akademi, yasamanın iç hukukunda kurumsallaşmayı, evrimi ve dönüşümü sağlayan ve sürekliliği ifade eden rasyonel bir yapı özelliğini de taşımaktadır. Akademi, hukuk reformu ihtiyaçlarını belirleme ikincil işlevi ile de donatılabilir.³⁴ Akademi ile komisyon ve Genel Ku-

³³ Ünlü sözdür: "Parmakların akılları olsa idi, demokrasiyi yutan ejderhalar türemezdi." Darbelere karşı yasama suskunluğuna yergi vurgusu yapan özdeyiş, rasyonel mesajların yüklenmediği oyları (parmakları) eleştirmektedir.

3056 sayılı Kanun (m. 8), tasarı taslaklarının hazırlanmasında, Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü yetkilendirmiştir. Bakanlar Kurulunun 19.12.2005 tarihli kararı ile yürürlüğe konan "Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik", yasama öncesi sürecin rasyonel işleyişi bakımından önemli bir hukuk metnidir (17.2.2006 t ve 26083 sayılı *Resmî Gazete*).

Başarılı kodifikasyon örneği olan yönetmelik düzeninin yasama organını bağlayan bir yönü yoktur (Any. m. 95, m. 88). Ancak TBMM İçtüzüğü'nde, yasama işlevinin niteliği sınırında paralel düzenlemelere gidilebilir. Ancak yönetmelikte yargı kararlarının gözetileceği yönündeki hükmün (yönetmelik, m. 4/(1)c), yargı kararlarını da dönüştürecek aksi doğrultuda yasa kuralı koyabilme iktidarı (Any. m. 7) karşısında, tam doğruyu yansıtmadığı açıktır. Ayrıca görüş istemine cevap vermeyen kurum ve kuruluşların, "olumlu görüş vermiş" sayılmaları da doğru değildir (yönetmelik m. 7/(2)).

³⁴ Bu konuda bkz. "Legislative and Regulatory Reform Act-2006" (İngiltere) adlı yasa metnindeki reform modellemesi. Esasen reform, koşulların oluşması şartına bağlı

rul etkileşiminin bilgi ve seçenek eksenlerinde modellenmesi, yasama-
nın etkinliğini ve verimliliğini artıracaktır.

Kütüphane ve araştırma hizmetleri ile kanunlar dairesi işlevleri-
nin akademiye aktarılması düşünülebilir.

Bilim kadrosu, veri/arşiv birikimi ve yayınları ile AKADEMİ, ya-
sama organının adeta extra-politik (siyaset ötesi) saf aklı olacaktır. El-
bette ki son söz, siyaset kurumunun (komisyon ve Genel Kurul'un)
dur. Ancak seçenek zenginliği, son sözün isabetinde vazgeçilemez bir
pusula işlevini görür. Araştırma / Dokümantasyon / Kütüphane / Ka-
nunlar Dairesi / Komisyon uzmanları labirentlerinde AKADEMİ'nin
ortaya koyacağı performansı, onsuz yakalayabilmek, hayal sınırların-
da seyreden bir iyimserlik anlamına gelir.

Yasama akademisinin yapı, işlev ve işleyişini modellendirme
konusunda ciddi bir araştırma ihtiyacı açıktır. Bu konuda hem Meclis
Başkanımıza, hem de kurucu başkana büyük görevler düşmektedir.
Akademi Başkanında aranan nitelikler ve başkanının bilim ve yönet-
me yeteneği, sözgelimi saygın hukukçuluğu göz ardı edilmemelidir.
Şurası kesindir ki AKADEMİ, sistemimiz yönünden hayli geç kalınmış
bir reform koordinatıdır.

**2. Yasama Reformunun Ön Koşulu Olarak Anayasa Operasyo-
nu:** Gerek 1961 ve gerekse 1982 anayasaları, parlamento hukuku bağ-
lamında içtüzük nitelikli anayasalardır. İchtüzük ile düzenlemesi ge-
rekli sorunlar, darbe hukuku modellemesinde anayasa sorunu olarak
ele alınmıştır. Kuşkusuz bu durum, anayasa mühendisliği açısından
bilinçli birer inşa kusurunu oluşturur. Darbeci kurucular, içtüzük hü-
kümelerini anayasa seviyesine çıkarmayı, birer çıkış garantisi³⁵ olarak
görmüşlerdir. Amaç, demokratik yaşamaya esnek bir iç hukukun ve-
rimliliğini sunmak yerine, yoruma elverişli anayasal tüzük normlarını
zamanı geldiğinde toplum mühendisliği ihtiyacını karşılayacak araç-
lara dönüştürmektir. Çünkü birden fazla anlam taşıyan bu kurallar,

bir sürekliliği ifade eder. Reformda gecikme, uygarlık bileşimini geciktirme ile eşdeğerdir. *Sumenin altına süpürülen pörsük kural tozları, sistemi astım yapabilir.*

³⁵ Çıkış garantisi için, bkz. Prof. Dr. Serap Yazıcı, *Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri*, Ank. 1997, s. 24 vd., s. 188 ve civ.

anayasa niteliğinde olduğu için –bir kanun, bir içtüzükte olduğunun aksine– kolayca değiştirilemeyecektir (Any. m. 175). Toplantı ve karar yeter sayısı yoluyla Cumhurbaşkanlığı seçiminde –Çankaya, Askeri Bürokrasi, siyaset kurumu ve Anayasa Mahkemesi’nin örtülü dayanışması ile– yürütülen 367 operasyonu, yakın geçmişin bize sunduğu taze bir örnek olarak belleklerimizdedir.³⁶

Yasama organının denetim ve yasama işlevi ile ilgili içtüzük karakterli anayasa normlarının temel metinden önemli ölçüde tasfiyesi gerekir. Sözgelimi, mevcut anayasa hükümleri dura dura özel yasama usullerinin içtüzük veya Danışma Kurulu yoluyla modellenmesi, tamamen imkânsızdır (Any. m. 88 ve diğerleri). Anayasa Mahkemesi’nin sorunun doğasına yabancı, kimi reform girişimlerini reddedici yaklaşımı karşısında yapılabilecek başka bir şey yoktur.

Toplantı ve karar yeter sayılarının içtüzük sorunu olmaktan anayasa sorunu olmaya nasıl terfi ettirildiğini –çıkış garantisi dışında– açıklayacak mantıklı bir gerekçe bulunamaz. Toplantı yeter sayısı, geçerliğini yitirmiş bir paradigma olarak görülebilir.

³⁶ Sözü geçen ittifak, Cumhurbaşkanlığı yitirilmemesi gereken bir mevzi olarak görmüş, Abdullah Gül’ün seçilmesini önlemek için TBMM’nin toplantı yeter sayısının, anayasadaki kesin hükmün aksine 184 değil, 367 olduğunu ileri sürmüş, bu ekseninde kurgulanan toplum mühendisliği, Anayasa Mahkemesinin kararı ile son noktasına ulaşmış; ne var ki seçim (demokrasi), kısa metrajlı toplum mühendisliği projesini buharlaştırmış, önlenmeye çalışılan sonuç (Abdullah Gül’ün Cumhurbaşkanı seçilmesi) gerçekleşmiştir (bkz. Any. Mah. 1.5.2007 t., 45/55 –E/K. Ahmet İyimaya, *a. g. e.*, s. 511). Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı, mahkemenin hukuk imajı bakımından bir kırılma noktasını oluşturur. Cumhurbaşkanlığı seçimleri, demokrasi standardımızın temel göstergelerindedir. Ayrıca bu seçimler, yasama organlarının kuşatıldığı dönemler olarak tarihimize geçmiştir. 2007 reformu ile benimsenen “halk tarafından seçim” modeli, Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde toplum mühendisliği tekniklerinin önünü büyük ölçüde kesmiştir. 367 kararının analizi için bkz. Prof. Dr. Cem Eroğul, 2007 Cumhurbaşkanı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler, *AÜSBFD, Yavuz Sabuncu’ya Armağan Özel Sayısı*, Temmuz-Eylül 2007, S: 62/3, s. 141 vd.; Prof. Dr. Mehmet Turhan, Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı, *AÜSBFD*, s. 379 vd.; Yrd. Dr. Nur Uluşahin, Cumhurbaşkanı Seçiminin Düşündürdükleri ya da Hukukun Siyasallaşması, *Ankara Barosu Dergisi*, Bahar 2007, s. 18 vd.; Doç. Dr. Zühtü Arslan, Gerekçeli 367 Kararının Düşündürdükleri, *Zaman Gazetesi*, Yrd. Doç. Dr. Ozan Ergül, *a. g. e.*, s. 260 vd.; Prof. Dr. Sami Selçuk, 2007’nin Hukuk Olayı Anayasa, *Türkiye Günlüğü*, S. 89-Yıl 2007, s. 5-16.; Keza, Ahmet İyimaya, Geçici 19 ncu Madde Ekseninde Cumhurbaşkanının Anayasal Konumu, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2007, S. 16, s. 21 vd.

Yasama reformu için zorunlu anayasa dönüşümünü, esasen özünü vesayetçi ruhun oluşturduğu 1982 Anayasasını yürürlükten kaldırma ve toplumsal irade (sözleşme) temelli büyük anayasa reformunun bir parçası olarak görmek gerekir. Siyaset kurumu, bu büyük dönüşümü artık erteleyemez, engelleyemez; asıl misyonu ile daha fazla çatışamaz. Çünkü bu konudaki toplumsal talebin hedefe odaklanmış kararlılığı, darbelerin anlık etkilerinden daha derin, kalıcı ve sonuçlandırıcıdır. 12 Eylül 2010 referandum sonuçları, demokratik anayasa yapımı için bütün partilere verilmiş *“toplumsal bir buyruktur/milletin emridir”*. Bu ortak görev, doğru okunmalı, doğru algılanmalıdır. Özünü, toplumsal taleplerin oluşturduğu, partilerin en geniş zeminde uzlaşmalarına dayalı yeni bir anayasa, geleneksel itiyatların aksine artık ertelenemez. Siyaset kurumu yahut ilgili parti, gecikmenin tasfiye edici demokratik bedelini behemehâl öder. Bu konudaki toplumsal bilinç ve talep derinliğini görebilmek için uyanık olmak da gerekmez.

3. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Çalışma Düzeninde Değişim, Özellikle Yeni Bir İçtüzük İnşar: Türkiye Büyük Millet Meclisi, bu çalışma düzeni ile gündemdeki işleri sonuçlandırmaktan çok; zaman tüketen ve obstrüksiyon (engelleme) üreten organ konumundadır. Uzlaşma sağlanamayan işlerde spontane veya iradi olarak gelişen gerilim, milletin bu güzide kurumunu gözden düşürmekte, itibarını eritmekte, güveni sarsmaktadır.

Gündemle doğrudan ilgisi olmayan konuşmalar, günün tamamına yakın süreyi kaplayan tekrarcı müzakereler, -bırakınız verimi- milletvekilleri için bir tür eziyete dönüşmektedir. İnsan haklarına aykırı olan bu durumu, verimli ve zarif çalışma düzenine dönüştürmenin zor bir tarafı da yoktur. Gerekli olan, asgari ortak aklın reforma aktarılmasıdır.

Çalışma düzeni ve iç hukuk reformunda genel bir bakışla şunlar söylenebilir:

a. İhtisas Komisyonları ve Genel Kurul çalışmalarındaki geleneksel paradigma sökülüp savrulmalı ve *“HUKUK, KOMİSYONDA; SİYASET, GENEL KURULDA YAPILIR”* paradigması benimsenmelidir. Mevcut çalışma düzeni ile büyüyen, gelişen ve çoğullaşan Türkiye'nin talep ve ihtiyaçlarını karşılayacak çıktıların üretilmesi olanaksızdır.

İhtiyaçlar, kendi çözümünü üretir. Marifet, bu gerçeği görebilmek ve yeni paradigmanın verimli zeminini gelecek nesillere armağan etmektir.

“Genel kurulda herşeyi tek tek görüşme, çalışma” düzeninden (paradigmasından) vazgeçilmelidir. Bu düzen, yalnızca zaman savurganlığına değil aynı zamanda arka plan çalışmasından yoksun önergelerle hukuk bozuculuğuna yol açmaktadır.³⁷ Yasama verimini omurgasından yaralayan unsur, bu çalışma düzenidir. Yeni paradigma, “iş ve önerilerin ayrıntılı değerlendirilme işlevini ihtisas komisyonlarına aktarmak”tır. Önerilerin hamurlanacağı, mayalanacağı, yeniden inşa edilip mimari bütünlüğe kavuşacağı yer, komisyonlardır. Bu paradigma, komisyonların insan unsuru ve hukuki modellenmesi bakımından esaslı bir yenden yapılandırılmasını zorunlu kılar. Başka bir anlatımla, bu reformun rasyonel temellere oturtulması, komisyon yapılarının başarılı şekilde modellenmesine bağlıdır. Üyelerde ihtisas şartının aranması(I), komisyonlar arası ilişkinin iş bölümü değil görev esasına oturtulması(II), komisyonlara havale sisteminin gözden geçirilmesi(III), Akademi ve yardımcı uzman donanımının işler kılınması(IV), verime ve gündeme odaklanan müzakere usulü(V), bütün görüşmelerin tutanağa bağlanmasının zorunlu kılınması(VI), ölçülülükle bağdaşmayan engelleme tavırlarının önlenmesi(VII), komisyon sürecini bloke edecek ve hukuk verimini engelleyecek aceleci baskılar için usuli bariyerler öngörülmesi(VIII) ve benzeri unsurlar, yeni paradigmanın zorunlu kıldığı yöntemleri ima eder.

Genel Kurul; Büyük Meclis’in merkezidir; demokrasimizin atan kalbidir. Yeni paradigmaya göre, *komisyonda hukuk, genel kurulda siyaset yapılır*. Genel Kurul, yapılan hukuku müzakere eder ve oylar: reddeder veya kabul eder yahut ortaya koyduğu rezervlerin komisyonda yeniden görüşülmesini emreder (yasama buyruğu).

Genel Kurul, görüşülmekte olan teklif/tasarı raporlarının geneli üzerinde partiler ve üyeler öznesinde hukuki ve siyasal değerlendirmelerde bulunur. Nihai oylama iradesinin teşekkülü ve gündem üzerindeki rezervlerin açığa çıkması için yüksek çaba gösterir. Geneli üzerindeki konuşma ile sınırlı Genel Kurul müzakerelerinde sürelerin

³⁷ Hukuk bozuculuğu için, bkz. bu incelemenin 9 no.’lu dipnotu

uzun tutulması gereği açıktır. Oylama öncesi soruların, bir denetim değil, yasa projesine yorum malzemesi oluşturacak yasama sorusu olduğu unutulmamalıdır.

Bu tür bir paradigma değişikliği, meclise, siyaset kurumuna ve millete nefes aldırır. “İşte benim Meclisim” kanaati toplumun vicdanında ma’kes bulur. Bu paradigma değişimi için Anayasanın 95 ve 88 inci madde hükümlerinin ve bağlantılı temel normların da değiştirilmesi şarttır.³⁸

Hukuk yapıcılığını Genel Kurul’dan komisyonlara aktaran ve Genel Kurul’da *madde bazında müzakereyi ortadan kaldıran* yeni paradigmanın yüksek bir direnç göreceği, ortak kabul görmesinin çok zor olacağı rahatlıkla söylenebilir. Yüzyılı aşan usul geleneğinin oluşturduğu zihniyet ve kültür katılaşmasını ve itiyadı bir anda terk edebilmek, yüksek dereceli arınmayı ve çok boyutlu değerlendirmeyi zorunlu kılar.

Anayasa Mahkemesi’nin temel kanun özel yasama yönteminde geliştirdiği engelleyici sınırlandırmaların ve o sınırlandırmalar kıskacında oluşturulmuş temel kanunun görüşülmesine ilişkin tüzük kurulumunun (m. 91) uygulandığı üç temel kanunun (TBK, HMK, TTK) Genel Kurul’daki 11, 12 ve 13.01.2011 tarihlerinde gerçekleşen görüşme süreci, reform bakımından uyarıcı ve teşhir edici bir pratik oluşturmuştur.³⁹

³⁸ Bkz. Bu makalenin 41 no.’lu dipnotu.

³⁹ Neden bölümü bir bütün olarak değil de, her maddeyi -üstelik okumadan-rakkam numarasıyla oylamak? Eğer anlam (metin) oylanmayacaksa, rakkam oylamasının mantığı nedir? Eğer anlam (metin) oylanacaksa, birden fazla cümleden, birden fazla fıkradan oluşan maddelerdeki bu alt parçalar (cümleler, fıkralar) niçin oylanmamaktadır? Küçük parçaların (cümle, fıkra) oylanmasından vazgeçilebiliyorsa, diğer parçalardan vazgeçerek teklif / tasarı bütünü için tek oylama niçin yeterli olmasın? Aslolan, Yüksek Meclis’in iradesi (onayı) olduğuna göre, komisyon çalışması ile netleşmiş ve geneli üzerindeki müzakerelerde hakkındaki görüşler ortaya konmuş teklif / tasarının bütünüünün oylanması yöntemi neden yetersiz sayılsın? 1926, 1927 ve 1956 tarihlerindeki temel kanun tecrübelerini (küll halinde müzakere ve tek oylamayı) ve mukayeseli hukuku yok sayabilir miyiz? Bu soruların bırakınız bilimsel olanını, mantıksal bir cevabı olmalı değil midir? Son üç temel kanunun müzakere ve oylama pratiği, TBMM İçtüzüğü’nün (m. 91) mantıksal tutarsızlığını, mizah üretme yeteneğini ve hurufiyecilik görüntüsünü teşhir etmiştir. Sürecin görüntülü kayıttan izlenmesi, hem sanat ve hem de rasyonellik adına hayli ilham verici ve öğretici olacaktır. Büyük Meclisi bu gibi sekellere muhatap kılma hakkımızın olmadığını düşünüyorum.

Yeni paradigma, Genel Kurul'daki tekrarcı ve konu dışı müzakerelerin Meclis itibarını sarsıcı etkisini ortadan kaldıracaktır. *Yasa projelerinin sosyal ve politik sonuçları, iktidar ve muhalefetin perspektiflerinde ayrıntılı değerlendirilecek, eleştiri ve yeni seçenekler ekseninde proje gerekirse komisyona geri çekilerek olgunlaştırılabilir yahut kabul veya reddedilecektir.*

Yeni paradigmanın büyük Genel Kurul'a kazandırdığı zaman, etkili siyasal işleyiş için dönüştürücü imkanlar ortaya çıkacaktır. Genel Kurul; genel görüşme, Meclis araştırması yoluyla sorunların somut olarak tartışıldığı, siyasal stratejilerin geliştirildiği, uluslararası ilişkiler kritiğinin yapıldığı Millet platformuna dönüşecektir. Nefes aldirmayan, ıstırap verici sonuçsuz müzakereler, yerini pozitif siyasaların ve şeffaflık ve denetim pratiklerinin icra edildiği zeminlere bırakacaktır. Yeni paradigma; partiye, milletvekiline ve siyaset kurumuna özgül ağırlığı ile bağdaşır bir güvenilirlik değeri katacaktır. Siyaset kurumu, parti ve milletvekili, haklı bir itibar ve güç kazanacaktır. Tasarruf edilen zaman, milletvekiline seçmen taleplerini takip için fırsat sağlayacak ayrıca ilgilendikleri konularda norm projesi üretebilme olanağı kazandıracaktır.

b. İşlev ve ruhunu yitirmiş içtüzüğün yeniden inşası için tarihsel çizgide gerçekleştirilmiş saygın çalışmalar, yeterliğin çok gerisindedir. *Ratio legis* (ruhu), felsefesi ve ilkeleri ile özgün hukuk yapıtları topluluğunda (dünyada) emsal olarak gösterilebilecek içtüzük mimarisini başarabilme yeteneği ve birikimi ülkemizde fazlasıyla mevcuttur. Büyük Meclis, adil bir içtüzük koduna en az su ve hava kadar üstelik ivedilikle muhtaçtır.

Yüksek hukuk mimarisi yanında iç hukuk inşasının en zor sorunu, iktidar, muhalefet ve milletvekili haklarını koruyacak altın dengenin bulunabilmesidir. Yeni yapıda bu iş, daha çok komisyon alanını ilgilendirmektedir. İçtüzük kodunun bu sorunla ilgili bölümlerinin gelecek dönemlerde yürürlüğe girmesi dinamiği, tüzük kurucuları için serin bir çalışma ortamını ve olabilirlik kapasitesini sunmuş olacaktır. Bu ortam, modellenmenin sağlığı bakımından önemlidir. Öznesi belli olmayan gelecekteki çıkarlar, öznesi belli hali hazır çıkarlar gibi tahrikkâr olmazlar.

c. İçtüzük mimarisinde behemehâl iki usul benimsenmelidir: Genel yasama usulü, özel yasama usulü. Gerekirse ayırım, anayasa seviyesinde modellenerek dokunulmazlığa kavuşturulmalıdır. İçtüzükler,

yapıları gereği genel yasama usulünü (genel usulü) düzenlerler. Özel usuller, şartları gerçekleştiğinde uygulanabilecek, ihtiyaca tekabül eden modellerdir. Mukayeseli parlamento hukuku, bu konuda çok sayıda özgün örnekler sunmaktadır.⁴⁰ Bizde Anayasa Mahkemesi'nin müdahalesi ile kuşa döndürülmüş temel kanunların görüşülmesine ilişkin hükümler, özel yasama usulüne örnek oluşturur.⁴¹ Uzlaşma hal-

⁴⁰ Bkz. bu makalenin 24 no.'lu dipnotundaki referans.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi, 31.01.2002 t, 129/24- E/K.; 29.04.2003 t, 30/38- E/K; 26.10.2005 t, 74/73- E/K sayılı kararları.

Özel usul ve çalışma düzeninin yapısız dönüşümü ve kimi içtüzük sorunlarını arındırması bağlamında tarafından geliştirilen iki maddelik anayasa değişikliği taslağı ve gerekçesi şöyledir:

“Kanun ve İçtüzüklerin teklif edilmesi ve görüşülmesi

Madde 88- Kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu, *siyasi parti grupları* ve milletvekilleri, *İçtüzük teklif etmeye ise yalnızca milletvekilleri* yetkilidir.

Teklif ve tasarıların Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülmesi usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir.

İçtüzük, teklif ve tasarıların ihtisas komisyonlarında ayrıntılı olarak değerlendirilmesi, genel kurulda ise komisyon raporlarının genelinin görüşülmesi ve oylanması esasına göre düzenlenir.

Anayasanın değiştirilmesine ilişkin teklifler saklıdır.

İçtüzük, özel yasama usulleri öngörebilir.

GEREKÇE

Kanun teklif edebilme yetkisi Bakanlar Kurulu, siyasi parti grupları ile milletvekillerine aittir. Hükümet tarafından verilen kanun önerileri, tasarı olarak adlandırılmıştır. İçtüzük teklif edebilme, milletvekillerine tanınan münhasır yetkilere aittir.

Teklif ve tasarıların görüşülme usulleri, İçtüzükte düzenlenecektir.

Teklif ve tasarıların ihtisas komisyonlarında derinlemesine incelenmesi; önerilerin komisyon aşamasında verilmesi, değişiklik önerilerinin teklifin amacı, bütünlüğü ve hukukun üstünlüğü içinde komisyonlarda değerlendirilip sonuçlandırılması asıldır.

Genel kurul, komisyon raporu temelinde görüşmesini yürütecektir. Genel kurul aşamasında önerilerin verilebilip verilemeyeceği hususu, tüzük koyucusunun takdirindedir. Ancak bu halde dahi öneriler genel kurulda oylanıp kabul edilmek yerine, behemehal komisyonunda değerlendirilip sonuçlandırılacaktır. Önergelerin genel kurulda oylamayı durdurabilmesi yahut raporun geri çekilmesi komisyonun kabulüne bağlıdır. Raporun kısmen geri çekilmesi, bir veya birden çok maddenin komisyona alınması anlamındadır.

Büyük kodifikasyonlarda, temel kanunlarda, kapsamlı anayasa değişikliklerini izleyen uyum yasalarını çıkarma süreçlerinde ve benzeri durumlarda özel yasama usulleri öngörülebilir. Bu usuller dahi genel esasları ile İçtüzükte gösterilir. Aynı şekilde diğer kanunlar için genel kurulda, geneli üzerinde görüşme yapılması, maddelerin tamamının veya bir kısmının görüşülmeksizin okunup oylanması özel yöntemi dahi benimsenebilir.

lerinde dahi genel usulün uygulanma mecburiyeti gerçeği de özel usul ikamesini zorunlu kılmaktadır.⁴² Bu özel usul yanında bütün grupların

Anayasa değişikliklerinde madde temelinde müzakere ve oylama, istisna tanımayan bir esas olarak değerlendirilmiştir.

Yeni düzenleme ile, saniyelik önergelerin yol açabileceği hukuk bozuculuğunun önüne geçmek ve usulü rasyonelleştirmek amaçlanmıştır.”

“İçtüzük, siyasi parti grupları ve kolluk işleri

Madde 95- Türkiye Büyük Millet Meclisi, çalışmalarını, kendi yaptığı İçtüzük hükümlerine göre yürütür.

İçtüzük yapım usulüne göre oluşmamış hiçbir Meclis kararı, İçtüzük olarak nitelendirilemez.

İçtüzük hükümleri, siyasi parti gruplarının, Meclisin bütün faaliyetlerine üye sayısı oranında katılmalarını sağlayacak yolda düzenlenir. Siyasi parti grupları, en az yirmi üyeden meydana gelir.

Türkiye Büyük Millet Meclisinin bütün bina, tesis, eklenti ve arazisinde kolluk ve yönetim hizmetleri Meclis Başkanlığı eliyle düzenlenir ve yürütülür. Emniyet ve diğer kolluk hizmetleri için yeteri kadar kuvvet ilgili makamlarca Meclis Başkanlığına tahsis edilir.

GEREKÇE

Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüğünün yapım usulü, Anayasa ve İçtüzükte gösterilmiştir. İçtüzük adı ile yayınlanmış bulunan ve yürürlükteki hukukumuzun bir parçası olan İçtüzüğün dışında, Meclisin hiçbir işlem ve kararı içtüzük olarak adlandırılmaz ve onunla eşdeğer görülemez. Maddenin 2 nci fıkrası hükmü, bu muhtevasıyla, Anayasa Mahkemesinin İçtüzük dışında kalan kimi Meclis kararlarını denetleyebilme yönündeki uygulaması konusunda yaşanan görev sorununa kurucu iktidar yetkisiyle çözüm getirmeyi amaçlamaktadır. Eylemli İçtüzük değişikliği yahut ihdası nitelemesi yoluyla soyut norm denetiminin yapılamayacağı benimsenmiştir.”

⁴² 22.Dönemde komisyonda kabul edilip Genel Kurul gündeminde yer alan üç temel yasa olan Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarılarının görüşülüp yasalaşması için tarafımdan geliştirilen “özel usulü içeren geçici içtüzük modeli” teklif örneği ve gerekçesi, aşağıdaki şekildedir:

“TÜRK BORÇLAR KANUNU, TÜRK TİCARET KANUNU VE HUKUK MUHADEMELERİ KANUNU TASARILARININ TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ GENEL KURULUNDA GÖRÜŞÜLMESİNE İLİŞKİN GEÇİCİ İÇTÜZÜK TEKLİFİ

MADDE 1- Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarıları ile bunların yürürlük ve uygulama şekli hakkındaki kanun tasarılarının Genel Kurulda ayrı ayrı müzakeresinde tümü hakkında görüşme açılır.

Siyasi parti grupları ile komisyon ve hükümete ikişer saat, her gruptan birer milletvekili ile iki bağımsız milletvekiline yirmişer dakika söz verilir.

Konuşmalardan sonra, bir saat süre ile soru-cevap işlemi yapılır.

Maddelere geçilmesi oylanır.

Siyasi parti grupları, ancak birlikte önerge verebilirler. Üyelerinin oybirliğine dayanmayan komisyon önergeleri ve komisyonunun katılmadığı hükümet önergeleri işleme konamaz. Önerge verebilecek olanlar, burada sayılanlarla sınırlıdır.

ittifakına dayalı, Danışma Kurulu Kararı ile belirlenmiş, olayına özgü

Önergelerin sonuçlandırılması dışında madde görüşmeleri, madde oylamaları ve hiçbir halde maddelere ilişkin soru-cevap işlemleri yapılmaz.

Bu suretle görüşmeler tamamlandıktan sonra tasarının tümü oylanır.

Bu maddede sayılan tasarlardan görüşülmesine başlanmış olanların görüşül-meyen kısımları hakkında dahi bu İçtüzük hükümleri uygulanır.

MADDE 2- Bu İçtüzükte hüküm bulunmayan hallerde, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü hükümleri kıyasen uygulanır.

MADDE 3- Bu İçtüzük, yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 4- Bu İçtüzük, Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile bunların yürürlük ve uygulama şekli hakkındaki ka-nunların yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükten kalkar.

MADDE 5- Bu İçtüzük, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yürütü-lür.

GENEL GEREKÇE

Türkiye, modern hukuk devletlerinde varlığı zorunlu ana kanunları, Cumhuri-yetin başlangıcında yürürlüğe koymuştur.

Aradan geçen yüzyıla yakın süre içinde, dünyada ve Türkiyemizde yaşanan ve gelişen çok boyutlu değişimler, ana kanunların da değiştirilmesini zorunlu kıl-mıştır. Kara Avrupası ülkelerinde 2 nci dalga temel kanun değişimleri, aşağı/yu-karı tamamlanmıştır. Türkiyemizde 2 inci dalga reform çalışmalarının *birden fazla iktidar süreçlerini aşan uzun ve yoğun bir hazırlık çalışması dönemi* vardır. Türk Me-deni Kanunu ile Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunları alanında geliştirilen reformlar, çeşitli tarihlerde yürürlüğe girmiştir.

Uzun zamanlı çalışmaların, farklı projelerin sentezinden oluşan ve *farklı dönem-lerdeki siyasal iktidarların kurucu katkılarının ortak ürünü* olan Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarıları, Genel Kurul aş-masında beklemektedir.

Bu temel ya da ana kanunların yaygın ve geciktirilemez toplumsal bir ihtiyaca tekabül ettiği, hukuk ve adalet kalitemizi yükselteceği kuşkusuzdur. Aynı derecede kuşkusuz olan bir başka husus, "bu kanunların konjonktürel siyasetin sıcak gündeminin dışında kaldığı ve gelecek nesillerin de ortak hukukunu oluşturduğu" dur.

Sözü geçen kanunların bu karakteri, onların Genel Kurulda ayrı ayrı görüşül-mesinde, Anayasaya aykırı olmayan, mukayeseli hukuk verileri ile çatışmayan, belki de o anlamda küresel müktesebata katkıda bulunan bir model inşaanı gerekli kılmaktadır. *Teklifimiz, bu amaca yöneliktir. Teklif, yasama sürecinde pozitif katkılarla daha da olgunlaşabilecektir.*

Önerdiğimiz özel yasama yönteminin üzerinde oturduğu temel felsefenin kimi kesitleri, şu şekilde ortaya konabilir:

1- Teklif ile kurulması amaçlanan İçtüzük, geçici ve sürelidir. Sözü geçen ka-nunların yürürlüğe girdiği tarihte, yürürlükten kalkacaktır. Geçici İçtüzük düzen-lemesi, parlamento hukukumuzda bir ilktir. Yöneldiği işe uygulanmakla tükenen kural karakteri, gerilimli-sıcak gündemlerin kapsamı dışında kalan yasama alanla-rında siyasal partilerimize uzlaşma (konsensüs) kolaylığı sağlayacak (I), kurumsal İçtüzüğümüzün özel yasama yöntemindeki (m.91) zorlaştırıcı usulün baskısından (II) ve temel yasa mimarisinin bozulmasından (III) koruyacak bir imkanı ortaya koymaktadır.

ve değişken bir üçüncü usul de düşünülebilir. Bu tür esneklikler, ya-

2- Ana yahut temel veya kod kanun olarak adlandırdığımız düzenleme alanlarında özel yasama yöntemi, mukayeseli ve milli parlamento hukukuna yabancı bir yöntem değildir [Bkz. "Parliaments of the world" adlı derleme. Ayrıca, Yapıcı, Havvana. Özel Yasama Yöntemleri ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Örneği (yayınlanmamış uzmanlık tezi), "Küll halinde (bütünü) müzakere", *TBMM Zabıt Ceridesi*, Devre: 2, İçtima Senesi: 3. Cilt: 20.B.54. T.11.2.1926, s. 152-153.]. Özel yasama yönteminin türünü ve hatta birden fazla özel yasama yöntemini belirleyecek temel dinamikler: O ülkenin hukuk kültürü, yasama gelenekleri, karşılaşılan sorunun doğası ve benzeri yapı ve olgulardır. "*İhtiyaç, kendi hukukunu üretir*" (Any. m. 7, 2, 88, 95).

a) Temel kanunlara özgü olarak "geneli üzerinde görüşme ve genelinin oylanması" ikilisi ile sınırlı, yani madde görüşmelerini, maddelere geçiş ve madde oylamalarını, önerge verilmesini mümkün kılmayan görüşme modeli, parlamento hukukumuzda uygulanmıştır. Medeni Kanun ve diğer temel kanunlar bu usul ile kanunlaşmıştır [Dr. İba, Şeref, *TBMM İçtüzük Değişikliklerinin anlamı: 1996 sonrasında Bakış*, *Yasama Dergisi*, Yıl: 2007, Sayı: 6, s. 85 ve dev.). 1956 t.'li Türk Ticaret Kanunu dahi aynı yöntemle: tümü üzerinde görüşme ve tümünü (tek) oylama usulü ile yasalaşmıştır (*TBMM Zabıt Ceridesi*, C: 12/2, İ.83. T.29.6.1956. s.571-572)].

b) Anayasamızın 148/2 hükmünün, üretilebilecek özel yasama yöntemleri bağlamında anlam ve işlevinin şimdiye değin ayırtına varıldığı söylenemeyecektir. Gerek Anayasa Mahkemesinin ve gerekse siyaset dinamikleri, m.148/2 hükmünü bu eksende okumamışlardır.

Sözü geçen hüküm "*Kanunların şekil bakımından denetlenmesi; son oylamanın ön-görülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı... ile sınırlıdır*" biçimindedir.

Bu hüküm, farklı özel yasama yöntemlerinin üretilmesine imkan sağlayacak anayasal zemini oluşturmaktadır. Son oylamada aranan karar nisabı dışında geliştirilecek herhangi bir özel yasama yöntemine göre sonuçlandırılan yasaların bu sebeple (şekil açısından) Anayasaya aykırılıkları ileri sürülemez. Özellikle *uzlaşma ile oluşturulacak özel yasama yönteminin anayasal dayanağı olarak bu hükme yaslanılabılır*. Sözgelimi, temel kanunlarda genel oylanması ile yetinilmesinin Anayasa ile çatıştığı söylenemeyecektir.

3- Mukayeseli Hukuk Yaklaşımı: Genel yasama usulü içinde özel yasama yönteminin olmadığı ülke sayısı çok azdır [Avrupada özel yasama ve genel usulü sınırlandırma yönteminin uygulandığı ülkeler olarak: Norveç, Hollanda ve İsveç gösterilmektedir (Dr. Ergül, Ozan, *Anayasa Mahkemesinin TBMM İçtüzük Değişikliğini İptal Kararı Işığında Özel Yasama Yöntemine Bir Bakış*, *AÜHFD*, C. 51, S. 4, Yıl 2000, s. 99-130)]. Hiç görüşme ve oylama yapılmaksızın güvenoyunun kabulü şartına bağlı olarak tamamlanan (yasanın görüşmesiz ve oylamasız kabul edilmiş sayıldığı ve yürürlüğe girdiği) usullerden diğer usullere kadar farklılık gösteren özel yasama yöntemlerini gözlemek mümkündür [Ayrıntı için bkz. Danimarka Yöntemi, Yapıcı Havvana, *a. g. e.*, s. 145; Fransa yöntemi, *a. g. e.*, s. 99, 142; Almanya Yöntemi, *a. g. e.*, s. 115.

Dr. Ergül, mukayeseli hukuk ekseninde şu örnekleri vermektedir:

" -Bir kanun tasarısı veya teklifinin komisyon aşaması atlanabilir veya huzlandırılabilir,

- Bir tasarısı veya teklifin kabul edilmesi için belli bir süre sınırı getirilebilir,

sama işlevi pratiğine rasyonellik kazandırırılar. Doğaldır ki, bu üçüncü

- Bir tasarı veya teklifin görüşülmesinde yer alan bir çok aşama bir güne sığdırılabilir,

- Acil işlerde teklif veya tasarının ayrıntılarının önceden basılması, üyelere dağıtılması ve duyurulmasına gerek olmayabilir,

- Gündemin oluşturulmasında acil işlere öncelik verilebilir,

- Usul kurallarında daha hızlı görüşmeyi sağlayacak düzenlemeler yapılabilir”

(Dr. Ozan Ergül, *Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ank. 2007, s. 268).].

4- Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı: Anayasa Mahkemesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 91. maddesinde farklı tarihlerde gerçekleşen değişiklikleri denetlerken kurduğu kararlarda, bu bağlamda bazı sonuçlara ulaşmıştır [Anayasa Mahkemesinin 31.1.2002 t, 129/24 - E/K; 29.4.2003 t, 30/38- E/ K; 26.10.2005 t, 74/73- E/K sayılı kararları.].

a) Maddelerin ayrı ayrı okunması ve görüşülmesi gerekli değildir.

b) Her madde için önerge verilme hakkının tanınması ve her maddenin oylanması zorunludur.

Anayasa Mahkememizin kararında, özel yasama yönteminin amacı dışında ve aşırı şekilde gerçekleşen uygulama pratiğinin etkisini göz ardı edemeyiz.

Yasama Organı, karşı karşıya kaldığı süreç sorunlarını ve Anayasayı farklı açılardan yeniden okuyarak Anayasa Mahkememizin ulaştığı sonuçlardan başka sonuçlara ulaşabilir. Yeter ki Yasama Organının oluşturduğu gerekçeler, Anayasamızın birden fazla olan anlam-kuşağı içinde kalmış olsun [Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve gerekçelerin bağlamazlığı yönünde analitik ve mukayeseli bir inceleme için, bkz. İyimaya Ahmet, *Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Normatif Etkisi*, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ank. 2006, s. 1185 vd.].

Doktrin ve mukayeseli hukuk, temel yasalarla ilgili olarak tümünü birden görüşme ve genel oylama ile yetinilebileceğini ortaya koymaktadır. Özellikle Anayasa Mahkememizin bu kararları üzerine kritikte bulunan Dr. Ergül aynen şöyle demektedir. *“Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin kabul ettiğinin aksine özel yasama yöntemleri parlamenter demokrasilerle bağdaşan yöntemlerdir. Bu yöntemlerin çok sık uygulanmaması gerektiği kabul edilebilir. Ancak, özel yasama yöntemi bulunmamasını savunmak da mümkün değildir. Gerçekten de, bazı hallerde iktidar ile muhalefet uzlaşabilir ve meclis genel kurulunun zaman kaybetmemesi için bir kanunun özel bir yöntemle görüşülmesine karar verilebilir.”* (Dr. Ozan Ergül, *a. g. e.*, s. 269 ve civ).

Teklif ile sunulan model bir bütün olarak düşünüldüğünde,

Milletvekillerinin ve grupların komisyon aşamasında görüşmelere katılmaları, genel kurulda tanınan uzun konuşma hakları ve soru-cevap işlemleri, yasaya iştiraki (kurucu ve demokratik katılımı) sağlayan mekanizmalar olarak görülebilir. Bu görüşme aşamalarında ortaya çıkan inşâ kusurları veya daha ileri öneriler, benimsenmediği oranda tasarıya yansıtılabilecektir.

Önerge verilmesinde getirilen koşullar, görüşülen temel kanun üzerinde uzlaşmayı ve katılımı zorunlu kılan unsurlardır. Amaç, onlu yılları alan uzun ve yoğun çalışmanın inşâ ettiği kod-projenin mimarisinin olabildiğince korunması ve bozulmamasıdır.

Yürürlüğe konan yasaların, görüşme usulleri (şekil) bakımından Anayasaya aykırılığını son oylama (karar nisabı) ile sınırlayan anayasal çatının bu tür- modeli dışlamadığı açıktır.

usul de içtüzükte genel çerçevesi ile koşullandırılmalıdır.

d. Teamül hukuku ile kabul edilmiş “*Uzlaşma Kurulu Komisyonu*” geleneği, içtüzüğe aktarılmalı ve kurumsallaşması sağlanmalıdır. Eşit temsil ve oybirliği esaslarında kurgulanacak böyle bir yapı, *ak saçlılar, bilgiler kurulu* olarak siyaset kurumunun adeta regülatörü olabilir. Bu kurul, çoğu zaman muhtaç olunan makul/ortak akıl komisyonu işlevi görebilir. Gerilim üreten gündemlerde, kutuplaştırıcı ülke sorunlarında bu tür komisyonlar, kimi zaman tarihi değerlerde işlev görebilirler.

e. İçtüzük temel düzenlemesinin yapısı, sistematığı, özellikle normların muhtevaları, düzenleme konuları ve hukuk alanları bu incelemede yapılmasına işaret olunan ayrıntılı çalışmalarla belirlenebilecektir. Bu bağlamda –çok kısa olarak– şunlar söylenebilir:

aa. Grubu bulunan siyasal partilere de kanun teklif hakkı tanınmalıdır.

bb. En az bir haftalık genel kurul çalışmasının kesin gündeme bağlanması gerekir.

cc. Teklif ve tasarı görüşmelerinde, yürürlükteki hükme aykırı olarak denetim sorusu sorma uygulaması terk olunmalı, ancak normun yorum ve içeriği ile ilgili olarak soru sorulabilmelidir.

Aslanan, yasama iradesinin, serbestçe ve usulüne göre ortaya çıkmasıdır. Sayısal büyüklük ve hacim sebebiyle, esasın, olağan usulün labirentinde zaman karadeliğine akması riski var ise, özel bir usul üretmek, saf (pür) aklın ve rasyonel siyasetin kaçınılmaz görevidir. Önerilen model, tam da bu görev zemininde konumlanmıştır.

5- Teklifin yasama sürecindeki görüşmelerinde;

-Bu tür bir modelin yürürlükteki içtüzüğe geçici bir madde olarak eklenmesi,

-TBMM içtüzük m.91 hükmündeki bölüm bölüm görüşme yönteminin benimsenmesi (bölümlerin, yasanın kendi bölümleri gözetilerek belirlenmesi kaydı ile),

-Yürürlükten kalkmayı en son tasarının Resmi Gazetede yayımlanmasına bağlama ve benzeri öneriler, ayrıca değerlendirilebilir.

Bu temel kanunun yürürlük ve uygulanması hakkındaki kanun tasarılarının dahi aynı usul ile yasalaşması, normların zaman bakımından uygulanması ve “*eş/izleyen zamanlılık ilkeleri*” bağlamında önemlidir.

Teklifin yöneldiği temel amaç, Türk hukukunun ve toplumun muhtaç olduğu temel kanunları gecikmeden yürürlüğe koymaktır. Esasen bu amaç, hiçbir ayırım yapılmaksızın siyaset kurumunun ve tüm siyasal partilerimizin ortak amacıdır.” Teklif, Anayasa Komisyonu’nun 2/752 no.’lu esas kaydında sırasını beklemektedir.

dd. Alt komisyon teamülü, yazılı kurala bağlanmalıdır.

ee. Toplantı yeter sayısı kaldırılmalı, karar yeter sayısı gözden geçirilmelidir. Belirtilen özel haller dışında, bu konuda taban yeter sayısı sisteminden vazgeçilmelidir.

ff. Teklif ve tasarılar, ayrıntılı olarak ihtisas komisyonlarında değerlendirilmelidir. Zorunlu haller dışında, komisyonlardaki olağan süreci kısaltacak hız girişimlerinden kaçınılmalıdır.

gg. Genel Kurul'da, komisyon raporlarının genel değerlendirilmesi yapılmalı, madde okunması, madde müzakeresi, madde oylaması sisteminden vazgeçilmeli, raporunun (teklif veya tasarrufun) genelinin oylanması (küll halinde oylama) ile yetinilmelidir.

hh. Norm projesine genel kurul aşamasında önerge ile müdahale edilememeli / gerektiğinde bu tür müdahaleler komisyon tasarrufuna bağlanmalıdır.⁴³

ii. Farklı komisyonların görev alanlarına giren birden çok yasada tek öneri ile değişiklik (çerçeve kanun) modelinden vazgeçilmeli, bu yöntem aynı komisyonun görev alanındaki yasalar bakımından ve istisnaen başvurulabilmelidir.

ii. Kanun tasarısı ve tekliflerinin oylamalarının, görüşme gününün dışında, başka bir güne bırakılmasını kolaylaştıracak bir yapı öngörü-

⁴³ Genel Kurul'da önerge verilmesini tasarruf ilkesinin gereği sayarsak ta bu konuda sınırlamaya gitme zorunluluğu açıktır. Genel Kurul, önerinin geneli üzerindeki görüşmesinde teklif yahut tasarıya müdahale ihtiyacını hissedebilir. Bu gibi hallerde müdahale ihtiyacını ihtisas temelinde değerlendirecek ve hukuk bozuculuğuna mahal vermeyecek bir önerge tipini üretecek olan, komisyondur. Özellikle temel kanun veya kapsamlı kanunların Genel Kurul'daki görüşmelerinde önerge verilmesi, seviyeli hukuk normu üretilme amacı ile bağdaşmaz. O alanda ihtisası tartışılmayan bir üye dahi, yasamanın ruhu, sistemi ve mimarisine uzaklığı karşısında, hazırladığı önerge ile hukuk bozuculuğuna sebebiyet verebilir. Genel Kurul aşamasında, partilerin anlık uzlaşmalarına dayanan önerge ile projeye müdahaleleri de aynı tür etkinin çarpıcı örnekleri sayılabilir. Bu gibi hallerde komisyon şartı, kural (kanun) için kuruluş aşamasında sigorta işlevini görmektedir. Sonuçta, oy ve kabul tekeli Genel Kurul'undur. Amaç, hukukun üstünlüğüne yaraşır bir kural yapısının gerçekleştirilmesidir. Ayrıca bu tür bir modelleme, ani şekilde kurgulanan ve -kimi zaman- yolsuzluğa zemin hazırlayan yasama manipülasyonlarını da önleme işlevini görebilir.

lebilir. Görüşme ve oylama süreçlerinin farklı günlerde gerçekleştirilmesi, rasyonellik ilkesi ile de uyumludur.

jj. Sivil toplum etkileşimi için mevcut hükümleri işler kılacak yöntem ve mekanizmalar... konularında çalışmalar derinleştirilmelidir.

f. Çalışma düzenindeki reformun tamamlanabilmesi, yasama organının idari yapılanmasının gözden geçirilmesini zorunlu kılar. Değinkenle yetindiğimiz bu sorun, inceleme konumuzun dışında kalmaktadır.

Bu bölümün sonunda önemle ve vurgu ile belirtelim ki: Partiler arası uzlaşmaya dayanmayan içtüzük işlevli bir yasa veya içtüzük değişikliği girişimi, gerilimi tetiklemekte, usul adaletini bozmakta ve sonuçsuz bir çaba olmaktan öteye gidememektedir. Parlamento tarihi, bu konuda ders verici kötü örneklerle doludur.⁴⁴ Ancak primitif amaçlarla uzlaşmayı önlemeye yönelik taktiklerin cirit atacağı zeminlerde, yeter sayıyı elinde bulunduran çoğunluğun reform girişimini, demokrasinin kaçınılmaz gereği olarak kabul etmek gerekir. Taktiklerin getirdiği oyalamalara karşı miyoplaşma lüksü siyaset kurumundan beklenemez. Makul olanı görmek ve makul olmak hepimize düşen ortak görevdir.

⁴⁴ Bu konuda verilebilecek iki adet uç örnekten biri 1960 tarihli Tahkikat Komisyonu'nun yapısına yönelik müdahale, öbürü ise, 7.2.2001 tarih ve 713 sayılı İçtüzük değişikliğidir. Birinci girişim, 1960 askeri darbesine gerekçe malzemesi olarak kullanılmış, ikinci girişim, Meclis kürsüsü önünde meydana gelen büyük kavgada bir arkadaşımızın ölümüne yol açmıştır. Tartışmalar, değerlendirme ve iptal için bkz.27.4.1960 t., 7468 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Tahkikat Encümenlerinin Vazife ve Salahiyetleri Hakkındaki Kanun'un Meclis'teki müzakereleri: *TBMM Zabıt Ceridesi*, 27.4.1960 I:61, C: 1-4, s. 274 vd. Sözcüler: İnönü, Feyzioğlu, Ortakçioğlu, İleri, Yardımcı... görüşleri. Keza, M. Kemal Biberoglu, *Yassıada Kararları ve Tahkikat Komisyonunun Bilinmeyen Gerçekleri*, Ank. 1996; *TBMM Tutanak Dergisi*, 26.1.2001, 30.1.2001, 7.2.2001 tarihli birleşimler. Ölümle sonuçlan kavganın tutanağı, Birleşim: 51, s.83-86. Bu toplantılarda üretilen içtüzüğün iptali yönünde, Any. Mah. 31.01.2002 t., 129/24-E/K Sayılı Kararı. (Dava dilekçesi, İyimaya / Şahin ortak çalışması ile hazırlanmıştır).

Aynı hengamelı tutanakta yer alan uzlaşma çırpınışı olarak Merhum Ayvaz Gökdemir'in hitabından bir pasaj şöyledir: "Millet, kendini lüzumsuz sayan insanları layık oldukları yere oturtmayı başaracaktır. Millet hancı, biz hepimiz yolcuuz. Kimler geldi, kimler geçti..."

Son bir sağduyu kırıntısı kaldıysa, şunu hatırlatmak istiyorum: Derhal bu teklifi geri çekiniz. Hangi kanununuz varsa, millet yararına hangi kanun varsa, getirin, uzlaşarak, beraber geçirelim; ama siz bilirsiniz... Allah akıbetinizi hayır etsin!.."

4. Yasama Organı-Anayasa Mahkemesi Çatışmasına Kurucu İktidar Yetkisini Kullanma Çözümü (Son Belirleyicinin Milli İrade Olması İlkesini Hayata Geçirme Modeli): Anayasa Mahkemesi, yasama organının hukuk bozuculuğuna karşı tasarlanmış, anayasayı koruma ve bağlayıcı karar organıdır. Yasama organının hukuk bozuculuğuna karşı geliştirilen önleyici mantık ve mekanizmanın, “*Anayasa Mahkemesinin hukuk bozuculuğuna (anayasa ihlaline) karşı geliştirilemez mi?*” sorusu ve cevabı; cesaret, derinlik ve tahammül isteyen bir problem olarak ortadadır. Özellikle anayasaya aykırı olduğu ilk bakışta anlaşılabilen, kamu vicdanının sezgilediği ve akademik duruluk içinde aykırılık kabulü zorunlu Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı, bir mekanizma geliştirilmez mi? Yüksek Mahkeme kararının “*açıkça anayasaya aykırı olması*”(I), “*düriüst yorum ilkeleri ile bağdaştırılamaması*”(II), “*temel normun birden fazla anlam içermesi (Mahkemece benimsemeyen nesnel anlamın Meclis tarafından tercih edilmesi)*”(III), “*Anayasa Mahkemesince kanun veya anayasa koyucu gibi davranılmış olması*”(IV) hallerinde ortaya çıkan ihlallerin hukuk dünyasında yaşatılması, anayasanın ve hukukun üstünlüğü ile bağdaştırılabilir mi? Elbette ki kısırdöngü anlamına gelen, üst yargının bir başka üst yargı ile zincirleme denetimi düşünülemez. Burada çözüm, koşulları oluşmuş ihlallerde, yasama organının olaya özgü tali kurucu iktidar yetkisi ile donatılmasıdır (Any. m. 175). Bu yetki, özü itibarı ile Yüksek Mahkeme’nin denetimi dışındadır (Any. m. 148/1). Askıya alıcı veto olarak adlandırılan ve tarafımdan 1996 yılında Meclis Genel Kurulu’nda dile getirilen, kimi ülkelerde benimsenen böyle bir mekanizma, yasama organı-Anayasa Mahkemesi denetim dengesini sağlayacak; Anayasa Mahkemesi-Anayasa çatışması sorununu çözecektir. Bu incelemenin elverdiği sınırdaki, özetle değinilen model, muhalefetin de katılmasını zorunlu kılan ve ancak anayasayı değiştirme nisabına ulaşmış çoğunluk şartı ile demokrasiyi ve meclisi güçlendirici etki doğuracaktır. Yapısı gereği mekanizma, çok istisnai hallerde kullanılabilir, belki de hiç kullanılmayacaktır (Kanada örneği). Yüksek Mahkeme, anayasaya aykırılık ölçümünde, olası askıya alıcı veto sebeplerini ve bu yetkinin Meclis tarafından kullanılma potansiyelini elbette ki gözetecektir. Kurucu iktidar yetkisini kullanmanın hesap verici demokratik bir maliyetinin olduğu da unutulmamalıdır.

Mekanizma, yasama reformunun erkler çatışmasında denge sağlayıcı karakteri ile bir reform özelliği taşımaktadır. Tartışılması ve geliştirilmesi gerekli taslak model şöyledir:⁴⁵

⁴⁵ “Askıya alıcı veto” mekanizmasını Türk Anayasa hukukunda ilk dile getiren, Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu olmuştur (bkz. Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, Ank. 2007, s. 149) (1994 tarihli ilk basıda da vardır.). Siyaset alanında ilk olarak, TBMM Genel Kurulu’nun 10.12.1996 günlü oturumunda, “...Örtülü anayasa değişikliği anlamına da gelebilecek ve hiçbir kuvvetin öbürünün üstünde olmaması esprisine dayalı bu gibi hallerde, hiç olmazsa, mevsuf çoğunluk kararıyla, önleyici veya askıya alıcı yasama vetosu düzenlemesine gidilmelidir. Anayasa Mahkemesi kararını kaldırmak, değiştirmek veya teyit etmek seçeneklerini içerecek bu tür bir veto, nihai karar yetkisinin milletin seçimiyle oluşan yasama organında saklı kalması ve temsili egemenlik düşüncelerinde temel bulmaktadır.” sözleriyle tarafımdan dile getirilmiştir (TBMM TD, D: 20.YY:2 B:29, s. 24).

09.06.2008 tarihinde kamuoyu ile paylaşılan askıya alıcı veto teklif taslağının, 2010 Anayasa değişikliğinden önce kaleme alınmış gerekçesi, aynen şöyledir:

“GEREKÇE

Anayasa yargısı, yasama gücünün hukuk bozuculuğuna karşı tasarlanmış önleyici bir kurumdur. Küresel demokrasinin derinleşmesinde kimi anayasa mahkemelerinin dönüştürücü rolleri ve çözümleri unutulamaz. Türk Anayasa Mahkemesi, bu yargı kolunun ve Anayasamızın kendisine yüklediği misyonun çoğu zaman gerisine düşmüştür.

Zor zamanların kritik sorunlarında, anayasa direncini cesaretle ortaya koyan ve sistemi dönüştüren “anıtsal bir kararı” gösterememek, düşündürücüdür. Verilerin ortaya koyduğu sonuçlar, Türkiye’nin adı konmamış bir Anayasa Mahkemesi krizini yaşadığını göstermektedir. Anayasa Mahkememiz, vesayetçi demokrasinin hiç zorlanmadan kullanabildiği bir mekanizma görüntüsü içindedir. Bu uğurda, yoruma elverişli olmayan açık normlar, çeşitli ve aykırı yöntemlerle askıya alınabilmekte, gerekirse karar çoğunluğundaki bir küçük sayı ile anayasa koyuculuğu üstlenilebilmektedir. Anayasanın özel normunun, partiye ve adaya göre farklı okunduğu hallere de rastlanabilmektedir.

Hukukun üstünlüğünün ve özgürlüklerin sigortası konumundaki Yüksek Mahkememiz, bu üstün değerlerin vatanı olan Anayasa’ya nerede ise yabancılaşmıştır.

Anayasa Mahkememizi hukuk ve demokrasi uygarlığının doğal ve dönüştürücü zeminine çekecek bir büyük reform kaçınılmazdır. Anayasa Mahkemesi’nin belli kararlarına karşı yasama organına tanınacak askıya alıcı veto yetkisi, ciddi bir reformun parçasını oluşturur. Böyle bir modelde, yasama organının veto ettiği kararlar yürürlüğe giremeyecek, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin kabul ettiği norm (veya karar), hukuki varlık ve etkinliğini sürdürecektir.

Askıya alıcı vetonun kullanabileceği karar kategorilerinin çok iyi belirlenmesi gerekir. Örneğin yasama organı üyelerinin statü ve özlük haklarına ilişkin düzenlemelerde böyle bir yetki tanınmaz. “Anayasa ile çatıştığı açık kararlar” (I), “düstür yorum ilkelerinin çiğnendiği kararlar” (II), “birden fazla anlam içeren anayasa normuna dayalı kararlar”, (karşit anlamın daha üstün gerekçe ile, yasama orga-

“Madde X- Anayasa Mahkemesi kararlarının askıya alınması

Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tam sayısının en az üçte birinin yazılı teklifi ve beşte üçünün gizli oyu ile, Anayasa Mahkemesinin iptal ve itiraz davalarına ilişkin kararları ile yürürlüğü durdurma kararlarını askıya alabilir.

Askıya almak için, Anayasa Mahkemesi kararının Anayasaya açıkça aykırı olması, dürüst yorum ilkeleri ile bağdaştırılamaması, temel normun birden fazla anlam içermesi yahut kararda kanun ya da anayasa koyucu gibi davranılmış olması hallerinden birinin gerçekleşmesi şarttır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin özlük hakları ile Anayasanın ikinci kısmının ikinci ve dördüncü bölümlerinde ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalarda yer alan Temel Hak ve Hürriyetlerin geliştirilmesine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları askıya alınamaz.

Askıya alma teklifinin, Anayasa Mahkemesi kararının yayımını izleyen on gün içinde Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiş olması ve en geç üç ay içinde sonuçlandırılması gerekir.

nınca benimsenmesi) (III), Yüksek Mahkemenin yasa veya anayasa koyucu gibi davrandığı (IV) kararlar... vetonun konusu kılınabilir.

Bu yetki, anayasa değişikliğini gerçekleştirebilecek bir yasama çoğunluğuna ancak tanınabilir. Bu sayı, 330 milletvekiline tekabül etmektedir (Any. m. 175/1). Tali kurucu iktidar yetkisi olarak da ortaya çıkan askıya alıcı veto, esasen negatif yasayıcı olan (yarı-siyasal) Anayasa Mahkemesi’ne karşı bir denge ve fren dinamiğidir.

Yasama vetosu, Anayasa Mahkemesi’ni zor zamanların ve vesayetin baskısından korur. Askıya alıcı vetonun Anayasa Mahkemesi krizine değilse bile, bu mahkememizin ürettiği krizlere çözüm oluşturacağı açıktır. Sistem krizlerinde son sözün, meşruiyetin ana kaynağı olan milletin temsili organına verilmesi, demokrasi bakımından da anlamlıdır.

Şaşırtıcı her reform, geleneğin ve var olanın ördüğü zihin duvarlarını aşmak, yapıcı eleştirilerden beslenmek, geçiş sürecinin deneyleri ile gözden geçirilmek zorundadır. Önerinin kuvvetler ayrılığı ilkesi ile çatışan bir yönü yoktur. *Yargıçlar devletini çağırıştıran bozulmaları önlemek, siyaset kurumunun görevidir.*

Önerinin temel amacı, Anayasa Mahkemesini anayasanın geniş anlam coğrafyasının dışına taşmasını önleyecek bir mekanizmanın, kurucu iktidar yeteneğine sahip bir güç ve yöntemle üretilmesini sağlamaktadır. Bu yönüyle askıya alıcı veto, kullanımını bedellendirme yetkisi millete ait olan demokratik bir denge ve fren sistemidir.”

Askıya alma teklifinin sonuçlandırılmasına ilişkin TBMM kararları, resmi gazetede yayımlanır.

Askıya alma kararı, Anayasa Mahkemesi kararını bütün hüküm ve sonuçları ile ortadan kaldırır. Mahkeme kararında denetlenmiş olan kanun ve kanun hükmünde kararname -hiçbir işlem gerekmez- yürürlüğünü sürdürür.

Askıya alma kararının üzerinden beş yıl geçmedikçe, Anayasa Mahkemesi aynı kuralı yeniden denetleyemez.

Anayasa Mahkemesi kararları, resmi gazetede yayımından itibaren on gün geçmedikçe yürürlüğe giremez. Süresinde verilen askıya alma teklifinin üç ay içinde sonuçlandırılmaması yahut reddi halinde Anayasa Mahkemesi kararı derhal yürürlüğe girer."

Kapsamlı bir içtüzük reformunun olası yargısal denetiminde koşulların oluşması halinde, askıya alıcı veto mekanizması denge dinamiği olarak devreye girebilir.

Modelin, en azından bu makale yoluyla literatür envanterine aktarılmasıyla gelecek nesillere seçenek zenginliği kazandırılmaktadır.⁴⁶

⁴⁶ 1996 yılında Büyük Meclis'in kürsüsünden dile getirildiğinde hiçbir tepkiye yol açmayan bu model, yaklaşık 12 yıl sonra ve fakat Adalet ve Kalkınma Partisi'nin kapatılmasına yönelik davanın görüldüğü günlerin gerilim sürecinde dile getirildiğinde, slogan düzeyini aşmayan sert tepkilerle karşılaşmıştır. Özellikle Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma yetkisini, normun yürürlüğe girmesinden önce kullanılmasını mümkün kılan ve sorunu koruma hukukunun gerekleri içinde ayrıntılı düzenleyen kanun teklifimle askıya alıcı veto modelinin çatıştığı, bu itibarla ahlakla bağdaştırılamayacak çelişkili bir davranış içinde olduğum söylenmiştir (bkz. Anayasa Komisyonu'nun 05.04.2001 t., 2/726 esasında kayıtlı teklif). Oysa hem askıya alıcı veto, hem yürürlüğü durdurma kararları, Anayasa'nun üstünlüğü temel prensibini koruyan yapılardır. Birincisinde Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'yı ihlal etmesi, ikincisinde Meclis'in Anayasa'yı ihlal etmesi önlenmeye çalışılmaktadır. Kişisel görüşüm, yürürlüğü durdurma yetkisinin de anayasal temele kavuşturulması gerektiği yönündedir (Any. m. 148/son, m. 149/5). Yürürlüğü durdurma konusundaki kanun teklifimin amacı, normun yürürlüğe girdiği tarih ile durdurma tarihi arasındaki sürede yolsuzluk dahil, kimi hukuk sorunlarının ortaya çıkışını önlemektir. Çünkü bu ara zaman kesiti içinde anayasaya aykırı norm, uygulama etkisini doğurmaktadır. Söylemin aksine her iki teklif, hukuku güçlendiren ve anayasayı, TBMM'ye ve Anayasa Mahkemesi'ne karşı koruyan ve birbirini tamamlayan uyumlu bir teklif manzumesidir.

Askıya alıcı veto modelini, sistem ahengi ve erkler ilişkisi ekseninde geliştirilmiş farklı seçenek olarak görmek yerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın

5. Diğer Alanlar ve Özellikle Arşiv: Reforma dönük hazırlık çalışmaları, bir bütünlük içinde operasyon alanlarını ortaya çıkaracaktır. Bu konuda irade, kararlılık ve araştırma derinliği belirleyici olacaktır. Bağlantılı sorunlar ve bağlantılı reformlar olarak, partiler ve seçim rejimleri, siyasi etik ve dokunulmazlık alanları ihmal olunamaz. Ancak kurumlaşmanın ön koşulu olarak, arşiv reformuna özel olarak değinmek gerekir.

Büyük Meclis, egemenliğin anayasal merkezidir; milletin konuşan dili ve kararıdır. Bu büyük iradenin önemli tezahürlerinin sabitlendiği kayıt, bilgi ve verilerin ayrılıp korunması; ulusal ve küresel geleceğe aktarılması, hayati bir görevdir. Denmek istenen odur ki Meclisin kurumsal aklı yanında, kurumsal hafızası olan arşiv, hiçbir şekilde ihmal olunamaz.

Yasama reformu, Büyük Meclis'in arşiv yapılanması konusunda rasyonel bir operasyonu zorunlu kılmaktadır. Sorunun önemini ortaya koymak için konu ile yakından bağlantılı üç hususa değinmek gerekir. Yasama organının varlık unsurları olan bütün siyasi partilerin evrakı, 12 Eylül 1980 askeri rejiminde, kağıt üretimine malzeme oluşturmak üzere SEKA'ya gönderilmiştir(I). Meclis'in ve siyaset kurumunun ha-

parti kapatma nedeni olarak değerlendirmesi -kuşkusuz- bir demokrasi ve hukuk komedisidir (bkz. *Akşam Gazetesi*, 17.02.2008 t., *Yeni Şafak Gazetesi*, 03.07.2008 t., *Radikal Gazetesi*, 03.07.2008 tarihli nüshalar. Görevdeki ve önceki savcıların beyanları). Yasama reformu, bu tür vesayet atmosferlerinin buharlaştırılmasını zorunlu kılar. En temel önerileri dahi öfke boşalması içinde karşılayan bir tavrın demokratik olgunluğa dönüşmesini bekleyerek önerilen modelin bilim dünyasında inceleme ve tartışma konusu kılınmasını dileyelim (tepki türleri için bkz. o günkü görüntülü ve yazılı medya kayıtları).

Bir Anayasa değişikliğinin Anayasa Mahkemesi'nce, Anayasa'nun 148. maddesi aşılarak esastan iptal edilmesi üzerine, askıya alıcı veto modelini kamuoyu ile paylaştığım basın bildirisini (aynen) şöylece yazdım:

"Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini esastan iptal etmesi kararı, Türkiye'de varolan Anayasa Mahkemesi krizini bütün boyutları ile somut şekilde görünür kılmıştır.

Anayasanın Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne tanıdığı "tali kurucu iktidar yetkisi", Yüksek Mahkemenin bu kararı ile pratik olarak sona ermiştir.

Krizin asli muhatabı, iktidarı ve muhalefeti ile siyaset kurumudur. Siyaset kurumunun ortak bir refleks geliştirmesi, suçlayıcı demeçlerle yetinmemesi; demokratik ve anayasal sorumluluğunun kaçınılmaz gereğidir.

Tanımlanan görev tarifleri içinde egemenlik (yasama-yargı) çatışması, kabul edilebilir ve makul bir durum olarak nitelenemez.

Aynı anayasa ve adalet vatanında yaşayan sorumlu bir kişi olarak, çözüm yolunda geliştirdiğim bir öneriyi: "askıya alıcı veto"yu kamuoyu ile paylaşıyorum.09.06.2008"

fızasına indirilmiş bu darbenin ikliminde hangi uygarlıktan ve kurum-sallaşmadan söz edebiliriz?! Tanzimat fermanının orijinal nüshası halen mevcut olmasına karşın, Cumhuriyete giden yolun başlangıcı olan “*Misak-ı Milli*”nin asıl nüshası kayıptır(II). Bu milli ayıbı telafi edemeyecek sistemin “*arşiv övünmeciliğine*” soyunmaya hakkı yoktur.⁴⁷ Ne büyük Meclis’in, ne de Türkiye’nin kodifiye edilmiş bir arşiv hukuku bulunmamaktadır(III). Kanunun bir maddesi (2919 S. K. m. 3/g), İçtüzüğün iki maddesinde yer alan terim tekrarları (m. 48,71) ve yetersiz bir yönetmelikle yetinmek zorunda kalan Büyük Meclis’in bu hukuk varlığına karşı Türkiye’nin arşiv malzemelerinin imhasını(!) düzenleyen özel yasa dışında temel bir norm düzeni bulunmamaktadır. Üstelik kanunun adı, –kör körün gözüne– “*Muhafazasına Lüzum Kalmayan Evrak ve Malzemenin Yok Edilmesi Hakkında Kanun*”dur (28.09.1988 t, 3743 S. Kanun).

Ulusal ve tarihsel arşiv doluluğumuzu tevdi edeceğimiz arşiv mevzuatı boşluğunu gidermek, bir reform konusudur. Meclis arşivi ve ulusal arşiv reformunun tüm unsurlarına nüfuz edici bir anlayışla ele alınması zorunluluğu açıktır. Bu konuda Meclis’e sunulan ve fakat sonuçlandırılmayan Milli Arşiv Kanun Tasarısı, geliştirilerek yasalaştırılabilir.⁴⁸

Ulusal, küresel ve insani değer olan arşiv konusunda topyekun sahiplenme bilinç ve duyarlılığının oluşması, hepimize ve özellikle eğitime düşen ortak bir görevdir.⁴⁹

⁴⁷ Meclis arşivinde aslı bulunmayan “*Misak-ı Milli*” belgesinin Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü’nde, Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü’nde, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı’nda da bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu belgenin Cumhurbaşkanlığı arşivinde bulunması, bizi hem sevindirir; hem üzer. Elde bulunması sevindirici, Meclis’te olmaması üzücüdür. Hiçbir anlayış ve hiçbir sâik, milletvekillerinin (mebusanın), Meclis’te (Meclis-i Mebusan’da) kabul ve cihana ilan ettikleri irade belgesinin Meclis’in hariminden başka yüksek makama naklini meşru kılamaz. Belgenin Cumhurbaşkanlığı arşivinde mevcudiyeti halinde, Meclis Başkanımızın, bir yönüyle Meclis’in de tarihi sayılan bu belgeyi Meclis arşivine iadesini sağlaması gerekir.

⁴⁸ Bkz. TBMM, 2007 t., 1363 sıra sayılı Plan Bütçe Komisyonu Raporu.

⁴⁹ Bu konuda bkz. İsmet Binark, *Türk Arşivlerinin Kısa Tarihçesi*, Ank. 1994; A. Fikret Ar, *Arşivlerin Organizasyonu Hakkında Araştırma Raporu*, Ank. 1971; Aynı müellif, *Arşiv ve Arşivcilik Bibliyografyası*, Ank. 1978; Bruce W. Derstyn (Çevirenler: Prof. Dr. Mustafa Akbulut / Doç. Dr. Oğuz İçimsoy), *Arşivsel Girişim (Modern Arşivcilik İlkeleri, Uygulamaları ve Yönetim Teknikleri)*, İst. 2001; Uğurhan Demirbaş, *Belgelerle*

VI. SONUÇ

1. Türkiye Büyük Millet Meclisi, çoğulcu ve katılımcı demokrasi-mizin –benzetmeci yaklaşımla ifade edelim ki– kalbi ve beynidir. Bir sistemin hukuk ve temel haklar kalitesinin ana göstergelerinden birisi de yasama organının yapı ve işleyiş düzeyidir.

2. Cumhuriyetin kurucusu sıfatıyla yasama organı, içinde bulunduğumuz zaman ve şartlar itibarıyla ciddi bir reform ihtiyacı ile karşı karşıyadır. Meclisin hukuk kurma ve denetim kapasitesini güçlendirecek yapısal dönüşüm, ertelenemez bir zorunluluk olarak ortadadır.

Reformun ruhu, genel kapsamı ve önemli parametreler, bu incelemede ortaya konmuştur. Parlamento reformunun en temel alanının –indirgemeci ve sadeleştirici bir dille– “*yasama akademisi*” ve “*iç hukuk/tüzük*” inşası sorunlarının oluşturduğu söylenebilir.

3. Reformun en az özü kadar proje üretiminde ve süreç yönetiminde izlenecek yöntem de önemlidir. Reformun olabildiğince tüm dinamiklerini kapsayan bir uzlaşma zemininde biçimlendirilmesi(I), milli tecrübemizden ve bilimden en üst seviyede yararlanılması(II) ve tasarımda yüksek dereceli bir özen gösterilmesi(III), yöntemi inşa edecek unsurlardır.

Gösterilen yüksek özene rağmen uzlaşmanın sağlanamaması halinde, koşulları oluşmuş ve toplumsal beklentiye dönüşmüş reforma girişmesi ise yasama çoğunluğunun demokratik bir hakkıdır. Sağlıklı demokrasilerde bu durum, genele ve kurala değil, özele ve istisnaya işaret eder. Bir kültür ve gelenek yoksulluğunu ima eden bu açık, demokrasimiz derinleştikçe zaman içinde kapanacaktır.

4. Uzlaşma sağlanmasında zorluk çekilecek içtüzük hükümlerinin reformun gerçekleştirildiği yasama döneminden sonra veya daha sonra yürürlüğe girmesinin öngörülmesi, sorun çözücü bir işlev görebilir.

Arşivcilik Tarihimiz, Ank. 2000. Geçmiş reddeden değişim ve kopuş dönemleri ile darbe rejimleri, kimi arşivlerin buharlaştığı deprem-etkili zaman kesitleridir. “Var olmak için dünü kötölemek yetmez, bazen de dünün hafızasını kazımak lazım” felsefesi, bu tür dönemlerin ortak klasiğidir. Dünü geleceğe aktarma tarih bilinci, bu dönemlerde kendine özgü ve otoriteyi kuşatan ihanet bilincine dönüşür. Süreklilik (ebed-müddet), tüm zamanları olduğu gibi benimsemeyi ve derin hoşgörüyü zorunlu kılar. Bu, çağdaş tarih anlayışının da bir gereğidir. Bu tür anlayışlar, kökleşmedikçe, arşivlerin zaman yolculuğu tehlikelerden korunamaz.

5. Reform merkezi olarak yasama organının, -kimi zaman- Büyük Meclis'in kapatılması ile sonuçlanan müdahaleleri besleyen zeminleri yok edecek normatif önlemler alması ve ara-rejimlerin tahribatını onaracak geçici hukuk üretmesi, bir demokrasi şartı olarak tezahür etmektedir. Sözü geçen alanın reform kapsamına alınması, kurumlarımızı da vesayet hurafeciliğinin bozucu etkisinden kurtaracaktır.

Çoğulcu demokrasi ve Meclis, çağdaş siyasal düzenin açık bir şifresidir.

KAYNAKLAR

- Ahmet İyimaya, "Anayasa Mahkemesinin Üyelik Yapısında Yasama Organının Rolü", *Türk Hukuk Kurumu Yirmibeşinci Kuruluş Yılı Armağanı*, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Ankara 2005.
- Ahmet İyimaya, "Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Normatif Etkisi", *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006.
- Ahmet İyimaya, "Geçici 19 ncu Madde Ekseninde Cumhurbaşkanının Anayasal Konumu", *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 16, 2007, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Ahmet İyimaya, "Siyaset Hukuku Sorunları", Ankara 2007
- Ahmet Yücekök, *Siyaset Sosyolojisi Açısından Türkiye'de Parlatmentonun Evrimi*, AÜSBF Yayınları, Ankara 1983.
- Aslan Gündüz, *Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı ve Milletlerarası Hukuk*, İstanbul 1984.
- Bakır Çağlar, "Türkiye'de Laikliğin Büyük Problemi", *Cogito*, Sayı 1, 1994.
- Baki Kuru, *İçtihatların Birleştirilmesi*, AÜHF Yayınları, Ankara 1977.
- Bruce W. Dearstyne (Çev.: Mustafa Akbulut - Oğuz İçimsoy), *Arşivsel Girişim: Modern Arşivcilik İlkeleri, Uygulamaları ve Yönetim Teknikleri*, Eren Yayıncılık, İstanbul 2001.
- Bülent Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası*, Öncü Kitabevi Yayınları, İstanbul 1969.

Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, İstanbul 1994.

Bülent Yücel, "Parlamentar Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği", Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

Carl Schmitt (Çev.: A.Emre Zeybanoğlu), "Parlamentar Demokrasinin Krizi", Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2010.

Cem Eroğul, "2007 Cumhurbaşkanlığı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler", *AÜSBFD*, Yavuz Sabuncu'ya Armağan Özel Sayısı, Temmuz-Eylül 2007, S:62/3, Ankara 2007.

Erdal Onar, Meclis Araştırması, AÜHF Yayınları, Ankara 1977.

Erdoğan Teziç, *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, İÜHF Yayınları, İstanbul 1980.

Erdoğan Teziç *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, İÜHF Yayınları, Ankara 1980.

Erdoğan Teziç, "Milletvekili statüsü konusundaki makalesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Ankara 1997.

Ergun Özbudun, *Parlamentar Rejimde Parlamentonun Hükümeti Murakabe Vasıtaları*, AÜHF Yayınları, Ankara 1962.

Evren Balta Paker, İsmet Akça (derleyenler), *Türkiye'de Ordu, Devlet ve Güvenlik Siyaseti*, Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul 2010,

Fahri Bakırcı, *TBMM'nin Çalışma Yöntemi*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2000.

Fikret Ar, *Arşivlerin Organizasyonu Hakkında Araştırma Raporu*, TC Başbakanlık Türkiye vs Orta-Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara 1971.

Fikret Eren, Veysel Başpınar, *Toprak Hukuku*, Yetkin Yayınevi, 3. baskı, Ankara 2007.

Havvana Yapıcı, "Özel Yasama Yöntemleri ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Örneği", yayımlanmamış uzmanlık tezi.

Havvana Yapıcı, "Özel Yasama Yöntemleri ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Örneği", yayımlanmamış uzmanlık tezi.

İbrahim Araç / Şeref İba, "Türkiye'de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine", *AÜSBFD*, Ankara 2003.

- İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2007.
- İrfan Neziroğlu, *Türk Parlamento Hukukunun Temel Kavramları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- İsmail Muştak, *Mufassal Hukûk-u Siyasiyye* (Fransa Meclis-i Mebusan Katib-i Umûmisi Eugene Pierre'den çeviri), TBMM yayını, 1926-1927.
- İsmet Binark, *Arşiv ve Arşivcilik Bibliyografyası*, Başbakanlık Cumhuriyet Arşivi Dairesi Yayınları, Ankara 1978.
- İsmet Binark, *Türk Arşivlerinin Kısa Tarihçesi*, Ankara 1994.
- Kazım Öztürk, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1966.
- Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa 2005.
- Mehmet Turhan, "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", *AÜSBFD*, Ankara 2007.
- Meryem Erdal, *Demokratikleşme Sürecinde Basının Yargı Algısı*, TESEV Yayını, İstanbul 2010.
- Mithat Sancar / Eylem Ümit Atılgan, *Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar*, TESEV Yayını, İstanbul 2009.
- Mithat Sancar / Eylem Ümit Atılgan, *Demokratikleşme Sürecinde Toplumun Yargı Algısı*, TESEV Yayını, İstanbul 2009.
- Mithat Sancar, "Temel Hakların Yorumu", yayımlanmamış doktora tezi, AÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- M. Kemal Biberoglu, *Yassıada Kararları ve Tahkikat Komisyonunun Bilinmeyen Gerçekleri*, Demokratlar Kulübü Yayınları, Ankara 1996. TBMM
- Narcis Serra, (Çev.: Şahika Tokel), *Demokratikleşme Sürecinde Ordu*, İletişim Yayınları, İstanbul 2011.
- Nur Uluşahin, "Cumhurbaşkanı Seçiminin Düşündürdükleri ya da Hukukun Siyasallaşması", *Ankara Barosu Dergisi*, Bahar 2007.
- Nükhet Turgut, *Siyasal Muhalefet*, Birey Toplum Yayınevi, Ankara 1984.

- Ozan Ergül, "Anayasa Mahkemesinin TBMM İçtüzük Değişikliğini İptal Kararı Işığında Özel Yasama Yönetimine Bir Bakış", AÜHF, Ankara 2002.
- Ozan Ergül, *Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- Ömer Faruk Gençkaya, "Türkiye'de Parlamento Reformu:Tarihsel Bir Değerlendirme", (Türkiye'de Parlamento Reformu: Tarihi Bir Bakış), İlder Turan ve diğerleri, TBMM'nin Etkinliği (TBMM Verimlilik), TESEV Yayınları, İstanbul 2000.
- Önder Canbolat, *Hukuki Düzenleme Tekniği, Düzenleyici Etki Analizi (DEA) ve Yasa Yapım Süreci*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Sami Selçuk, "2007'nin Hukuk Olayı Anayasa", *Türkiye Günlüğü*, S.89, 2007.
- Serap Yazıcı, *Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- Servet Armağan, *Memleketimizde İçtüzükler*, İÜHF Yayınları, İstanbul 1972.
- Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Turhan Kitabevi Yayınları, 1. Bası, Ankara 1987.
- Sonay Bayramoğlu, "Parlamentonun Krizi", yayımlanmamış tez, AÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- İba, Şeref, "TBMM İçtüzük Değişikliklerinin Anlamı: 1996 Sonrasında Bakış", *Yasama Dergisi*, Sayı 6, 2007.
- Şeref İba, *Parlamento Hukuku*, T. İş Bankası Yayınları, 2010.
- Şeref İba, *Parlamento İçtüzük Metinleri (Osmanlıdan Günümüze)*, T. İş Bankası Yayınları, 2009.
- Şeref İba, *Anayasa ve Parlamento Üzerine İncelemeler*, T. İş Bankası Yayınları, 2009.
- Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul 1980.
- Tuncer Karamustafaoğlu, *Yasama Meclisinde Komisyonlar*, AÜHF Yayınları, Ankara 1965.
- Uğurhan Demirbaş, *Belgelerle Arşivcilik Tarihimiz*, TC Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Md., Ankara 2000.

- Yasemin Işıktaş, *Hukuk Normunun Mantıksal Analizi ve Uygulaması*, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 1999.
- Yaşar Karayalçın, *Hukukta Öğretim – Kaynaklar - Metod (Problem Çözme)*, AÜ Bankacılık Enstitüsü Yayınları, Ankara 2008.
- Yılmaz Ali Efendioğlu, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- Volkan Has, *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin Çalışma Düzeni*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- Zeki Hafızoğulları, *Ceza Normu*, US-A Yayıncılık, Ankara 1996.
- Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.
- Zühtü Arslan, "Gerekçeli 367 Kararının Düşündürdükleri", *Zaman Gazetesi*, 28.06.2007.

AVUKATSIZ YARGI REFORMU*

JUDICIARY REFORM WITHOUT ADVOCATE

M. Serhat KAŞIKARA **

Özet: Temel hak ve özgürlüklerin teminatı ve demokratik hukuk devletinin önkoşulu olan bağımsız ve tarafsız yargının kurucu unsurlarından olan savunmayı temsil eden avukatlar, adaletin tecelisinine katkıda bulunmak suretiyle toplumsal barışın korunmasına ve devamına hizmet ederek çok önemli ve kutsal bir görev icra etmektedirler.

Bireylerin hakları kadar, hukukun üstünlüğüne dayalı çağdaş demokrasinin de her zaman yılmaz savunucuları olan avukatlar ve barolarımız; Yargı Reformu Stratejisi'nde acaba ne düzeyde ele alınmıştır? Hükümetin, güven veren ve çağdaş bir adalet sistemi oluşturma amacıyla öne çıkardığı Yargı Reformu Stratejisi'nin, bu amaca avukatlar ve barolar açısından ne kadar yaklaştığı ve onlar açısından ne kadar olumlu nitelikler içerdiği bu çalışmamızda tartışılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Yargı reformu, yargı reformu stratejisi, Avrupa Birliği, alternatif çözüm yolları, arabuluculuk, avukatların yargılanması, Avukatlık Kanunu, avukat.

Abstract: Advocates, as representatives of defense, which is the assurance of fundamental rights and freedoms and prerequisite of democratic civil government, are one of the founding elements of independent and impartial judiciary, and execute a very essential and divine duty by means of contributing to manifestation of justice by serving for the protection and continuity of social peace.

* Bu makale, Hukuksal Bakış Derneği tarafından 2010 yılında düzenlenen "Avukatsız Yargı Reformu" konulu yarışmada, "birincilik ödülüne" layık görülmüştür.

** Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Hukuk ABD araştırma görevlisi.

As much as the rights of individuals, how much do our advocates and bars, who are forever undaunted defenders of contemporary democracy based on rule of law, receive consideration within the Strategy of Judicial Reform? The Strategy of Judicial Reform which was brought in the foreground to constitute an inspiring confidence and a contemporary justice system by the government is discussed in the study in terms of how close both the advocates and bars to this aim and how positive qualifications it includes.

Keywords: The Judiciary Reform in Turkey, The Strategy of the Judiciary Reform in Turkey, European Union, alternative solutions, mediation, advocate on trial, the act of advocacy, advocate.

A. Giriş

*“Görevimizi yaparken kimseye;
ne müvekkile, ne hâkime, hele ne de iktidara tâbiyiz.
Bizim aşığımızda kişilerin varlığı iddiasında değiliz.
Fakat hiçbir hiyerarşik üst de tanımıyoruz.
En kідemsizin, en kідemliden
veya isim yapmış olandan farkı yoktur.
Avukatlar, köle kullanmadılar; fakat efendileri de olmadı.”*

Molierac

Avukatlık ve savunma mesleğinin tarihini, Eski Yunan ve Roma'ya kadar götürmek mümkündür. “Avukat” sözcüğü de zaten eski Yunançada, “üstün, ayrıcalıklı ve güzel konuşan” anlamına gelen “advocatus” sözcüğünden dilimize ve diğer dillere yerleşmiştir. Nitekim tarihçiler, savunmanın, Sokrat ile başladığını yazarlar. Sokrat'ın yargılandığı halk mahkemesinde yaptığı dillere destan savunma, savunma tarihinin yazılı belgelerdeki başlangıç tarihi sayılır.¹

Eski Yunan'da, Atina hukukuna göre mahkeme, *kutsal* sayıldığından, önceden yıkılıyor ve temizleniyordu. Avukatlık, Roma'da *gökemli* bir uğraştı. Avukatlar evlerinin önünde bulundurdıkları *pal-miyeden* tanınıyorlardı. Rönesans döneminde avukat; “*yumuşak, sakin, Tanrı'dan korkan, gerçeği ve Adaleti seven kimse*” olarak tanımlanıyordu.

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Platon, *Sokrates'in Savunması*, Alter Yayıncılık, İstanbul 2010.

XIV. yüzyıl Fransa'sında avukatların, başka başka şehirlere giderek savunma yapmaları, bu dönemde onların "Adaletin gezici şövalyeleri" olarak adlandırılmalarına yol açtı.

Fransa'da 1327 yılında bir "Avukatlık levhası" yapıldı ve avukatlık, bu dönem sonrasında şövalyelik gibi bir düzene bağlandı. "Kamu Şövalyeleri" olarak da adlandırılan avukatlar, şövalyelik onuru ile bağlı idiler. Onurlarını, olayların üstünde tutmak zorunda idiler. Avrupa'da bugünkü anlamıyla XIII. yüzyılın sonlarında doğmaya başlayan ve lonca içinde örgütlenen avukatlık mesleği, yaklaşık 800 yıllık bir süreçte *modern* anlamını bulan bir meslektir.

Avukatlık mesleğinin tarihçesine kısa bir bakış atarken ilk göze çarpan husus, neredeyse hemen her dönemde avukatlığın, onurla bağdaştırılması ve de kutsal bir görev içermesidir. Bu sebeple, geçmişten yansıyan yanlarıyla özellikle günümüzde, temel hak ve özgürlüklerin teminatı ve demokratik hukuk devletinin önkoşulu olan bağımsız ve tarafsız yargının kurucu unsurlarından olan savunmayı temsil eden avukatlar, adaletin tecellisine katkıda bulunmak suretiyle toplumsal barışın korunmasına ve devamına hizmet ederek çok önemli ve kutsal bir görev icra etmektedirler.

Bireylerin hakları kadar, hukukun üstünlüğüne dayalı çağdaş demokrasinin de her zaman yılmaz savunucuları olan avukatlar ve barolarımız; hükümet tarafından hazırlanan "Yargı Reformu Stratejisi" adlı düzenlemede, ne düzeyde ele alınmıştır? Hükümetin, "güven veren ve çağdaş bir adalet sistemi oluşturma" amacıyla öne çıkardığı Yargı Reformu Stratejisi'nin, bu amaca avukatlar ve barolar açısından ne kadar yaklaştığı ve getirilmek istenen düzenlemelerin, bunlar açısından ne kadar olumlu nitelikleresahip olduğu, bu çalışmamızda ele alınmıştır.

B. Yargı Reformu Stratejisi

Türkiye, XXI. yüzyıla, hukuk alanında büyük reformları gerçekleştirerek hızlı bir giriş yapmıştır. Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinin hızlandırıcı etkisi yanında, demokratik toplum düzeninin gerektirdiği çağdaş yenilik ve girişimlerin gerçekleştirilmesi ihtiyacı da, yapılan hukuk reformunun en önemli belirleyici niteliği ve nedeni olmuştur.²

² TC Adalet Bakanlığı, *Yargı Reformu Stratejisi*, Ankara 2009, s. 1.

1999 yılının Aralık ayında yapılan AB Helsinki Zirvesi'nde, AB devlet ve hükümet başkanları, Türkiye'nin, diğer aday ülkelere uygulanan kistasları yerine getirmesi şartıyla AB'nin tam üye aday olduğunu kabul ve ilân etmişlerdir. Buna bağlı olarak, AB ile tam üyelik müzakerelerine başlayabilmek için, Türkiye'nin önüne, Kopenhag Siyasi Kriterleri'ni yerine getirmesini, bir başka deyişle, "*demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarını teminat altına alan kurumların iyi işletilmesi ve azınlıklara saygı gösterilerek korunması*"nı sağlamak amacıyla alınması gereken tedbirler konulmuştur. Kopenhag Siyasi Kriterleri'nin yerine getirilmesi amacıyla atılan adımlar, 2004 yılı sonunda meyvesini vermiş ve 17 Aralık 2004 tarihinde Brüksel'de gerçekleştirilen AB Zirvesi'nde, Türkiye ile AB'ye katılım müzakerelerine başlanması kararlaştırılmıştır. Buna bağlı olarak 3 Ekim 2005 tarihinde, 35 AB müktesebat faslı çerçevesinde fiilen katılım müzakerelerine başlanmıştır.³

Türkiye ile eşzamanlı olarak yürütülen tam üyelik müzakere çalışmaları, ilk olarak AB ve Türkiye'nin mevzuatlarının karşılıklı taranması suretiyle gerçekleştirilmiş ve Türkiye'nin mevcut mevzuatının AB'ye uyum derecesi tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, özellikle Kopenhag Siyasi Kriterleri'nin, üyelik müzakerelerinin devam ettiği süreçte de gözlemlenebilmesi amacıyla, Türkiye ile 23. fasıl kapsamında "*Yargı ve Temel Haklar*" başlığı altında da mevzuat tarama toplantıları düzenlenmiştir. Bu faslın "*Tarama Sonu Raporu*", AB Komisyonu tarafından kabul edilerek üye ülkelere onay için sunulmuş, ancak onay süreci henüz tamamlanmamıştır. Bununla birlikte, AB yetkililerince Türkiye'nin, yargının tarafsızlığı, bağımsızlığı ve etkililiğinin güçlendirilmesine yönelik bir "*Yargı Reformu Stratejisi*"ni, Komisyon'a sunması gereği önemle dile getirilmiştir.⁴ Bunun üzerine, Türkiye'nin AB'ye katılım sürecindeki taahhütleri göz önünde bulundurularak Adalet Bakanlığı tarafından, Strateji Geliştirme Başkanlığı'nun öncülüğünde, 2008 - 2013 yıllarını kapsayacak bir "*Yargı Reformu Stratejisi*" taslağı hazırlamak üzere bir Komisyon ihdas edilmiştir. Bu Komisyon, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı'nun yanı sıra birçok birimden yetkililer katılmıştır. Söz konusu strateji taslağı hazırlanırken, öncelikle Türk yargısının, temel hak ve özgürlüklerin korunma-

³ *Yargı Reformu Stratejisi* (2009): s. 1.

⁴ *Yargı Reformu Stratejisi* (2009): s. 1.

sına dayalı olarak bağımsızlık, tarafsızlık ve etkililiğinin sağlanması... gibi amaçlar belirlenmiş, daha sonra bu amaçların gerçekleştirilmesine hizmet edecek hedefler tek tek tespit edilmiştir.⁵

Yargı Reformu Stratejisi Taslağı, aşağıda belirtilen on amaç altında oluşturulmuştur:⁶

1. Yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi
2. Yargının tarafsızlığının geliştirilmesi
3. Yargının verimliliği ve etkililiğinin artırılması
4. Yargıda meslekî yetkinliğin artırılması
5. Yargı örgütü yönetim sisteminin geliştirilmesi
6. Yargıya güvenin artırılması
7. Adalete erişimin kolaylaştırılması
8. Uyuşmazlıkları önleyici nitelikteki tedbirlerin etkin hâle getirilmesi ve alternatif çözüm yolları geliştirilmesi
9. Ceza infaz sisteminin geliştirilmesi
10. Ülkemizin ihtiyaçları ve AB müktesebatına uyum sürecinin gerektirdiği mevzuat çalışmalarına devam edilmesi

Bahsi geçen taslağın hazırlanmasında, ulusal kaynaklar yanında, ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve AB'nin bu alandaki müktesebatı da dikkate alınmıştır.⁷

⁵ *Yargı Reformu Stratejisi* (2009): s. 2.

⁶ *Yargı Reformu Stratejisi* (2009): s. 3.

⁷ Bu çerçevede, Dokuzuncu Kalkınma Plânı (Adâlet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonu Raporu dâhil), Ulusal Program, 60. Hükümet Programı, Katılım Ortaklığı Belgesi (26 Şubat 2008), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları, Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları, 23. Fası Tarama toplanlarına ilişkin belgeler, Birleşmiş Milletler Bangalore Yargı Etiği İlkeleri [2003/43 sayılı], Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri, Hâkimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı Konusunda Avrupa Konseyi Üye Devlet Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı [R(94)12], AB Komisyonunca Türkiye Hakkında Hazırlanan İlerleme Raporları, AB Komisyonu Uzmanlarınca Türk Yargısı hakkında hazırlanan İstişari Ziyaret Raporları, Adalet Bakanlığı'nın 2007-2012 yıllarını kapsayan Eylem Plânı adlı çalışma ve belgelerden önemli ölçüde yararlanılmıştır.

C. Yargı Reformu Stratejisi'nin Değerlendirilmesi

Adalet Bakanlığı tarafından, yukarıdaki amaç ve gerekçelere ilişkin olarak yapıp sunulan “*Yargı Reformu Stratejisi*” adlı belgeyi, işbu çalışmamızda, yargının, en önemli ve temel unsurlarından biri olan “*savunma*” açısından değerlendireceğiz.

Bilindiği üzere, hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan *bağımsız yargı*, yargının olmazsa olmaz koşulu olan *savunma* ile birlikte anlam kazanır. Savunma, “*sav-savunma-karar*”⁸ üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez ögesidir. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabilir.⁹ Bu da, hukuk devletinin ve âdil yargılanma hakkının bir gereğidir.

Hukuk devleti, hukukun üstünlüğünü benimseyen devlettir. Yani devletin, kendisini hukuka bağlı saymasıdır. Anayasa'nın 2. maddesinde de yer alan “*hukuk devleti*”;¹⁰ eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda Adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştiren,

⁸ Diğer bir deyişleyle, “tez-antitez-sentez”.

⁹ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2009 tarihli, E.2007/16, K.2009/147 s. kararı.

¹⁰ Hukuk devleti, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, “*İnsan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyan, âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendisini yükümlü sayan, davranışlarında hukuka ve Anayasaya uyan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine tâbi tutulan devlet demektir.*” [Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin, 11.10.1963 Tarihli ve E.963/12, K.1963/243 sayılı kararı] diye tanımlanır. Diğer bir kararında ise, “*Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumları benimsemeyen, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yasaların üstünde Anayasanın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Yasaların, kamu yararına dayanması gereği, kuşkusuz hukuk devletinin temel değerlerinden birini oluşturmaktadır. Hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için yasakoyucunun öngörülebilir düzenlemeler getirmesi de esastır.*” [Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 28.1.2004 Tarih ve E.2003/86, K.2004/6 sayılı kararı] görüşü açıklanmış ve bu görüş, Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararında da, “*Anayasanın 2 nci maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesi, yasaların kamu yararına dayanması ögesini içerdiği gibi, yasama organı tarafından konulacak kurallarda adâlet ve hakkaniyet ölçülerinin gözönünde tutulmasının gerekliliği, yine bu ilkenin doğal bir yansımasıdır. Bu ölçütler ise hukuk kurallarının korunmasında birbiriyle çatışan yararların uzlaştırılmasını zorunlu kılar. Aynı ilke uyarınca, Devlet organlarının görev ve yetkilerinin bu çerçevede yasalarla belirlenmesi gerektiği kuşkusuzdur.*” [Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 29.12.2004 Tarih ve E.2002/39, K.2004/125 sayılı kararı] biçiminde yinelenmiştir.

rerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkele-ri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Hukuk devleti ilkesiyle yakından ilişkili olan avukatlık mesleğinin önemi, avukatlığın, bir kamu hizmeti olduğu, avukatın yargılama süreci içinde Adaletin bulunup ortaya çıkarılmasında görev aldığı, kamu yararını koruduğu, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun genel gerekçesinde belirtilmiştir. Avukatlık Kanunu'nun 1. ve 2. maddelerinde de, *avukatlığın, kamusal yönü ağır basan bir meslek olduğu* vurgulanmıştır. Bilgi ve deneyimlerini öncelikle Adalet hizmetine vererek, Adalet ve hakkaniyete uygun çözümler için hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargı organlarıyla yetkili kurul ve kurumlara yardımcı görev bilen avukatların, hukuk devletinin yargı düzeni içindeki yeri, bu yüzden önem taşımaktadır. Anayasa'nın 135. maddesi ile birlikte Avukatlık Kanunu'nun barolara ve Türkiye Barolar Birliği'ne yüklediği görevler, tanıdığı hak ve yetkilerle bu kuruluşların toplum ve devlet yaşamı için göz ardı edilmeyecek önemleri de düşünülürse; avukatların genel niteliklerine verilen değer kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Anayasa'nın 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile âdil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Yargının kurucu unsurlarından olan, bağımsız, serbestçe temsil eden, hukuksal ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuksal sorun ve uyuşmazlıkların Adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında temel görev üstlenen avukat, hak arama özgürlüğü ve âdil yargılanma hakkının da önemli bir unsurudur. Güçlü ve bağımsız savunma mesleği; hukukun üstünlüğünün, hukuksal uzlaşmanın, âdil yargılanma duygusunun ve toplumsal barışın güvencesi olup bu değerler, mesleğinde yetkin bağımsız savunucularla teminat altına alınmıştır.¹¹ Dolayısıyla, bağımsız yargının ayrılmaz bir parçası ve kurucu unsurlarından olan savunmayı, yargının diğer paydaşlarından ayrı düşünmenin söz konusu olamayacağı, apaçık ortadadır. Hâl böyleyken, Yargı Reformu

¹¹ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2009 tarihli, E.2007/16, K.2009/147 s. kararı.

Stratejisi'nin henüz başlangıcında, "Tanımlar" başlığı altında önemli bir düzenleme var ki, o da, avukatların "yargı mensubu" sayılmamalarıdır.¹² Adaletin kurucu öğelerinden savunmanın temsilcisi avukatların, yasalarda bile *hâkim* ile *savcı* yanında, "yargı mensubu" sıfatıyla anılırken yargı reformu iddiasındaki bir belgede, yargı mensubu olarak kabul edilmemişlerdir. Bu dahi, yargı reformunun ta baştan tökezlediğinin bir göstergesidir. Çünkü *avukatsız bir yargılama kesinlikle düşünülemez*.¹³

Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde, "avukat", "yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder" şeklinde ifade edilmiş ve devamındaki 2. Maddede, "Avukatlığın amacı; hukukî münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukukî mesele ve anlaşmazlıkların Adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmî ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır." denmiştir. Belli koşulların gerçekleşmesi hâlinde avukatlara ilâm niteliğinde belge hazırlama yetkisi de verilmiştir. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, aramada, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde hazır bulunma, Baro tarafından görevlendirme, mahkeme tarafından görevlendirme istemi, doğrudan soru yöneltme, istemsiz görevlendirme, uzlaşmacı olarak görevlendirme, kanun yollarına başvurma, zorunlu müdafilik... gibi birçok konuda, avukatlarla ilgili hükümler içermektedir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde ise, "Yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler ve adlî, idarî ve askerî mahkemeler üye ve hâkimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatların" anlaşılacağı, açıkça hükme bağlanarak avukatların, yargı görevini yapan kişiler arasında olacağı kabul edilmiştir. Nitekim savunma makamını teşkil eden, bireylerin hak arama özgürlüklerini kullanmalarında çok önemli bir işlev gören ve Adaletin gerçekleşmesine yardımcı olan avukatlar, hâkim ve savcılarla birlikte yargıyı oluşturan üç önemli bileşenden biridir. Durum böyle olunca, ne avukatsız bir yargılama düşünülebilir ne de Adalet düşünülebilir. Buna rağmen, Yargı Reformu Stratejisi'nde yapılan tanımlamada avukatların, TCK'nın 6. maddesi-

¹² Avukatlar, Yargı Reformu Stratejisi'nde, "yargı mensubu" olarak değil, "yargı profesyoneli" olarak addedilmiştir.

¹³ Bkz. İstanbul Barosu Başkanı Av. Muammer Aydın'ın 05 Kasım 2009 tarihinde "Ruhsat Töreni"nde yaptığı konuşmanın metni.

nin kanunî tanımından uzaklaşarak, “*yargı profesyoneli*”¹⁴ gibi ilginç bir sınıflamada ele alınması, hem düşündürücü hem üzücü hem de önemli bir eksikliklerdir.

Yargılama süreci, sadece usuli işlemlerin uygulanmasından ibaret birtakım rutin işlemlerden oluşmayıp, tarafların ve hâkimin görevleri, bunların işlemleri ve aralarındaki ilişkilerden oluşan çeşitli unsurların birbirinin içine geçtiği bir bütünlüğe ve gerçekliğe sahiptir. Ve çözüme yönelik bir sistemdir. Bu hâliyle aynı zamanda *entelektüel* bir faaliyetlerdir. Bu nedenle bütün tarafların ve hâkimin sürece etkin ve nitelikli katılımını gerektirir. Tarafların ve yargıcın yargılamaya etkin katılmamasının nedeni *aşırı yargıç merkezli yargılama* anlayışıdır. Bu günkü uygulamada, yargılamayı yargıcın yapacağı, kararı yargıcın vereceği, yargılamanın yargıca ait bir faaliyet olduğu kabul edilmektedir. Taraf avukatlarının yargılama faaliyetindeki durumları *ikincil* olarak kabul edilmektedir. Avukat, yargılamaya etkin bir biçimde katılarak sorumluluk almak istemesi hâlinde ise yargılama faaliyetine *ikincil* kabul edilmesi nedeniyle dirençle karşılaşmaktadır. Böylece avukatların yargılamaya etkin katılımı sınırlanmaktadır.¹⁵ Bu da, sağlıklı bir şekilde yargılama yapılabilmesini engellemektedir. Oysaki yargılama sürecinin kendi başına bir gerçekliği vardır ve yargılamanın sükreleri olan avukat, savcı ve yargıçlar, bu sürece bağımsız olarak katılmaktadırlar. Amaç, yargılama sonunda maddî ve hukukî gerçekliğe ulaşmaktır. Gerçekliğe, bütün sükrelerin birbirleriyle iletişim içinde kolektif katılımı ile ulaşılacaktır. Bütün sükrelerin bu bakımdan görevleri vardır ve hepsinin görevleri asıldır. Yargıcın yargılamayı idare etmesi, karar vermesi, yargıcın görevinin *asıl*, diğer sükrelerin görevlerinin *tali* olmasına gerektirmez. Durumun böyle algılanıp uygulanması, yargılamanın gerekleri bakımından hatalıdır ve yargılamaya etkin katılımı sistemik olarak engelleyerek büyük sorunlara yol açmaktadır.¹⁶ Bu nedenle,

¹⁴ “Adalet Bakanlığı - Yargı Reformu Stratejisi”nde yer alan tanımlamaya göre, «yargı profesyoneli» deyiminden: Yargı mensubu (yani hâkim ve Cumhuriyet savcılarını), yargı çalışanı (yani hâkim ve savcı dışında Cumhuriyet başsavcılıkları, Mahkeme, İcra Müdürlüğü, Ceza ve İnfaz Kurumları ile diğer adli birimlerde çalışan görevliler), avukat ve noterler anlaşılmaktadır.

¹⁵ Hakan Aliefendioğlu, “Yargılama Sükrelerinin Tarihselliği”, *Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008 - Adaletin Işığında Hukuk*, Cilt: 1, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 493-499.

¹⁶ Aliefendioğlu (2009): s. 493-499.

yargılamanın, modern usullere uygun olarak dinamik bir yapı hâlinde avukatların etkin katılımına olanak verecek ölçüde değiştirilmesi için bir *yaklaşım değişikliğine* ihtiyaç vardır. Sonuçta, avukatın, yargılamanın içine *aslî unsur* olarak dâhil edilmesi yolunda yapılacak zihniyet değişikliğinin olumlu olacağı aşikârdır.

Yargı Reformu Stratejisi'ne baktığımızda, *avukat ile hâkim ve savcı* arasındaki temel soruna değinilmemiştir. Bu sorun, uygulamada, bir *astlık-üstlük ilişkisi* olduğuna ilişkindir. Savunma, iddia ve hüküm kurumları ile birlikte yargının eşit ve bağımsız unsurudur. İddia makamını temsil eden savcı, kürsüde yargıçla aynı yerde bulunurken, avukatın, kürsünün altında yer alması, iddia ve savunma arasında *eşitsiz ve hiyerarşik* bir görüntü oluşturmaktadır. Bu aynı zamanda, âdil yargılanma ve *silâhların eşitliği ilkelerine*¹⁷ de aykırı bir durumdur. Çünkü kürsü bağımsızlığı ve tarafsızlığının, iddia makamı karşısında sağlanması gerekmektedir. Bu, savunma ve iddia makamının *eşitlenmesi-paralleleleştirilmesi* için olmazsa olmaz bir şarttır. Yine, yargılamanın sadece âdil olması yetmez, taraflarca âdil yapıldığının da görülmesi gerekir. Bu nedenle savcıların, kürsüde yargıçlarla yan yana oturması uygulamasına son verilmeli ve mahkemelerde, yargının kurucu unsurlarından olan avukat ile savcı eşit olmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, "*Bilgi ve deneyimlerini öncelikle Adalet hizmetine vererek, Adalet ve hakkaniyete uygun çözümler için hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargı organlarıyla yetkili kurul ve kurumlara yardımcı görev bilen avukatın, hukuk devletinin yargı düzeni içindeki yeri özellik taşımaktadır. Adaletin sav, savunma ve yargı öğelerinden savunma bölümünün temsilcisi, başlıca görevlisi olan avukatın, hem temsil ettiği kişiler hem de önlerinde görev yaptığı hâkim, savcı ve yetkili öbür kurul ve kurumlarca inanç, güven ve saygı ile karşılanması gerekir.*"¹⁸denmiştir. Bu yorumdan da anlaşılacağı üzere yargıçlık, savcılık, avukatlık meslekleri arasında *astlık-üstlük ilişkisi* bulunmadığı gibi üstünlük farkı ve *sıralaması* da bulunmamaktadır. Bu üçlü arasındaki ilişki, bir *işbölümü* ilişkisidir. O nedenle sav, savunma ve karar üçgeninde görev alan hu-

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz. M. Serhat Kaşıkara, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Âdil Yargılanma Hakkı ve Türkiye*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

¹⁸ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 23.6.1989 tarihli ve E.1988/50, K.1989/20 sayılı kararı.

kukçuların eşit işleme tâbi tutulması gerektiği kuşkusuzdur. Yargılama, bir olay hakkında hukukun ne dediğinin bildirilmesidir. Hukukun yaşama sağlıklı geçmesi, bu üçlü arasında eşitliğin sağlanmasına bağlıdır.¹⁹ Çünkü yargılamanın bu üç öğesindeki olumlu veya olumsuzluğun hükme ve dolayısıyla Adaletin gerçekleşmesine olumlu ya da olumsuz anlamda yansması kaçınılmazdır.

Hem savunma hakkıyla hem de silâhların eşitliğiyle birlikte âdil yargılanma hakkıyla doğrudan ilişkili olan diğer bir durum da, sanığın, duruşma anında avukatından uzak bir mekânda bulunmasıdır. Hâlbuki sanık, avukatının yanında olmalıdır. Sanık ve avukatı arasına mesafeler konmamalıdır. Avukat, müvekkiline yakın olmalı ki, gerekli hukukî yardımı, duruşma esnasında doğrudan ve etkili bir biçimde yapabilmelidir. Fakat ne yazık ki, uygulamadaki durum tam tersidir. Kaldı ki, savunma hakkını olumsuz etkileyici bu süregelen duruma yönelik herhangi bir yasal düzenleme de mevcut değildir. Savunma olmaksızın teşekkül eden bir yargı, meşruiyet iddiasında bulunamaz. Unutulmamalıdır ki, savunma hakkının elinin-kolunun bağlanması, peşin suçluluk yüklenmesini doğuracak ve böylece en temel haklardan olan âdil yargılanma ilkesi, içten içe zedelenecektir.

Bugün ülkemizde, hukuk fakültelerinin sayısı 60'a yaklaşmıştır. Her yıl binlerce hukuk öğrencisi alınmakta ve binlercesi de mezun edilmektedir. Hukuk eğitimi, fakülte açmak değildir. Hukuk eğitimi yeniden gözden geçirilmeli, ihtiyacın çok ötesinde ve gerekli öğretim üyesi altyapısı ve donanımı olmayan yeni hukuk fakülteleri açılma-

¹⁹ Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında vurgulandığı gibi, yasa önünde eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemekle birlikte, yasaların uygulanmasında birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların meydana getirilmesini engellemektedir. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanılarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamakta, hatta durumlarındaki ve konularındaki özellikleri, kimi kişi ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılmaktadır. Anayasa ile eylemli değil hukukî eşitlik amaçlanmaktadır. Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmemesi için, aynı hukuksal durumların aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması gerekmektedir [Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 18.10.2005 tarihli, E.2003/7, K.2005/71 sayılı kararı]. Sav, savunma ve yargının, adaletin gerçekleşmesi yönünden aynı hukukî durumda oldukları, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda açıklanan kararında da vurgulandığı üzere yadsınamaz niteliktedir.

malıdır. Bu durum, *hukukçu kalitesini* olumsuz yönde etkilemektedir.²⁰ Her ile üniversite her üniversiteye hukuk fakültesi anlayışı, köklü, kalıcı ve kapsamlı bir yargı reformu istenmediğinin açık göstergesidir. Türkiye’de hukuk fakültesi demek *avukat okulu* demek gibi olmuştur. Bütün ısrarlara rağmen, “*avukatlık sınavı*” hususunda hâlâ sessiz kalmaktadır. Oysa yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden avukat ve avukatlık mesleği; hukukî sorunların ve anlaşmazlıkların Adalete ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi, hukuk kurallarının tam olarak uygulanması, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk devletinin işlerliğinin sağlanması bağlamında, yaşamsal bir öneme haizdir. Bu amaçla, dünyanın bütün gelişmiş demokratik ülkelerinde, savunmanın ve savunma mesleğinin önündeki engeller kaldırılmış, uluslararası sözleşmelerle avukatların mesleklerini özgürce yerine getirmelerine olanak sağlanmış, avukatlık mesleğinin kalitesinin yükseltilmesi amacıyla pek çok düzenleme yapılmış ve önlemler alınmıştır. Avukatlık mesleğine ilişkin olarak bir avukatlık sınavının getirilmesi, bunlardan biridir. Anayasa Mahkemesi, bir kararında, “*Avukatın seçkinliği ve üstün nitelikler taşıması, hem kamunun hem de yargının beklediği bir husus olup, bunun sağlanmasında mesleğin gelişmesine katkı kadar mesleğe seçilme de önem kazanır. Sadece temel hukukî konularda eğitilmiş olmak, bir mesleği yürütmek için yeterli olamaz. Meslekî açıdan yetkinlik, stajyerlik gibi özel eğitimlerin yanı sıra mesleğe girişte seçme ya da elemeyi de içerir.*”²¹ tespitiinde bulunmuştur. Avrupa’nın çoğu ülkesinde, avukatlığa giriş sınavı uygulanmaktadır. Avukatlık sınavını başarmış olmanın, avukatlık mesleğinin kabul şartlarından olması, Baroların bağımsızlığı ve avukatlık mesleğinin hak ettiği saygınlığa kavuşturulması gereksiniminin

²⁰ Prof. Dr. Metin Feyzioğlu’nun konuya ilişkin yaptığı bir açıklama çok çarpıcıdır. Ona göre: “Mevcut fakültelere hoca bulunamazken, yenilere nereden bulunacak? İstanbul Üniversitesi’nde hoca kalmadı. Kesinlikle, hukuk eğitimin kalitesinde düşme olacaktır. Özellikle avukatlık sınavının kaldırılmasından sonra, böylesi bir ortamda yeni fakültelerin açılması hiç doğru değil. Her önüne gelen, fakülteye girecek ve mezun olduktan sonra, basit bir stajdan sonra avukat olacak. Büro açacaklar ve insanların canını yaka yaka iş öğrenecekler. Olacak şey değil...” Yapılan açıklama için bkz. Abbas Güçlü, “Müjde, 10 yeni hukuk fakültesi daha kuruldu!”, *Milliyet Gazetesi*, 12 Nisan 2008 tarihli köşe yazısı. Köşe yazısının internet erişim adresi: <http://www.milliyet.com.tr/-/abbas-guclu/turkiye/yazarde-tay/12.04.2008/516109/default.htm>(17.02.2011)

²¹ Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 15.10.2009 tarihli, E.2007/16, K.2009/147 s. kararı.

bir sonucudur. Sadece hukukçuların yapabileceği avukatlık mesleği de, savcılık ve hâkimlik mesleği gibi kamu hizmeti niteliğinde özel bir meslektir. Bu nedenle avukatın da gerekli donanımlara sahip olacak şekilde, çok özel olarak yetiştirilen bir kişi olması gereği açıktır. *Hukukun üstünlüğü* ve *hukuk devleti* kavramları, ancak nitelikli ve kendilerini yetiştirmiş hukukçuların ve avukatların özverili uygulama ve eylemleriyle yaşama geçebilir. Evrensel demokratik ilkeler ve insan haklarını içeren normlar ve yasaların dahi amaca uygun uygulanabilmesi, amaca uygun yorumlanabilmesi, yargılama ve karar sürecinde hukukçuların sağlam hukuk bilgisine, yorum ve değerlendirme gücüne bağlıdır. Hukuksal yorum ve değerlendirme sosyoloji, psikoloji, siyasal tarih, felsefe, iktisat, mantık ve hatta matematik gibi bilim dallarına olan ilgi ve bilgi ile mümkündür. Ancak bütün bunları özümsemiş ve böylece hukukî düşünmeyi öğrenmiş hukukçular ve avukatlar yetiştirdiğimiz takdirde *hukukun üstünlüğü* ve *hukuk devleti* kavramlarını yaşama geçirmiş olabiliriz. Dolayısıyla, aksi yöndeki bir tutumun, yalnızca avukatlık mesleğine yönelik ağır bir saldırı değil, aynı zamanda vatandaşların hak ve yararlarının tehlikeye atılmasına neden olabileceğinden kamu yararı amacına yönelik olmadığı da kuşkusuzdur.²²

Yargı Reformu Stratejisi'nde göze çarpan bir diğer husus, "*Alternatif Çözüm Yolları*" adlı düzenlemedir. Bu kapsamda, "*arabuluculuk*" müessesesinden bahsedilmiştir. Hazırlanan *Arabuluculuk Yasası Tasarısı*,²³ sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yabancı unsurlu olanlar da dâhil, özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacaktır.²⁴ Tasarısı'nın 22. maddesine göre, dört yıllık lisans eğitimini tamamlayanlar, belirtilen eğitimi aldıkları takdirde, *arabuluculuk* sıfatına hak kazanmak üzere sınava alınabilecektir. Hukuk lisans diplomasına sahip bulunmayanlar için 22. maddenin 2. fıkrasında getirilen hüküm ise, bunların yüz saat hukuk eğitimi alma-

²² Avukatlığın bir meslek olarak bilgiye, kişisel ve meslekî tecrübeye dayandığı, sadece mevzuatın bilinip bilinmediğine yönelik yapılacak bir sınavın, avukatlık yapmak için gerekli olan beceriyi ölçmeyeceğinin aşikâr olduğu; söz konusu sınav sisteminin, avukatlık mesleğini icra edecek kişiler için herhangi bir fayda sağlamayacak olması nedeniyle avukatlık sınavının gerekli olmadığı ve yürürlükten kaldırılmasının gerektiğine ilişkin dile getirilen görüşlere ise katılmıyoruz.

²³ Tam adıyla, "*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı*".

²⁴ Bkz. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Genel Gereği*.

larını zorunlu kılmaktadır.²⁵ Kanaatimizce, getirilmek istenen düzenleme, isabetli değildir. Çünkü ancak yıllar boyu süren bir eğitim ve staj sürecinden geçtikten sonra avukat olunabildiği göz önünde tutulursa, birkaç hukuk nosyonu aldıktan sonra kolayca *arabulucu* olabilecek kişilerin varlığı ve dolayısıyla hukukçuların dışındaki kişilerin *arabulucu* olabilmesi, avukatlık mesleğine karşı, bir darbe niteliğindedir. Meslekî sorunların çözümü ve Adalet sisteminin iyileşmesi için, arabuluculuk sisteminin gerekliliği tartışılmalıdır. Aslında arabuluculuk, avukatlık mesleği içinde değerlendirilmesi gereken bir alanı, diğer mesleklere de açmaktadır. Zira Avukatlık Kanunu'nun 35. ilâ 35/A maddelerinin²⁶

²⁵ **Arabuluculuk Eğitimi - Madde 22:**

(1) Arabuluculuk eğitimi, dört yıllık lisans eğitiminin tamamlanmasından sonra alınan, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili temel bilgiler, iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile yönetmelikte gösterilecek olan diğer teorik ve pratik bilgileri içeren ve asgarî yüze saatlik eğitimi ifade eder.

(2) Hukuk lisans diplomasına sahip olmayan kimselerin arabuluculuk eğitimini tamamlamış sayılmaları için, yüz saatlik temel hukuk eğitimini de almış olmaları gerekir.

²⁶ **Yalnız Avukatların Yapabileceği İşler - Madde 35 - (Değişik madde: 26/02/1970 - 1238/1):**

Kanun işlerinde ve hukukî meselelerde mütalâa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini hâiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.

Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan resmî dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler.

(Ek hükümler: 02/05/2001 - 4667/22. m.; Değişik fıkra: 23/01/2008-5728 S.K./329.mad) Dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir. Ancak, Türk Ticaret Kanunu'nun 272. maddesinde ön görülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri sözleşmeli bir avukat bulundurmak zorundadır. Bu fıkra hükmüne aykırı davranan kuruluşlara Cumhuriyet savcısı tarafından sözleşmeli avukat tayin etmedikleri her ay için, sanayi sektöründe çalışan on altı yaşından büyük işçiler için suç tarihinde yürürlükte bulunan, asgarî ücretin iki aylık brüt tutarı kadar idarî para cezası verilir.

Hukuk ve Ceza Muhakemeleri Usulleri kanunları ile diğer kanun hükümleri saklıdır.

Uzlaşma Sağlama - Madde 35/A - (Ek madde: 02/05/2001 - 4667/23. m.): Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma

bu ihtiyacı karşılayabileceği unutulmamalıdır. Dolayısıyla, avukatlık meslek tekelinin korunması ve avukatlarca yapılması gereken işlerin başka mesleklere kaydırılmasının önüne geçilmesi gerekmektedir. Uyuşmazlıkların, yargının ve avukatlık tekelinin kapsamı dışına çıkarılması, klasik avukatlığın yerine “uzlaşma avukatlığı”nın ikame edilmesi, avukatların iş alanlarında gelişme yerine, tam tersine, daralma sonucunu doğurur. Bu yüzden, alternatif çözüm yolları geliştirilirken ifrata kaçılmamalı, bu başlık altında “Adaletin özelleştirilmesi” anlamına gelecek bir yola da girilmemelidir.²⁷

Yüksek mahkeme kararlarına, avukatların erişimine de değinmek gerekmektedir. Bilindiği üzere, yüksek mahkemelerden Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının tamamı *Resmi Gazete*'de ve ayrıca internet ortamında yayınlanmaktadır. Yargıtay ve Danıştay'ın kararlarından ise, yalnızca kararı veren dairece emsal olabileceği düşünülenlerin yayınlanması ile yetinilmektedir. Mevcut durumda, Yargıtay ve Danıştay'ın tüm kararları yayınlanmadığı için özellikle avukatların, söz konusu kararları bir bütün olarak görmesi ve inceleyebilmesi, tam anlamıyla bulunmamaktadır. Dolayısıyla, içtihat birliğinin daha iyi sağlanabilmesi, avukatların yüksek mahkeme kararlarını bir bütün olarak görebilmeleri, kararlar üzerinde araştırma ve eleştiri yapabilmeleri için, kararlara ulaşımın kolaylaştırılmasını ve internetten yayınlanmasını sağlayacak hukukî ve yapısal düzenleme-

sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilli tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 09/06/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.

²⁷ İstanbul Barosu ve Genç Avukatlar Birliği tarafından 8 Aralık Cumartesi günü düzenlenen Arabuluculuk Yasa Tasarısı'na ilişkin panelde konuşan Prof. Dr. Selçuk Öztek, Arabuluculuk sisteminin neo-liberal bir çözüm olarak ortaya çıktığını, küreselleşen güçlerin daha rahat hareket edebilmesi için devlet yargısının zayıflatılmasının öngörüldüğünü belirterek, ulus-devlet anlayışında böyle bir yasaya gerek olmadığını, uyuşmazlıkların alternatif çözüm yolları ve tahkimle çözülemeyeceğini söylemiştir. Öztek'e göre: “Arabuluculuk Yasa Tasarısı, avukat aleyhine bir durum yaratıyor. Anlaşma sonucunda imzalanacak ilâmın devlet tarafından onayını öngörmüyor. Avrupa Birliği Komisyonu böyle bir belgenin bir otorite tarafından imzalanmasını kabul etmiştir. İtalya'da, Fransa'da böyledir. Taslak bu hâliyle yasalaşırsa, uygulama karışıklığına neden olacaktır.” [Bkz. <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=3107> (17.11.2011)]

lere ilişkin çalışmaların bir an önce yapılarak sonuçlandırılması gerekmektedir.

Avukatların yargılanması konusuna da değinmekte yarar vardır. Avukatların yargılanması hususundaki Adalet Bakanlığı tarafından verilen izin, Adalet Bakanlığı'ndan alınarak Baro teşkilâtına verilmesi yerinde olacaktır.²⁸ Çünkü Adalet Bakanlığı tarafından avukatların yargılanmalarına ilişkin olarak verilen izinler, çok hızlı bir şekilde verilmekte ve çoğu zaman yeterince ve isabetli bir incelemeye tâbi tutulmadan verilmektedir. Bu da, şikâyet edilen avukatı, baştan itibaren *suçlu* sıfatıyla damgalamaktadır. Bunun, âdil yargılanma hakkını da zedelediği aşikârdır. Bu sebeplerle, avukatların yargılanması hususu, âdeta bir *cadı avına* dönüştürülmüştür.

Bugün ülkemizde, 10 yıl öncesine göre daha az işkence ve kötü muamele konuşulmakta ise, bu sonucun gerçek mimarları zorunlu müdafilik hizmeti gören avukatlardır. Diğer yandan zorunlu müdafilik sistemi, bireyin âdil yargılanmasının teminatı konumundadır. Zorunlu müdafilik, Adalete erişimin somut vasıtasıdır. Ancak zorunlu müdafilik sistemi, bugün sorunlar yumağı hâline dönüşmüştür. Siyasal iktidar, bir yandan, yasal düzenlemelerle CMK kapsamında verilen hizmetin kapsamını daraltmakta, diğer yandan CMK ücretlerine ilişkin uyguladığı politika ile bu hizmeti veren meslektaşlara karşı âdeta yıldırma harekâtı düzenlemektedir. Sorunun en can yakıcı kısmı, ücretlere ilişkindir. CMK hizmeti veren avukatlar, avukatlık asgarî ücret tarifesinin altında bir ücretle görev yapmaya mecbur bırakılmaktadır. Bu durum, zorunlu müdafiliği bir *angaryaya* dönüştürmektedir. Bu da yetmezmiş gibi, müdafilerin hizmetin ifası sırasında yaptıkları zorunlu giderlerin bir kısmı, yapılan yasal düzenleme ile ödeme kapsamından çıkartılmış, kâğıt üstünde var olan diğer bir kısmı ise, getirilen hükümler nedeni ile ödenmesi olanaksız hâle getirilmiştir. Eğer, kaliteli ve etkin avukatlık hizmetinden yararlanılması asıl ilke ise, avukatlara bu hizmetin karşılığının ödenmesi de gerekmektedir. Hedef, Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin ruhuna, âdil yargılanma ve silâhların eşitliği ilkesine tamamen aykırı *CMK ücret tarifesinin* yürürlükten kaldırılması ve yerine *avukatlık asgarî ücret tarifesinin* uygulanması olmalıdır. Bunun yerine CMK tarifesinin iyileştirilmesini savunmak, bir

²⁸ Örneğin, Türkiye Barolar Birliği'ne.

bakıma avukatın ücreti üzerinden pazarlık yapmak olacaktır. Ayrıca, CMK Yönetmeliği ile savcı ve yargıçlar, avukatların âdeta *ita amiri* konumuna getirilmiştir. Yönetmelik, “*ödeme emri belgeleri, soruşturma veya kovuşturmanın yapıldığı yer Cumhuriyet savcılığı tarafından düzenlenir*” hükmünü içermektedir. Savcı ve yargıcı *ita amiri* konumuna getirmek, zorunlu müdafiliği, *devlet avukatlığı* konumuna indirgemekle eş anlamlıdır. Dolayısıyla, söz konusu hükmün, daha makul bir şekilde ele alınması gerekmektedir.

Tüm bunların yanı sıra, karşılaşılan problemlere ilişkin olarak şu noktalara da değinmek yararlı olacaktır. Bunlar:

- Yargının, kendisinden kaynaklanan sorunları çok önemlidir. Bunlar, hukuka duyulan saygı ve güvenin azalmasına neden olmakta; toplumda ve kişilerde, hukuk devletinin gerçekleşmeyeceği inancının oluşmasına yol açmaktadır. Aslında yargının en önemli sorunu yargı bağımsızlığı sorunudur. Bunun için, yargı üzerinde çok büyük bir baskı oluşturan düzenlemelerin değiştirilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, yargı bağımsızlığına gölge düşürecek nitelikteki düzenlemelerden kaçınılması gerekmektedir. Yeni yapılan düzenlemeyle, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yapısının değiştirilmesi, ne yazık ki, senelerdir eleştirilen yönde ve olması istenen şekilde olmamıştır. Adalet Bakanlığı’nın vesayet eli, yargı üzerinden çekilmelidir.
- Yargı harçlarının bugünkü seviyesi, özellikle yoksul yurttaşların hak arama özgürlüğüne engel teşkil etmektedir. Yargı harçlarının herkes için makul bir orana indirilmesi gerekmektedir.
- Kamu avukatlarının, idarenin vesayetinden ve *memur avukat* statüsünden kurtarılması, *kamu avukatlığı* müessesesinin bağımsız ve özerk bir yapıya kavuşturulması gerekmektedir.
- Baroların, Anayasa’nın 135. maddesi dışında ve ayrı bir madde içinde ele alınması, vesayet altından çıkarılması için gereklidir. Çünkü barolar, yargının üç önemli bileşeninden biridir ve kamu kurumu niteliğindeki diğer meslek

kuruluşları ile bir tutulamaz. Dolayısıyla buna ilişkin bir düzenleme, yargı açısından daha sağlıklı olacaktır.

D. Sonuç

“Balık için su ne ise, savunma için de özgürlük odur.”

Sokrat

Gerçek çözüm, kapsamlı bir hukuk ve yargı reformudur. Yasaları değiştirmekle reform gerçekleştirilemez. Avrupa Birliği üyeliği için, ithal yasaları alıp tercüme ederek Türk toplumuna bundan sonra bu yasalara uyacaksınız demek, Türk milletine hakarettir. Yeni yasalarla toplumda suç işleme oranındaki artış yinede yetkilileri harekete geçirmemektedir. Suç işlemeyi teşvik eden, caydırıcılığı sınırlı olan düzenlemelerle toplumsal barış sağlanamaz, kamu düzeni korunamaz. Çözümün siyasal bütünlük ve yasama organının yasal değişiklikleri ile sağlanması gerekmektedir. Biran önce yargının sorunlarına eğilmek, ciddi değişikliklere başlamak şarttır. Aksi takdirde, her “*Adlî Yıl*” açılışında yapılacak konuşmalar, söylenecek nutuklar, daha çok uzun süre yinelenecektir.

Atatürk’ün işaret ettiği çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma hedeflerinin yakalanabilmesi için adalet sisteminin sürekli değişmesi ve gelişmesi gerektiğinin; ancak güven veren bir adalet sisteminin oluşturulması ile insan haklarına dayalı, çağdaş ve eksiksiz demokrasinin tesis edilebileceğinin; Yargı Reformu Strateji Plânı ile yargı bağımsızlığının güçlendirilmesinin, tarafsızlığının geliştirilmesinin, verimlilik ve etkinliğinin arttırılmasının, meslek yetkinliğinin arttırılmasının, yargı yönetim sisteminin geliştirilmesinin, yargıya güvenin tam olarak sağlanmasının, adalete erişimin kolaylaştırılmasının, uyuşmazlıkları önleyici tedbirlerin alınmasının gerekliliğinin bilincinde olmak gerekmektedir.

Demokratik kuralların eksiksiz olarak benimsendiği gelişmiş toplumlarda, avukatlık mesleği ve savunmaya büyük önem verildiğini görülmektedir. İnsan haklarına yeterince önem vermeyen ve hukukun üstünlüğü kavramının yerleşmediği toplumlarda ise, savunmanın geri plâna itilmeye çalışıldığı görülmektedir. *Unutulmamalıdır ki, savunma olmadan yargı, meşruiyet kazanamaz.*

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının sadece Anayasa ve yasalarda yazılı bir ilke olarak kalması değil, aynı zamanda toplumsal hayata geçirilmesinin hukuk devleti açısından gerekliliği ortadadır. Bu bağlamda, *yargı teşkilâtının, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını içselleştirmeleri ve kültür hâline getirmeleri büyük önem taşımaktadır.*

Ülkenin bir yargı reformuna ihtiyaç duyduğu bilinen bir gerçektir. Ancak, yargıda reform, sadece yeni adliye binalarının açılması, yargıç ve savcı sayısının artırılması, yargılanmayı hızlandırıcı önlemler alınmasından ibaret değildir. Savunmayı dışlayan otoriter yargı sisteminin tümünden değiştirilmesi ve yargısal faaliyetin demokratik hâle getirilmesi başlıca hedef olmalıdır. *Savunmanın sorunlarının, yargının sorunu olduğunu gözden kaçırılmamalıdır. Unutulmamalıdır ki, savunma olmadan yargılama olmaz.* Kanaatimizce, baroların bağımsızlığının ve avukatlık mesleğinin hak ettiği saygınlığa kavuşturulmasının amaçlanması; avukatlık mesleğinin de hâkimlik ve savcılık mesleği gibi kamu hizmeti niteliğinde özel bir meslek olduğu ve gerekli donanım, bilgi ve kaliteye ulaşmış kişilerden oluşması gerektiği; yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmanın hukukun uygulanması ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasında yaşamsal değere sahip bulunduğu; kamusal yanı ağır basan avukatlıkta, kamu yararının gözetildiği; sav, savunma ve yargılamayı yapanların Adaletin gerçekleşmesi yönünden aynı hukuksal durumda olduklarından eşit işleme tâbi tutulmaları gerektiği... gibi hususların göz ardı edilerek, *"yargı reformu"* başlığı altında, sözüm ona *reformsal* düzenlemelere gidilmesi, pek açıktır ki, eksikliği doldurulamayacak derecede bir yoksunluk içerecektir. Bu da, ana amaç olan yargıda reformu, büyük ölçüde zedeleyecektir.

Dolayısıyla, yukarıda uzun uzadıya bahsi geçen hususlara *Yargı Reformu Stratejisi'*nde değinilmemesi veya yeterince ele alınıp tartışılmaması, büyük bir eksikliktir. Belirtilen hususların yer almadığı bir düzenleme ile yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı gerçekleştirilemeyeceği gibi, istenen yargı reformu da gerçekleşme kabiliyetini yitirecektir.

Son olarak, özetle şunu söyleyebiliriz ki; olması gereken (*de lege ferenda*) bir hukuk sisteminde, gerçekleştirilmek istenen yargı reformu kapsamında devletin, avukatlara, bir meslek örgütü olmanın bilinci ile, ayırım gözetmeden yaklaşması, tüm avukatların görüşlerine saygı

duyması, kimsenin düşünceleri nedeniyle dışlanmasına meydan vermemek için görev ve sorumluluk bilincinde davranması ve daha da iyiye gidebilmek için gayret ve özveride bulunması, temennimizdir. Unutulmamalıdır ki, *avukatsız bir yargı düşünülemediği gibi, yargısız bir avukat da düşünülemez. Çünkü bir bütün, kendini oluşturan parçalar olmasızın bir anlam ifade etmez.* Temel sorunların çözümü elimizde. Meslek etiğini daha etkili kılmak, yargının bağımsızlığını ve yargı etiğini savunmak, etik dışı tutum ve davranışlara karşı durmak için yasaları değil, *anlayışı değiştirmek yeterli olacaktır.*

KAYNAKLAR

- Aliefendioğlu, Hakan, “Yargılama Süjelerinin Tarihselliği”, *Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008 - Adaletin Işığında Hukuk*, Cilt:1, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s.493-499.
- Feyzioğlu, Metin, “Savunma Hakkına İlişkin İki Soru: Savunma Hakkı Kutsal mıdır? Duruşma Salonunda Müdafî ve Sanık Yan Yan Oturabilir mi?”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:67, Sayı:1 (Kış 2009), Ankara 2009, s. 22-25.
- Güçlü, Abbas: “Müjde, 10 yeni hukuk fakültesi daha kuruldu!”, *Milliyet Gazetesi*, 12 Nisan 2008 tarihli köşe yazısı. Köşe yazısının internet erişim adresi:<http://www.milliyet.com.tr/-/abbas-guclu/turkiye/yazardetay/12.04.2008/516109/default.htm> (17.02.2011)
- Kaşıkara, M. Serhat, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Âdil Yargılanma Hakkı ve Türkiye*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- Oğuz, Arzu, “Hukuk Eğitiminde Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimindeki Rolü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2003, Cilt: 52, Sayı: 4, s. 1-40. Makalenin internet erişim adresi: <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arxiv/AUHF-2003-52-04/AUHF-2003-52-04-Oguz.pdf> (17.02.2011).
- Platon, *Sokrates'in Savunması*, Alter Yayıncılık, İstanbul 2010.
- TC Adalet Bakanlığı, *Yargı Reformu Stratejisi*, Ankara 2009.

Diğer Kaynaklar

- TC Adalet Bakanlığı - Yargı Reformu Stratejisi Taslağı.
- Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı.
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı.

- Noterlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı.
- İstanbul Barosu'nun "Yargı Reformu Stratejisi Taslağı" hakkındaki görüşü:<http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=4025> (17.02.2011)
- Denizli Barosu Başkanı Av. Adil Demir'in 2009-2010 Adli Yıl Açılış Konuşması: <http://www.denizlibarosu.org.tr/userfiles/file/adliylilaciliskonusmasi.doc> (17.02.2011)
- İstanbul Barosu seçimlerine giren bütün gruplarla oluşturulan "Yargı Reformu Platformu" heyetiyle Arabuluculuk, HUMK ve TTK Kanun tasarılarıyla ilgili olarak Adalet Bakanı, Meclis Adalet Komisyonu Başkanı ve Milletvekilleri ile yapılan görüşmenin raporu: http://www.hukukcular.org.tr/haber_detay.php?haber_id=1086 (12.02.2010)
- Gücün hukuku mu, hukukun gücü mü? : http://www.barendergisi.com/news_detail.php?id=7398&uniq_id=1266201691 (12.02.2010)
- Bağımsız Savunma Bildirge Metni: <http://www.bagimsizsavunma.net/index.php?sayfa=41> (17.02.2011)
- İstanbul Barosu Başkanı Av. Muammer Aydın'ın 05 Kasım 2009 tarihinde "Ruhsat Töreni"nde yaptığı konuşmanın metni. http://www.istanbulbarosu.org.tr/idariisler/baskanin_yorumu_05112009.doc (12.02.2010)
- Avukatlık Meslek Sorunları ve Yargı Reformu Stratejisi:http://www.ordubarosu.org.tr/2009/index.php?option=com_content&view=article&id=142:avukatlk-meslek-sorunlar-ve-yarg-reformu-stratejisi&catid=1:latest-news&Itemid=58 (12.02.2010)
- İstanbul Barosu ve Genç Avukatlar Birliğince 8 Aralık Cumartesi günü düzenlenen Arabuluculuk Yasa Tasarısı'na ilişkin panel: <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=3107> (17.02.2011)
- Anayasa Mahkemesi'nin 28.11.2006 günlü, 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1, 2 ve 3. maddelerini iptal eden 15.10.2009 tarihli, E.2007/16, K.2009/147 sayılı kararı.

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE BULUNAN İKİ YIL VE DAHA KISA SÜRELİ HAPİS CEZASININ YERİNE GETİRİLDİĞİ CEZA İNFAZ KURUMLARINDA ÖLEN HÜKÜMLÜ VE TUTUKLULAR İLE İLGİLİ ARAŞTIRMA

STUDY ON THE REPORT CONCERNING
'MORTALITY IN LOCAL JAILS, 2000 - 2007'

Vehbi Kadri KAMER*

Özet: Amerika Birleşik Devletleri'nde 7.308.200 kişi infaz sistemi içinde olup bunun 785.556'sı yerel ceza infaz kurumları bulunmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri Adalet İstatistikleri Bürosu tarafından yayınlanan Özel Rapor'da (Mortality in Local Jails, 2000-2007); 2000-2007 yılları arasında 300 yerel ceza infaz kurumunda araştırma yapıldığı, 8.110 hükümlü ve tutuklunun hayatını kaybettiği belirtilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ceza infaz kurumu, hükümlü, mahpus, tutuklu, intihar, hastalık, kaza, zehirlenme, insan öldürme.

Abstract: There are 7.308.200 people in criminal enforcement system of the USA. 785.556 people were serving in local jails. According to The Special Report (Mortality in Local Jails, 2000-2007) which was published by Justice Statistic Bureau of the USA, 300 local jails were surveyed in 2000-2007 and 8.110 inmate died in that period.

Keywords: Criminal enforcement, convict, inmate, detainee, suicide, disease, accident, intoxication, homicide.

I. Giriş

Dünyada dokuz milyon kişi ceza infaz kurumlarında hükümlü veya tutuklu olarak bulunmaktadır. Bu sayının en az yarısı kişilik bozukluğuna sahip olup, bir milyonun üzerindeki hükümlü ve tutukluda psikoz ve depresyon gibi akıl hastalıkları görülmektedir. Hemen

* Hakim, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Daire Başkanı.

hemen bütün hükümlü ve tutuklularda, depresif ruh haline ve stres belirtilerine rastlanılmaktadır. Dünyada her yıl binlerce hükümlü ve tutuklu ceza infaz kurumlarında hayatını sona erdirmektedir.¹

Amerika Birleşik Devletleri'nde 2008 yılı itibariyle; 4.270.917'si denetimli serbestlikte, 785.556'sı *jail*de (iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumları), 1.518.559'u ceza infaz kurumlarında ve 828.169'u *parolda* (koşullu salıverilme sonrası takip) olmak üzere 7.308.200 kişi infaz sisteminin içinde bulunmaktadır.²

Bu yazıda, Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarında (*jail*) ölen hükümlü ve tutuklular hakkında ayrıntılı bilgi verilecektir.³

II. İki Yıl ve Daha Kısa Süreli Hapis Cezasının Yerine Getirildiği Ceza İnfaz Kurumlarında Hayatını Kaybeden Hükümlü ve Tutuklular ile İlgili Genel Değerlendirme

Amerika Birleşik Devletleri'nde; iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği 300 ceza infaz kurumunda (bu sayı, iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarının % 99'unu oluşturmaktadır) yapılan bir araştırmada 2000 yılı ile 2007 yılı arasında 8.110 hükümlü ve tutuklunun hayatını kaybettiği belirlenmiştir. Yıllık olarak hayatını kaybeden hükümlü ve tutukluların sayısı incelendiğinde, iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarının % 80 den fazlasında ölüm olmadığı, ancak 2000 yılı ile 2007 arasındaki süre incelendiğinde iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarının % 42 sinden fazlasında hükümlü ve tutukluların hayatını kaybetmediği anlaşılmıştır.

¹ Eric Blaauw and Hjalmar J.C. Van Marle, *Mental health in prisons*, s. 133., Health in prisons, WHO guide to the essentials in prison health, çeviren Vehbi Kadri Kamer,

² Kamer, Vehbi Kadri, Yeni Dünyaya Bakış-Sivil toplum Sistemi, *Sesleniş Gazetesi*, 15 Temmuz 2010, s. 14.

³ Bu yazı Temmuz 2010 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri Adalet İstatistikleri Bürosu tarafından yayımlanan Özel Rapor - *Mortality in Local Jails, 2000-2007*, Margaret Noonan, Vehbi Kadri Kamer tarafından tercüme edilmiştir. <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/mlj07.pdf>, Erişim 05.02.2011.

2000 yılında 905 olan ölen hükümlü ve tutuklu sayısı her yıl artış göstererek 2007'de 1.103'e ulaşmıştır. Aynı süre içinde % 31 olan günlük hükümlü ve tutuklu artış oranı % 22 olan hükümlü ve tutukların ölüm oranını geride bırakmıştır. Bunun sonucu olarak 2000-2007 yılları arası 100.000 hükümlü ve tutuklu içindeki ölüm oranı 152'den 141'e düşmüştür.

Aşağıdaki tabloda; 2000-2007 yılları arasında iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarında meydana gelen ölüm olaylarının sayısı, 100.000 hükümlü ve tutuklu içindeki oranı ve ölüm nedeni gösterilmiştir.

2000-2007 Yılları Arasında Meydana Gelen Ölüm Olaylarının Sayısı, 100.000 Hükümlü ve Tutuklu İçindeki Oranı ve Ölüm Nedeni			
	Sayı	Oran	100.000 Mahkumdaki Oranı
TOPLAM	8,110	% 100	145
İntihar	2,363	% 29	42
Hastalık	4,288	% 53	77
Kalp Rahatsızlığı	1,789	% 22	32
AIDS	410	% 5	7
Kanser	273	% 3	5
Akciğer Rahatsızlığı	234	% 3	4
Diğer Hastalıklar	1,582	% 20	28
İlaç ve Alkol Zehirlenmesi	567	% 7	10
Kaza	229	% 3	4
Öldürme	172	% 2	3
Diğer	491	% 6	8

III. İki Yıl ve Daha Kısa Süreli Hapis Cezasının Yerine Getirildiği Ceza İnfaz Kurumlarında Meydana Gelen Ölüm Sayıları

2000 yılı ile 2007 yılları arasında, 3.072 ile 2.942 iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumundan veri toplanmıştır. 2000 yılında on ceza infaz kurumundan yaklaşık dokuzunda (ceza infaz kurumlarının % 86'sında) ölüm olayı gerçekleşmez iken, 2007 yılına kadar on ceza infaz kurumundan sekizinde (ceza infaz kurumlarının % 81'inde) ölüm olayı meydana gelmemiştir. Yedi yıllık süre içinde; on ceza infaz kurumundan birinde (ceza infaz kurumlarının % 12'sinde) bir, on ceza infaz kurumundan birinde (ceza infaz kurumlarının % 5'sinde) iki veya daha fazla ölüm olayı meydana gelmiştir. Ayrıca ceza infaz kurumlarının %2'sinde üç veya daha fazla ölüm olayı gerçekleşmiştir.

Aşağıdaki tabloda 2000-2007 yılları arasında iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarındaki meydana gelen ölüm olaylarının sayısı ile ceza infaz kurumlarının sayısı arasındaki ilişki gösterilmiştir.

Yıl	Araştırma Yapılan İki Yıl ve Daha Kısa Süreli Hapis Cezasının Yerine Getirildiği Ceza İnfaz Kurumu Sayısı	Ölüm Gerçekleşmeyen Ceza İnfaz Kurumlarının		Bir Ölüm Gerçekleşen Ceza İnfaz Kurumlarının		İki veya Daha Fazla Ölüm Gerçekleşen Ceza İnfaz Kurumlarının	
		Sayısı	Oranı	Sayısı	Oranı	Sayısı	Oranı
2000	3.072	2.631	% 86	293	% 10	148	% 5
2001	3.052	2.562	% 84	334	% 11	156	% 5
2002	3.036	2.543	% 84	339	% 11	154	% 5
2003	3.019	2.496	% 83	363	% 12	159	% 5
2004	3.003	2.477	% 82	372	% 12	154	% 5
2005	2.977	2.447	% 82	368	% 12	162	% 5
2006	2.946	2.395	% 81	380	% 13	171	%6
2007	2.924	2.378	% 81	363	% 12	183	% 6
2000-2007 Arası Oran	3.004	2.491	% 83	352	% 12	161	% 5

IV. İki Yıl ve Daha Kısa Süreli Hapis Cezasının Yerine Getirildiği Ceza İnfaz Kurumlarındaki Hükümlü ve Tutukluların Ölüm Nedeni

İntihar, % 29 oranla iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumundaki en önde gelen ölüm nedeni olup bunu, % 22 ile kalp hastalıkları, % 7 ile zehirlenme ve % 2 ile AIDS izlemektedir. Diğer ölüm nedenleri; % 3 kaza ve % 2 adam öldürme olup bunlar toplam ölüm nedenlerinin % 5'ini oluşturmaktadır.

2000-2007 yılları arasında ceza infaz kurumlarındaki ölüm nedenleri toplu olarak değerlendirildiğinde; kalp hastalıkları, AIDS, kanser ve akciğer hastalıkları gibi herhangi bir hastalıktan dolayı meydana gelen ölümler toplam ölümlerin % 53'ünü oluşturmaktadır.

1980'li yıllardan itibaren intihar, iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarında en önemli ölüm nedeni olmuştur. 1983 yılında bu kurumlarda cezaları infaz edilen 100.000 hükümlü ve tutukludaki intihar oranı 129 iken, on yıl sonra bu oran 54'e düşmüştür. 2000-2007 yılları arasında 100.000 hükümlü ve tutukludaki intihar oranı 49'dan 36'ya inmiştir.

İntiharın yanında başlıca diğer bir ölüm nedeni AIDS olup, bu ölüm nedeni ile hayatını kaybedenlerin sayısında yıllar içinde azalma olmuştur. Sekiz yıllık süre içinde AIDS nedeni ile hayatını kaybedenlerin sayısında % 50 oranında bir azalma görülmüş ve 100.000 hükümlü ve tutukludaki ölüm oranı 10'dan 5'e düşmüştür.

2000-2007 yılları arasında meydana gelen kaza nedeniyle meydana gelen ölümler (100.000 hükümlü ve tutukludaki oranı 4) ve adam öldürme oranı (100.000 hükümlü ve tutukludaki oranı 5) göreceli olarak sabit kalmıştır.

2000-2007 yılları arasında iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarında ellinin üzerinde ayrı tıbbi durum nedeniyle hükümlü ve tutukluların ölümü meydana gelmiştir. Ellinin üzerinde ayrı tıbbi durumun on tanesi ölümlerin % 77'sini oluşturmaktadır. Hastalık nedeniyle ölümlerin % 42'sini oluşturan kalp rahatsızlıkları, hastalık nedeniyle meydana gelen ölümlerin en önemli nedenini oluşturmakta ve diğer hastalık nedenlerine nazaran üç kez daha fazla ölüm meydana getirmektedir. Yukarıda belirtilen

tarihler arasında Kalp hastalıkları ve AIDS yanında hiçbir tıbbi neden ceza infaz kurumlarında meydana gelen ölümlerin % 5'inden fazlasını oluşturmamaktadır.

Hükümlü ve tutukluların % 53'ü AIDS dahil herhangi bir hastalıktan hayatını kaybetmiştir. Bu hastalıklar arasında kalp rahatsızlığı ilk sırada yer almakta olup ölümlerin % 42'si bu hastalıktan meydana gelmiştir.

Aşağıdaki tabloda; 2000-2007 yılları arasında iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarında meydana gelen ölüm olaylarının nedenleri ve 100.000 hükümlü ve tutuklu içindeki oranları birlikte gösterilmiştir.

	2000-2007 Yılları Arasında Ceza İnfaz Kurumlarında Meydana Gelen Ölüm Nedenleri ve 100.000 Hükümlü ve Tutuklu İçindeki Oranları							
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
TOPLAM	152	149	146	145	144	138	143	141
İntihar	48	49	47	43	42	38	36	36
Hastalık	87	77	76	74	75	67	79	78
Kalp Rahatsızlığı	33	34	33	35	32	27	32	30
AIDS	10	9	8	7	5	5	7	5
Kanser	5	4	6	5	4	5	5	5
Akciğer Rahatsızlığı	4	4	4	4	4	4	3	5
Diğer Hastalıklar	35	25	26	22	27	26	31	32
İlaç ve Alkol Zehirlenmesi	6	9	8	13	11	11	11	10
Kaza	4	6	6	4	4	3	4	2
Öldürme	3	3	3	2	4	4	5	3
Diğer	3	5	6	9	8	17	7	12

V. İki Yıl ve Daha Kısa Süreli Hapis Cezasının Yerine Getirildiği Ceza İnfaz Kurumlarındaki Meydana Gelen Ölümün Zamanı

Ceza infaz kurumlarında meydana gelen ölümlerin % 24'ü hükümlü veya tutuklunun kuruma kabulünden sonraki iki gün içinde gerçekleşmektedir. Ayrıca ölümlerin; %38'den fazlası yedi gün ve % 56'dan fazlası otuz gün içinde görülmektedir.

İlk bir ay içinde ceza infaz kurumlarında meydana gelen ölümlerin nedenleri çeşitli olduğu belirlenmiştir. En önde gelen ölüm nedenlerini; % 64 ile intihar, % 80 ile zehirlenme ve % 62 ile kaza oluşturmaktadır. Hastalık nedeniyle ölümler; uzun süreli hapis cezalarında görülmekte olup, bu ölümlerin % 36'sını kanser, %5'ini AIDS bağlantılı ölümler meydana getirmektedir.

Aşağıdaki tabloda; 2000-2007 yılları arasında iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarında meydana gelen ölüm olaylarının hükümlü ve tutuklunun ceza infaz kurumuna alındıktan sonra meydana geldiği zaman gösterilmiştir.

2000-2007 Yılları Arasında Getirildiği Ceza İnfaz Kurumlarında Meydana Gelen Ölüm Olaylarının Hükümlü ve Tutuklunun Ceza İnfaz Kurumuna Alındıktan Sonra Meydana Geldiği Zaman											
Süre	Oran	Bütün Nedenler	İntihar	Hastalık	Kalp Hastalığı	AIDS	Kanser	Karaciğer hastalıkları	ilaç ve Alkol Zehirlenmesi	Kaza	Adam Öldürme
7 gün ve daha az	% 62	%38	% 47	% 27	% 32	% 7	% 4	% 24	% 74	% 51	% 27
8-30 gün	% 18	% 18	% 16	% 21	% 21	% 20	% 12	% 18	% 7	% 11	% 25
31-60 gün	% 6	%11	% 11	% 13	% 13	% 13	% 14	% 16	% 3	% 8	% 10
61-120 gün	% 6	% 13	% 11	% 15	% 13	% 23	% 18	% 18	% 5	% 10	% 16
121-180 gün	% 3	% 7	% 5	% 9	% 8	% 16	% 16	% 9	% 3	% 5	% 8
180 günden fazla	%4	% 13	% 10	% 15	% 13	%21	% 36	% 16	% 8	% 15	% 14

VI. İki Yıl ve Daha Kısa Süreli Hapis Cezasının Yerine Getirildiği Ceza İnfaz Kurumlarındaki İntihar Oranı ile Ceza İnfaz Kurumu Personeline İntiharını Önleme Konusunda Verilen Eğitim Arasındaki İlişki

Küçük ceza infaz kurumlarındaki intihar oranları yüksek olup 100.000 hükümlü ve tutukludaki oranı 169'dur. Buna karşılık 50 büyük ceza infaz kurumundaki intihar oranları düşük olup 100.000 hükümlü ve tutukludaki oranı 27'dir.

Büyük ceza infaz kurumundaki intihar oranlarının düşük olması, bu ceza infaz kurumlarında intihara karşı çeşitli önlemler alınmasından kaynaklanmaktadır. 1999 yılı İstatistik Bürosunun verilerine göre; 50 ve daha az hükümlü ve tutuklu barındıran ceza infaz kurumlarının % 54'ünde personele intiharı önleme konusunda eğitim verildiği belirlenmiş, buna karşılık bu oranın büyük ceza infaz kurumlarında % 98 olarak gerçekleşmiştir.

Küçük ceza infaz kurumlarının % 41'inde hükümlü danışma ve psikiyatri servisi hizmet verirken, büyük ceza infaz kurumlarının % 90'ının da bu hizmet sağlanmaktadır.

Aşağıdaki tabloda; 2000-2007 yılları arasında iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarında ceza infaz kurumunun mevcudu ile intiharı önleme konusunda personele verilen eğitim ve hükümlü danışma ve psikiyatri servisi oranları göstermektedir.

2000-2007 Yılları Arasında Ceza İnfaz Kurumunun Mevcudu ile İntiharı Önleme Konusunda Personele Verilen Eğitim ve Hükümlü Danışma ve Psikiyatri Servisi Oranları					
	50 den az mevcudu	50 ile 99 arasında mevcudu	100 ile 499 arasında mevcudu	500 ile 999 arasında mevcudu	1.000 veya daha fazla mevcudu
Personele intiharı önleme eğitimi verilen ceza infaz kurumu oranı					
Evet	% 54.4	% 65.2	% 76.5	% 88.4	% 90.8
Hayır	% 37.4	% 26.4	% 18.3	% 7.2	% 8.3
Bilinmiyor	% 8.2	% 8.3	% 5.3	% 4.3	% 0.8
Danışmanlık					
Evet	% 41 .1	% 62.1	% 74.2	% 89.9	% 93.3

Hayır	% 50.6	% 29.6	% 20.5	% 5.8	% 5.8
Bilinmiyor	% 8.2	% 8.3	% 5.3	% 4.3	% 0.8

VII. İki Yıl ve Daha Kısa Süreli Hapis Cezasının Yerine Getirildiği Ceza İnfaz Kurumlarındaki Ölüm Oranı ile Kurum Kapasitesi Arasındaki İlişki

Küçük ceza infaz kurumlarındaki intihar oranları, büyük ceza infaz kurumlarından daha yüksektir. 2005 yılı İstatistik Bürosu'nun verilerine göre; günlük hükümlü ve tutuklu mevcudu 1.000 veya daha fazla olan ceza infaz kurumları büyük ceza infaz kurumu olarak değerlendirilmekte ve bu kurumlar Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarının % 6'sını oluşturmaktadır. 2007 yılında bu ceza infaz kurumlarında toplam hükümlü ve tutukluların % 52'si barındırılmıştır. İki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarının % 50'sinin günlük ortalama mevcudu 50 olup, 2007 yılı itibariyle bu ceza infaz kurumlarında toplam hükümlü ve tutukluların % 3'ü barındırılmıştır.

Ceza infaz kurumlarındaki ölüm oranları ile kurum mevcudu ilişkisi değerlendirildiğinde; 50 den az mevcudu bulunan ceza infaz kurumlarındaki ölüm oranının yüksek olduğu ve kurum mevcudunun artması ile intihar oranının düştüğü görülmektedir.

100 ile 499 mevcudu bulunan orta büyüklükteki ceza infaz kurumlarındaki ölüm oranı 100.000 hükümlü ve tutukluda 113 ve 115 ile en düşük seviyededir.

Ceza infaz kurumları içinde 500'den fazla mevcudu bulunan büyük ceza infaz kurumlarında; AIDS, kanser ve karaciğer gibi hastalıklar nedeniyle ölüm oranı en yüksektir.

50 den az mevcudu bulunan ceza infaz kurumlarında zehirlenme oranı (100.000 hükümlü ve tutukluda 31) 50 büyük ceza infaz kurumundan (100.000 hükümlü ve tutukluda 8) üç kat daha fazladır. Ayrıca, küçük ceza infaz kurumlarında; kaza ile ölüm oranı (100.000 hükümlü ve tutukluda 11) ile bilinmeyen bir nedenden dolayı ölüm oranı (100.000 hükümlü ve tutukluda 13) en yüksek seviyededir.

Bununla beraber 50 büyük ceza infaz kurumunda adam öldürme nedeniyle ölüm oranı (100.000 hükümlü ve tutukluda 6) küçük ceza infaz kurumlarından (100.000 hükümlü ve tutukluda 1) fazladır.

Aşağıdaki tabloda; 2000-2007 yılları arasında iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarında; ceza infaz kurumunun büyüklüğü ile ceza infaz kurumlarında meydana gelen ölüm nedeni ve 100.000 hükümlü ve tutukludaki oranı arasındaki ilişki göstermektedir.

2000-2007 Yılları Arasında Meydana Gelen Ölüm Olaylarında Ceza İnfaz Kurumunun Büyüklüğü ile Ceza İnfaz Kurumlarında Meydana Gelen Ölüm Nedeni ve 100.000 Hükümlü ve Tutukludaki Oranı Arasındaki İlişki											
Ceza İnfaz Kurumunun Büyüklüğü	Yıllık Ölüm Oranı 2000-2007	İntihar	Kalp Rahatsızlığı	AIDS	Kanser	Karaciğer Rahatsızlığı	Diğer Hastalıklar	İlaç/Alkol Zehirlenmesi	Kaza	Adam Öldürme	Diğer
Bütün Ceza İnfaz Kurumları	145	42	32	8	5	4	28	10	4	3	8
50 den Az Mevcudu Olanlar	284	169	34	1	1	2	22	31	11	1	13
Mevcudu 50 ile 99 Arası	159	70	34	1	1	3	18	17	6	2	8
Mevcudu 100 ile 249 Arası	115	49	22	1	1	1	16	12	3	2	7
Mevcudu 250 ile 499 Arası	113	44	25	1	2	3	19	10	3	1	6
Mevcudu 500 ile 999 Arası	119	37	28	4	4	3	22	7	3	2	8
1,000 veya daha fazla (50 büyük cezaevi hariç)	137	32	32	11	5	5	28	9	4	2	9
50 büyük cezaevi	170	27	41	15	10	7	44	8	5	6	10

Küçük ceza infaz kurumlarındaki yüksek ölüm oranına rağmen bu ceza infaz kurumları bütün ceza infaz kurumlarında meydana gelen ölümlerin küçük bir oranına (% 7) sahiptir.

2000-2007 yılları arasında en az 1000 hükümlü ve tutuklu mevcuduna sahip ceza infaz kurumlarında 4.251 (% 52) ölüm olayı meydana gelmiştir. Bu süre içinde 2002 yılı içinde bir ceza infaz kurumları dışında 500'den az mevcudu bulunan ceza infaz kurumlarında üçten fazla ölüm olayı meydana gelmiştir.

Aşağıdaki tabloda; 2000-2007 yılları arasında iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarında; ceza infaz kurumunun büyüklüğü ile ceza infaz kurumlarında meydana gelen ölüm nedeni ve sayısı ilişkisi göstermektedir.

2000-2007 Yılları Arasında Meydana Gelen Ölüm Olaylarında Ceza İnfaz Kurumunun Büyüklüğü ile Ceza İnfaz Kurumlarında Meydana Gelen Ölüm Nedeni ve 100.000 Hükümlü ve Tutukludaki Sayısı Arasındaki İlişki											
Ceza İnfaz Kurumunun Büyüklüğü	2000-2007 Toplam Ölüm Sayısı	İntihar	Kalp Rahatsızlığı	AIDS	Kanser	Karaciğer Rahatsızlığı	Diğer Hastalıklar	İlaç ve Alkol Zehirlenmesi	Kaza	Adam Öldürme	Diğer
Bütün Ölümler	8,110	2,363	1,789	410	273	234	1582	567	229	172	491
50 den Az Mevcudu Olanlar	560	335	67	2	2	5	42	60	21	2	24
Mevcudu 50 ile 99 Arası	512	225	108	2	2	8	60	54	19	8	26
Mevcudu 100 ile 249 Arası	853	361	162	11	9	8	121	88	25	13	55
Mevcudu 250 ile 499 Arası	872	334	194	11	17	23	145	74	22	6	46
Mevcudu 500 ile 999 Arası	1.060	335	250	33	32	31	192	65	28	21	73
1,000 veya daha fazla (50 büyük cezaevi hariç)	1.400	324	329	104	49	50	286	96	37	24	101
50 büyük cezaevi	2.851	448	678	247	162	109	736	130	77	98	166

VIII. Ceza İnfaz Kurumlarında Meydana Gelen Ölüm Oranı İki Yıl ve Daha Kısa Süreli Hapis Cezasının Yerine Getirildiği Ceza İnfaz Kurumları ile Eyalet Ceza İnfaz Kurumlarında Farkı

İki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarında meydana gelen ölüm olaylarının sayısı, oranı ve çeşidi eyalet ceza infaz kurumlarından farklı gerçekleşmiştir.

Öncelikle eyalet ceza infaz kurumlarında meydana gelen ölüm oranı (100.000 hükümlü ve tutukluda 251) 1.7 kez, iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarında meydana gelen ölüm olaylarından (100.000 hükümlü ve tutukluda 143) yüksektir.

Kalp hastalıklarından ölenlerin oranı; eyalet ceza infaz kurumlarında % 27 iken iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarında % 22 olup, kalp hastalıkları toplam ölümlerin üçte birini oluşturmaktadır. 100.000 hükümlü ve tutukludaki kalp hastalıkları nedeniyle ölüm oranı eyalet ceza infaz kurumlarında 69 iken bu oran iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarında 32'dir.

Eyalet ceza infaz kurumlarında kanserden toplam ölümlerin üçte birini oluşturup ölenlerin oranı % 23 iken iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarında kanserden ölüm oranı % 3'dür. 100.000 hükümlü ve tutukludaki kanser nedeniyle ölüm oranı eyalet ceza infaz kurumlarında 58 olup bu oran iken iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarında 12 kat fazladır. Bu kurumlarda 100.000 hükümlü ve tutukludaki kanserden ölüm oranı 5'dir.

Aşağıdaki tabloda; 2000-2007 yılları arasında eyalet ceza infaz kurumları ile iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarındaki ölen hükümlü ve tutuklu sayısı, 100.000 hükümlü ve tutukludaki oranı ile ölüm nedeni göstermektedir.

2000-2007 Yılları Arasında Eyalet Ceza İnfaz Kurumları ile İki Yıl ve Daha Kısa Süreli Hapis Cezasının Yerine Getirildiği Ceza İnfaz Kurumlarındaki Ölen Hükümlü ve Tutuklu Sayısı, 100.000 Hükümlü ve Tutukludaki Oranı ile Ölüm Nedeni				
Bütün Ölüm Nedenleri	2001-2007 Yılları Arasında Eyalet Cezaevlerinde Ölenlerin Sayısı	2001-2007 Yılları Arasında Eyalet Cezaevlerinde Ölenlerin 100.000 İçinde Oranı	2001-2007 Yılları Arasında İki Yıl ve Daha Kısa Süreli Hapis Cezasının Yerine Getirildiği Ceza İnfaz Kurumlarında Ölenlerin Sayısı	2001-2007 Yılları Arasında İki Yıl ve Daha Kısa Süreli Hapis Cezasının Yerine Getirildiği Ceza İnfaz Kurumlarında Ölenlerin 100.000 İçinde Oranı
Toplam	21,936	251	7,205	143
Hastalıklar	19,467	223	3,771	75
Kalp Hastalıkları	5,995	69	1,592	32
Kanser	5,098	58	242	5
AIDS	1,274	15	352	7
Bütün karaciğer Hastalıkları	2,227	26	210	4
Diğer Hastalıklar	4,874	56	1,375	27
İntihar	1,386	16	2,074	42
Adam Öldürme	356	4	155	3
İlaç/Alkol Zehirlenmesi	254	3	530	10
Kaza	208	2	204	4
Diğer	265	3	471	9

IX. İki Yıl ve Daha Kısa Süreli Hapis Cezasının Yerine Getirildiği Ceza İnfaz Kurumlarında Meydana Gelen Erkek Ölümleri ile Bayan Ölümleri Arasındaki Fark

Ceza infaz kurumlarında erkek ölümleri kadın ölümlerinden fazladır. 100.000 hükümlü ve tutukludaki erkek ölüm oranı 146 olup, 100.000 hükümlü ve tutukludaki bayan ölüm oranı 136'dır.

Erkeklerin (100.000 hükümlü ve tutukludaki bayan ölüm oranı 33) kalp hastalıkları nedeniyle ölüm oranı, kadınların (100.000 hükümlü ve tutukludaki bayan ölüm oranı 25) kalp hastalıkları nedeniyle ölüm oranından 1.3 kat daha fazladır. Bununla beraber kadınların diğer hastalıklar nedeniyle ölüm oranı, erkeklerin diğer hastalıkları nedeniyle ölüm oranından 1.4 kat daha yüksektir.

Erkeklerin intihar nedeniyle ölüm oranı(100.000 hükümlü ve tutukludaki bayan ölüm oranı 44), kadınların intihar nedeniyle ölüm oranından(100.000 hükümlü ve tutukludaki bayan ölüm oranı 28) 1.6 kat daha fazladır. Ayrıca erkeklerin kadınlara nazaran zehirlenme oranı yarı yarıya az gerçekleşmektedir. Bu oran 100.000 hükümlü ve tutukludaki erkeklerdeki ölüm oranı dokuz, bayanlarda on yedidir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarında yaşlı hükümlü ve tutuklu sayısı az olmasına rağmen yaşın yükselmesi ile ölüm oranı artmaktadır. 55 ve daha yaşlı hükümlü ve tutuklu oranı, toplam hükümlü ve tutuklu oranının % 2'sini oluşturmasına rağmen bu yaş grubundaki ölümler toplam ölümlerin % 14'ünü meydana getirmektedir.

Başka bir açıdan bu oranlara baktığımızda; 55 ve daha yaşlı hükümlü ve tutuklulardaki ölüm oranı (100.000 hükümlü ve tutukludaki oranı 892), 45-54 yaş grubundaki hükümlü ve tutuklulardaki ölüm oranından(100.000 hükümlü ve tutukludaki oranı 383) iki kat, 25-34 yaş grubundaki hükümlü ve tutuklulardaki (ölüm oranından 100.000 hükümlü ve tutukludaki oranı 88) on kat daha fazladır.

55 ve daha yaşlı hükümlü ve tutuklulardaki AIDS ve zehirlenme nedeniyle ölüm oranı bütün yaş grupları içinde değerlendirildiğinde yüksek orana sahip olmadığı görülmektedir.

45 ve daha yaşlı hükümlü ve tutuklulardaki (100.000 hükümlü ve tutukludaki oranı 474) ölüm oranı, genç hükümlü ve tutuklulardaki (100.000 hükümlü ve tutukludaki oranı 98) ölüm oranından beş daha fazladır.

Bütün yaş grupları içinde karşılaştırma yapıldığında, içinde intihar nedeniyle ölüm, 45 yaşın altında bulunan hükümlü ve tutuklularda en önemli ölüm nedenidir. Yaşlı hükümlü ve tutuklularda hastalık

nedeniyle ölüm dokuz kat daha fazladır. Özellikle yaşlı hükümlü ve tutuklular 45 yaşından daha genç hükümlü ve tutuklulara nazaran on bir kat daha fazla kalp rahatsızlığı nedeniyle ölüm oranına on dokuz kat daha fazla kanser nedeniyle ölüm oranına sahiptir.

Aşağıdaki tabloda; 2000-2007 yılları arasında iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarındaki ölen hükümlü ve tutukluların cinsiyet, suç ve yaşlarına göre dağılımı gösterilmektedir.

2000-2007 Yılları Arasında İki Yıl ve Daha Kısa Süreli Hapis Cezasının Yerine Getirildiği Ceza İnfaz Kurumlarındaki Ölen Hükümlü ve Tutukluların Cinsiyet ve Yaşlarına Göre Dağılımı			
Karakteristik Özellikler	Yüzde Olarak Mevcud	Yüzde Olarak Ölüm Oranı	Ortalama Yıllık Ölüm Oranı
Toplam	%100	% 100	% 145
Cinsiyet			
Erkek	% 88	% 88	% 146
Bayan	% 12	% 12	% 136
Yaş			
18 altında	% 2	% 1	% 49
18-24	% 28	% 10	% 52
25-34	% 32	% 20	% 88
35-44	% 26	% 29	% 163
45-54	% 10	% 27	% 383
55 ve daha yaşlı	% 2	% 14	% 892
Hukuki Konumu			
Hükümlü	% 40	% 24	% 83
Tutuklu	% 60	% 76	% 176
Suçu			
Şiddet	% 25	% 35	% 226
Mala Karşı Suçlar	% 24	% 19	% 106
Uyuşturucu	% 25	% 18	% 107
Kamu Düzenine Karşı Suçlar	% 25	% 28	% 190

X. İki Yıl ve Daha Kısa Süreli Hapis Cezasının Yerine Getirildiği Ceza İnfaz Kurumlarında Şiddet Suçundan Hükümlü ve Tutuklu Bulunanların Ölüm Oranı ve Nedenleri

Ceza infaz kurumlarında genel olarak şiddet suçundan hükümlü ve tutuklu olarak bulunanlar (100.000 hükümlü ve tutukluda 191) ile kamuya karşı suç işleyenlerin (100.000 hükümlü ve tutukluda 185) ölüm oranı diğer suçlardan hükümlü ve tutuklu olanların ölüm oranlarından fazladır.

Şiddet suçundan hükümlü ve tutuklu olarak bulunanlar (100.000 hükümlü ve tutukluda 80) ile kamuya karşı suç işleyenler (100.000 hükümlü ve tutukluda 68) ceza infaz kurumlarında intihara en fazla yatkın olduğu belirlenmiştir. Özellikle insan öldürme, ırza geçme ve insan kaçırma suçlarından (sırasıyla 100.000 hükümlü ve tutukludaki oranları 200, 197 ve 195) hükümlü ve tutuklu olanlar en yüksek intihar oranına sahiptir.

Benzer şekilde, şiddet suçlarından hükümlü ve tutuklu olanlar kanser ve ceza infaz kurumunda öldürülme oranları bakımından en yüksek orana sahiptir. Bunlar arasında insan öldürme ve insan kaçırma suçlarından hükümlü ve tutuklu olanlar ceza infaz kurumunda yüksek öldürülme oranına (100.000 hükümlü ve tutukluda 13) sahiptir.

Mala karşı suç işleyenler ile uyuşturucu suçu işleyenler (100.000 hükümlü ve tutukluda 106) en düşük ölüm oranına sahiptir. Uyuşturucu suçlarından hükümlü ve tutuklu olanlar intihar (100.000 hükümlü ve tutukluda 22) ve ceza infaz kurumunda öldürülme (100.000 hükümlü ve tutukluda 1) oranları bakımından en düşük orana sahiptir.

Kamu düzenine karşı suç işleyenler ikinci en yüksek ölüm oranına (100.000 hükümlü ve tutukluda 185) sahip olmasına rağmen birçok suç grubu içinde ölüm oranı olarak düşük gerçekleşmektedir. Kamu düzenine karşı suç işleyenler içinde ölüm oranı denetimli serbestlik kurallarını ihlal edenlerde yüksek olup 100.000 hükümlü ve tutukluda 432, kanuna aykırı silah bulunduranlarda düşük 100.000 hükümlü ve tutukluda 61 olarak gerçekleşmiştir.

Aşağıdaki tabloda; 2000-2007 yılları arasında iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarındaki ölen şiddet suçundan hükümlü ve tutukluların ölüm nedeni ve 100.000 hükümlü ve tutukludaki oranı gösterilmektedir.

2000-2007 Yılları Arasında Ceza İnfaz Kurumlarındaki Ölen Şiddet Suçundan Hükümlü Ve Tutukluların Ölüm Nedeni ve 100.000 Hükümlü ve Tutukludaki Oranı												
	Bütün Nedenler	İntihar	Kalp Rahatsızlığı	AIDS	Kanser	Karaciğer rahatsızlığı	Diğer hastalıklar	Alkol/ilâç Zehirlenmesi	Kaza	İnsan Öldürme	Diğer	
Bütün Suçlar	145	42	32	7	5	4	28	10	4	3	8	
Şiddet Suçları	191	80	35	8	9	4	31	7	3	5	10	
İnsan Öldürme	405	200	65	15	24	9	47	10	6	13	17	
İnsan Kaçırma	284	195	31	0	5	0	23	0	3	13	15	
İrza Geçme	394	197	67	18	21	3	47	8	3	3	26	
Diğer Cinsel Saldırıları	243	90	57	5	25	4	43	3	1	2	12	
Hırsızlık	101	40	19	9	4	1	13	2	3	4	6	
Saldırı	158	56	30	7	4	5	29	11	3	4	9	
Mal Aleyhine Suçlar	106	30	21	9	3	3	23	6	3	2	6	
Evden Hırsızlık	112	38	17	13	4	2	21	5	2	2	7	
Hırsızlık	138	34	33	10	4	5	31	7	3	3	8	
Araçtan Hırsızlık	44232	14	7	4	1	0	8	7	1	3	0	
Sahtecilik	66	19	13	6	1	2	14	4	2	1	5	
Eşya Çalmak	44	19	8	0	3	1	10	1	0	1	1	
Uyuşturucu	106	22	23	7	3	4	25	12	3	1	5	
Uyuşturucu Bulundurma	162	29	34	11	6	5	40	22	4	2	8	
Uyuşturucu Ticareti	49	9	12	4	2	2	12	4	2	0	2	
Kamu Düzenine Karşı Suçlar	185	68	42	5	4	5	28	13	7	3	10	
Silah Taşıma	61	20	16	2	1	2	6	4	4	2	5	
Adaleti Engelleme	145	39	41	2	3	6	26	8	6	5	10	
Denetimli Serbestliğin İhlali	432	94	114	22	14	10	99	23	16	10	31	

XI. Amerika Birleşik Devletleri'nde Meydana Gelen Ölüm Oranları ile Ceza İnfaz Kurumlarında Meydana Gelen Ölüm Oranlarının Ölüm Oranın Karşılaştırılması

Ceza infaz kurumlarında meydana gelen ölüm oranları, Amerika Birleşik Devletleri'nde meydana gelen ölüm oranlarından yaygınlık ve başlıca görülen ölüm nedenleri bakımından farklılık göstermektedir.

2000-2006 yılları arasında Amerika Birleşik Devletleri'nde meydana gelen ölüm oranlarında kalp rahatsızlıkları en önde meydana gelen ölüm nedeni olup, intihar onuncu sırada yer alan ölüm nedenidir. Karşılaştırma yapıldığında ceza infaz kurumlarında intihar en önde meydana gelen ölüm nedeni olup kalp rahatsızlıkları bunu izlemektedir. Kalp rahatsızlığı nedeniyle gerek ceza infaz kurumlarında meydana gelen ölüm oranları gerekse Amerika Birleşik Devletleri'nde meydana gelen ölüm oranlarında yaşın ilerlemesi ile ölüm oranı artmaktadır. Her iki grup için benzer ölüm oranları 45 yaş altındakilerde görülmektedir. Ancak 45 ve üstü yaşlarda kalp rahatsızlığı nedeniyle ceza infaz kurumlarında meydana gelen ölüm oranları, Amerika Birleşik Devletleri'nde meydana gelen ölüm oranlarından fazladır.

Kanser; ceza infaz kurumlarında meydana gelen ölümlerde dördüncü sırada olup bu ölüm nedeni Amerika Birleşik Devletleri'nde meydana gelen ölümlerde ikinci sıradadır. Büyük yaş grupları içinde kanser nedeniyle ceza infaz kurumlarında meydana gelen ölümler Amerika Birleşik Devletleri'nde meydana gelen ölümlerden daha azdır. Bu konudaki en büyük farklılık 45-54 yaş grubunda görülmektedir. Bu yaş grubunda kanser nedeniyle Amerika Birleşik Devletleri'nde meydana gelen ölüm oranları (100.000 kişide 122) ceza infaz kurumlarında kanser nedeniyle meydana gelen ölüm oranlarından (100.000 hükümlü ve tutukluda 17) yedi kez daha fazladır.

Aşağıdaki tabloda; 2000-2006 yılları arasında iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarında ölen hükümlü ve tutukluların 100.000 hükümlü ve tutukludaki oranı ve ölüm nedeni ile Amerika Birleşik Devletleri'nde ölen kişilerin 100.000 kişi içindeki oranı ve ölüm nedeni gösterilmektedir.

	2000-2006 Yılları Arasında Amerika Birleşik Devletleri'nde Oturan 15-64 yaş Grubu Kişilerin 100.000 Kişi İçindeki Ölüm Oranı						2000-2006 Yılları Ceza İnfaz Kurumlarında Bulunan Hükümlü ve Tutukluların 100.000 Kişi İçindeki Ölüm Oranı					
	Toplam	15-24	25-34	35-44	45-54	55-64	Toplam	15-24	25-34	35-44	45-54	55-64
Toplam	835	81	104	198	429	937	145	53	90	165	379	731
Kalp Rahatsızlıkları	233	3	8	30	92	232	32	3	10	33	112	287
Tümör	191	4	9	35	122	346	5	0	1	3	7	66
Beyin İle İlgili rahatsızlıklar	53	0.5	1	5	15	37	3	0	1	3	10	21
Kronik Düşük Seviyeli Solunum Rahatsızlıkları	43	0.5	1	2	9	43	1	0	1	2	3	7
Kazalar	38	37	32	37	39	32	4	2	3	5	10	13
Alzheimer	21	*	*	*	0	2	0	0	0	0	0	0
Zatüre	22	0	1	2	5	11	2	0	1	1	6	10
Böbrek İltihabı	14	0	1	2	5	13	1	0	0	1	1	7
İntihar	11	10	13	15	16	13	43	32	42	50	55	70
Kan Zehirlenmesi	11	0	1	2	5	13	2	0	0	2	6	9
Siroz	9	-	1	7	18	23	4	0	0	2	11	14
Yüksek Tansiyon	7	-	0	1	3	6	0	0	0	0	1	3
Parkinson	6	-	-	-	0	1	0	0	0	0	0	0

Aşağıdaki tabloda; 2000-2006 yılları arasında en fazla karşılaşılan ölüm nedeninin iki yıl ve daha kısa süreli hapis cezasının yerine getirildiği ceza infaz kurumlarında ölen hükümlü ve tutukluların 100.000 hükümlü ve tutukludaki oranı ve ölüm nedeni ile Amerika Birleşik Devletleri'nde ölen kişilerin 100.000 kişi içindeki oranı ve ölüm nedeni gösterilmektedir.

2000- 2006 Yılları Arasında Yaş Gruplarına Göre Ceza İnfaz Kurumlarında En Fazla Görülen On Ölüm Nedeni												
Ölüm Nedenleri	Amerika Birleşik Devletleri'nde Yaş Gruplarına Göre 100.000 Kişi İçindeki Ölüm Oranları						Ceza İnfaz Kurumlarında Yaş Gruplarına Göre 100.000 Kişi İçindeki Ölüm Oranları					
	Toplam	15-24	25-34	35-44	45-54	55-64	Toplam	15-24	25-34	35-44	45-54	55-64
Bütün Nedenler	835	81	104	198	429	937	145	53	90	165	379	731
Hastalıklar	52	4	17	58	185	422
Kalp Rahatsızlıkları	233	3	8	30	92	232	32	3	10	34	115	292
AIDS	50		4	12	11	5	8	1	5	13	21	19
Kanser	191	4	9	35	122	343	5	0	1	3	17	66
Karaciğer Rahatsızlıkları	9	0	1	7	18	23	4	0	0	5	22	24
Beyin Rahatsızlıkları	53	0	1	5	15	36	3	0	1	4	10	21
İntihar	11	10	13	15	16	14	43	32	42	50	55	70
İlaç/Alkol Zehirlenmesi	75		9	14	13	5	10	5	10	12	21	13
Kaza	31	32	24	24	26	28	4	2	3	5	10	13
Adam Öldürme	6	13	12	7	5	3	3	3	2	3	6	9

XII. Amerika Birleşik Devletleri'nde Meydana Gelen İntihar Oranları ile Ceza İnfaz Kurumlarında Meydana Gelen İntihar Oranın Karşılaştırılması

Ceza infaz kurumlarında meydana gelen intihar oranı, Amerika Birleşik Devletleri'nde meydana gelen intihar oranlarından üç kat daha fazladır. En büyük farklılık 55 ve daha yaşlı grupta görülmektedir. Bu yaş grubunda; ceza infaz kurumlarında meydana gelen intihar oranı (100.000 hükümlü ve tutukluda 70), Amerika Birleşik Devletleri'nde meydana gelen intihar oranlarından (100.000 hükümlü ve tutukluda 14) beş kat daha fazladır.

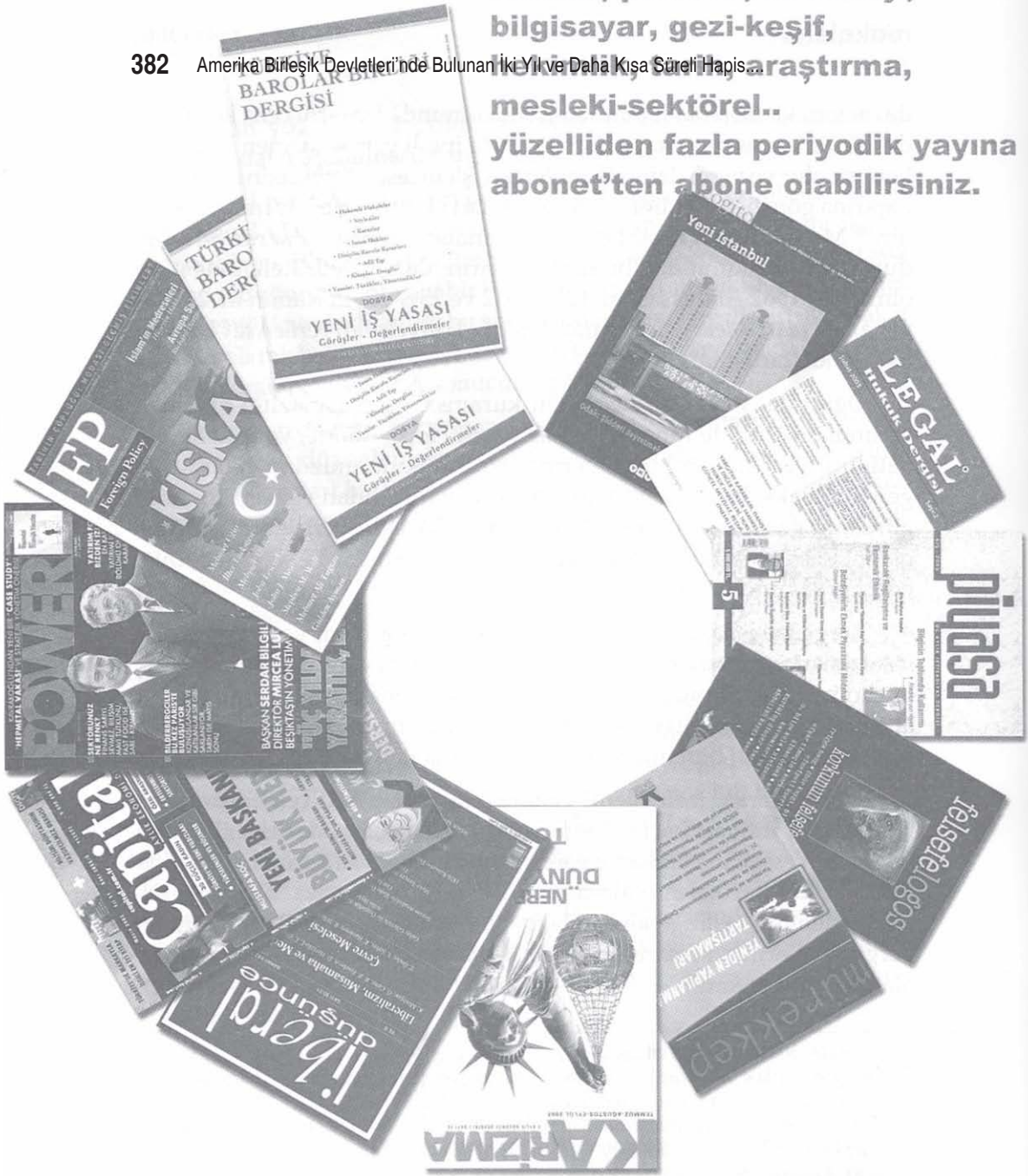
KAYNAKLAR

Blaauw, Eric and Hjalmar J.C. Van Marle, Mental health in prisons, s. 133., Health in prisons, WHO guide to the essentials in prison health, Çev. Vehbi Kadri Kamer.

Kamer, Vehbi Kadri, Yeni Dünyaya Bakış-Sivil Toplum Sistemi, *Sesleniş Gazetesi*, 15 Temmuz 2010, sayfa 14.

Noonan, Margaret, *Mortality in Local Jails, 2000-2007*, Special Report: Deaths in Custody Reporting Program, NCJ 222988, Washington, DC: United States Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, Çev. Vehbi Kadri Kamer.

felsefe, politika, teknoloji,
bilgisayar, gezi-keşif,
ekonomi, pazar araştırma,
mesleki-sektörel..
yüzeğiden fazla periyodik yayına
abonet'ten abone olabilirsiniz.



abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

abonet@abonet.net ❖ www.abonet.net

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA YAŞAM HAKKI

CRIGHT TO LIFE IN THE LIGHT OF THE CASE-LAW OF THE
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Serkan CENGİZ*

Özet: II. Dünya Savaşı sırasında insanoğlunun tecrübe etmek zorunda kaldığı hadiseler, yaşam hakkının ne kadar önemli olduğunu bir kez daha kanıtladı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, içtihatları ile Yüksek Sözleşen Devletlerin Sözleşme'nin 2. maddesi bağlamında üstlenmiş oldukları negatif ve pozitif yükümlülükleri hatırı sayılır bir şekilde geliştirdi. Çalışmanın amacı bu gelişimin özet olarak ortaya konulmasını amaçlamaktadır.

Anahtar Sözcükler: Yaşam hakkı, devletin olumlu ve olumsuz yükümlülükleri, etkin soruşturma yükümlülüğü.

Abstract: The events which human beings had to experience during World War II proved once more how important right to life is. The European Court of Human Rights which is the adjudication organ of the European Convention on Human Rights has developed substantially the negative and positive obligations undertaken by the High Contracting States under Article 2 of the Convention through its case-law. Purpose of this study is to explain in summary this development.

Keywords: Right to life, State's positive and negative obligations, obligation of effective investigation.

1. Giriş

Yaşam hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin en temel ve en önemli haklarından birisidir. Avrupa Konseyi'ni oluşturan ülkeler Konsey'in temel değerlerinden birisi olduğu gerekçesiyle "*yaşam*

* Av., İzmir Barosu.

hakkının” korunmasını öncelikli üyelik koşulu olarak görmektedirler. Mahkeme, Sözleşme’nin 2. maddesinin ne derece de önemli olduğunu *McCann ve Diğerleri / Birleşik Krallık*¹ kararında şu şekilde vurgulamıştır:

“146. Mahkeme’nin 2.maddenin yorumlanışına dair yaklaşımı, bireylerin korunması hususunda bir enstrüman olan Sözleşmenin konusunun ve amacının, Sözleşme hükümlerinin ihtiva ettiği güvenceler açısından bunların etkin ve uygulanabilir olmasını sağlayacak şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını gerektirdiği olgusu ışığında ele alınmak zorundadır (Bkz. diğerleri arasında, *Soering / Birleşik Krallık*, 7 Temmuz 1989 tarihli karar, Series A no. 161, sayfa 34, para. 87, ve *Loizidou / Türkiye* (İlk itirazlar), 13Mart 1995 tarihli karar, Seri A, no.310, sayfa 27, paragraf.72).

147. Sadece yaşama hakkını güvence altına almayan, aynı zamanda yaşam hakkından yoksun bırakmanın hangi koşullarda ve şartlarda haklı görüleceğine dair kuralları belirleyen bir hüküm olarak 2. madde, Sözleşme’deki en temel hükümlerden birisi olup savaş hallerinde dahi Sözleşme’nin 15.maddesi uyarınca herhangi bir çekinceye müsaade etmez. Sözleşme’nin 3.maddesiyle birlikte (madde 15+3), 2. madde Avrupa Konseyi’ni oluşturan demokratik toplumun en temel değerlerinden birisini güvence altına alır (Bkz. yukarıda bahsedilen *Soering* kararı, sayfa.34, paragraf.88). Dolayısıyla, maddenin ihtiva ettiği hükümlerin olabildiğince dar yorumlanması gerekmektedir.”

Avrupa İnsan Hakları Sözleşme’sinin yaşam hakkına ilişkin temel düzenlemesi şöyledir:

“Madde 2

Yaşama hakkı

1. Herkesin yaşam hakkı yasanın korunması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.

2. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma keskin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz:

a. Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için;

¹ *McCann ve Diğerleri / Birleşik Krallık*, 5 Eylül 1995 tarihli karar, Başvuru no. 17/1994/464/545, www.echr.coe.int, (Paragraf çeviri: Serkan Cengiz)

b. Usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için;

c. Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için.”²

Sözleşme'nin 2. maddesi yukarıda alıntılanan ilk haliyle, bireyin yaşamına belirli koşullar altında Devlet tarafından son verilmesini mümkün kılmaktaydı. Hal böyle olmakla birlikte Avrupa Konseyi'nin meseleye verdiği önem ve ölüm cezasının insanlık dışı bir uygulama olduğu ve çağdaş ve demokratik toplum değerleriyle uyumlu olmadığı yönlü Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde hakim olan ortak eğilimin bir sonucu olarak, yaşam hakkının resmi makamlar tarafından ortadan kaldırılmasına ilişkin bu hükümler Sözleşme'ye ek 6 nolu Protokol'le³ sadece savaş ve yakın savaş hallerine indirgenmişti. 28 Nisan 1983'de imzaya açılan 6 no.lu Protokol, onay veren ülkeler açısından 1 Mart 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, 15 Ocak 2003 tarihinde ilgili Protokolü imzalamış ve TBMM'de, 26 Haziran 2003 tarihinde 4913 sayılı onay yasasını kabul etmiştir. “11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesine Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Ek 6 Nolu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun”, 1 Temmuz 2003 tarih ve 25155 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ölüm cezasının tüm koşullarda kaldırılmasına yönelik çalışmalar devam etmiş ve en nihayetinde Avrupa Konseyi 13 nolu ek Protokol'ü⁴ 3 Mayıs 2002 tarihinde üye devletlerin imzasına açmıştır. Protokol, 1 Temmuz 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise, 9 Ocak 2004 tarihinde 13 nolu ek Protokolü imzalamıştır. TBMM, 6.10.2005 tarihinde “*İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesine Ek Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına Dair 13 No lu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanunu*”⁵ (5409 sayılı kanun) kabul etmiş ve söz konusu yasa 12.10.2005 gün ve 25964 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 13 nolu Protokol'ün yürürlüğü ile birlikte, ölüm cezasının hiçbir koşulda ve şartta uygulanmayacağı garanti altına alınmıştır.

² http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs_01.html

³ http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs_04.html

⁴ http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs_13.html

⁵ <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/24545.html>

Tüm bu ek protokoller yaşam hakkının korunması bağlamında, Sözleşme'nin 2. maddesinin oynadığı rolün önemini azaltmamıştır. 2. madde, Sözleşme'ye taraf ülkeler açısından temel bir takım yükümlülükler yaratmıştır. Konsey üyesi devletler, Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca hem pozitif hem de negatif yükümlülükler altına girmişlerdir. Bir Konsey üyesi devletin Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca üstlenmiş olduğu olumlu yükümlülük, yaşam hakkının korunması bağlamında, özellikle de yaşamı risk altında olan kişilerin korunması bağlamında, etkin ve gerekli önlemlerin almak olarak özetlenebilir. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'ye taraf devletlerin ölüm olaylarına dair etkin soruşturma yükümlülüğü altında olduğunu belirterek, olumlu (pozitif) yükümlülüğün sınırlarını içtihatları ile genişletmiştir. Keza yine 2. madde bağlamında devletin olumsuz yükümlülüğü ise egemenliği altında bulunan kişilerin hayatlarını hukuka aykırı olarak sonlandırmasıdır.

Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla bu güne kadar pek çok bireysel ve devlet başvurusu Mahkeme'ye intikal etmiştir. Mahkeme'ye intikal eden 2. maddenin ihlal edildiği yakınmasını ihtiva eden bireysel başvurular **a)** Güvenlik Güçlerince Yürütülen Operasyonlar Sırasında Meydana Gelen Ölümler (yetersiz planlama, tedbirsizlik ve dikkatsizlik, orantısız güç kullanılması ve sair), **b)** Özgürlüğünden Mahrum Bırakılan Kişilerin Devletin Kontrolü Altındayken Ölümü (işkence / intihar / orantısız güç kullanımı, kaza, diğer mahpusların saldırısı ve sair), **c)** Yaşamı Tehlike Altında Olan Kişilerin Korunması **d)** Ölümlere İlişkin Soruşturmaların Etkin Yürütülmesi Zorunluluğu ana alt başlıkları altında gruplandırılabilir.

2. Güvenlik Güçlerince Yürütülen Operasyonlar Sırasında Meydana Gelen Ölümler (Yetersiz Planlama, Tedbirsizlik ve Dikkatsizlik, Orantısız Güç Kullanılması ve Diğer Sebepler)

Güvenlik güçleri tarafından kullanılan zor/güç ve bu güç kullanımı sırasında / sonrasında meydana gelen ölüm olayları ve ölüm olaylarının soruşturulması Mahkeme tarafından sıklıkla ele alınan bir konu olagelmıştır. Türkiye'nin güney doğusunda yaşanan teröre karşı yürütülen bastırma operasyonları sırasında meydana gelen ve ölümle sonuçlanan pek çok vaka ve yine aynı şekilde Rusya'nın Çeçenistan'ı

işgali sırasında ve sonrasında meydana gelen ve güvenlik güçlerinin karışmış olduğu ve çoğu zaman sivillerin ölümüyle sonuçlanan pek çok vakaya ilişkin başvuruda Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin gerek esastan (bizzat devlet güçlerince yaşam hakkından yoksun bırakılma) gerekse de usulden (ölümlere dair etkin bir soruşturma ve kovuşturma yürütülmemesi) ihlal edildiği tespitinde bulunmuştur. Konuyla ilgili temel teşkil eden kararlardan olan *McCan ve Diğerleri / Birleşik Krallık* kararında, Mahkeme, İngiliz sömürgesi olan Cebelitarık'ta İngiliz güvenlik güçlerince öldürülen üç IRA (İrlanda Kurtuluş Ordusu) üyesinin yakınlarının yapmış olduğu başvuruda 9 karşı 10 oyla, söz konusu operasyonun hem planlanmasının hem de yürütülmesinin başarısız olması nedeniyle Sözleşme'nin 2.maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme, güvenlik güçlerince yakın mesafeden yapılan çok sayıda silah atışı neticesinde üç IRA (İrlanda Kurtuluş Örgütü) üyesinin ölümü ile sonuçlanan olayda güç kullanımına dair "mutlak gereklilik" ölçütünü geliştirmiştir.⁶ Kuşkusuz bu ölçüt Mahkeme'nin, Sözleşme tarafından korunan diğer haklara yapılan müdahalenin incelenmesi sırasında kullana geldiği "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığı ölçütünden daha da katıdır.

"149. 2. maddenin 2. paragrafında belirtilen "mutlak gereklilik" kavramının kullanılması bağlamında, Sözleşme'nin 8 -11. maddelerinin 2. paragraflarında belirtilen Devletin eyleminin değerlendirilmesi sırasında normal olarak kullanılan "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığı ölçütünden daha katı ve daha zorlayıcı bir ölçütün kullanılması zaruridir. Özellikle de başvurulmuş gücün 2. maddenin 2. fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen amaçları gerçekleştirmek hususunda mutlak şekilde orantılı olması bir zarurettir."

Mahkeme, güvenlik güçleri tarafından yürütülen operasyonlarda, gerek planlama gerekse de operasyonun yürütümü sırasında kullanılan gücün öldürücü olabileceğinin her daim göz önünde bulundurulmasının gerekli olduğuna işaret etmiştir. Mahkeme, *Gül / Türkiye*⁷ kararında kullanılan gücün ölümcül niteliği göz önüne alındığında, ope-

⁶ *McCann ve Diğerleri / Birleşik Krallık*, 5 Eylül 1995 tarihli karar, Başvuru no. 17/1994/464/545, paragraf.146 www.echr.coe.int , (Paragraf çeviri Serkan Cengiz)

⁷ *Gül / Türkiye*, 14 Aralık 2000 tarihli karar, Başvuru no.22676/93, www.echr.coe.int, (Özet çeviri Serkan Cengiz)

rasyonun gerek planlanmasının gerekse de uygulanmasının Sözleşme standartlarına uygun olmadığına hükmetmiştir. 7-8 Mart 1993 tarihinde Bozova'da anti-terör faaliyetleri yürüten güvenlik güçleri, sabah çok erken saatlerde Mehmet Gül'ün eşi ve üç çocuğu ile birlikte yaşadığı evin kapısını çalmış ve Mehmet Gül kapıyı açarken açılan ateş sonucu hayatını kaybetmiştir. Hükümet, Mehmet Gül'ün olay sabahı polislerle tabanca ile ateş ettiğini, üzerlerine ateş edilen 3 polis memurunun kendilerini korumak ve Mehmet Gül'ü etkisiz kılmak amacıyla ateşe cevap vermek zorunda kaldıklarını iddia etmiştir. Buna karşın Mehmet Gül tarafından kullanıldığı iddia edilen iki adet silaha ve bu silahlara ait boş kovanlara dair herhangi bir kayıt bulunamamıştır. Mahkeme, Hükümet savunmalarının mesnetsiz olduğunu belirterek, masum çocuk ve kadınların bulunduğu bir eve, hedefin açık seçik görülmediği gerekçesiyle, otomatik silahlarla 50-55 kere ateş açılmasının aşırı orantısız bir eylem olduğuna ve dolayısıyla da Sözleşme'nin 2. maddesinin esastan ihlal edildiğine hükmetmiştir.

*Nachova ve Diğerleri / Bulgaristan*⁸ kararı, asker kaçağı ve haklarında yakala emri çıkarılmış olan Roman kökenli iki Bulgar vatandaşının, saklandıkları yer hakkında gelen ihbar sonrasında polis tarafından yakalanmaları amacıyla düzenlenen operasyon sırasında dur emrine uymamaları ve uyarı atışlarına rağmen kaçmaya devam etmeleri ve sonrasında, tim lideri Binbaşı tarafından uzun namlulu silahlarla arkalarından vurularak öldürülmesi olayına ilişkindir. Olay sonrasında binbaşının silahını oradan geçen bir kişiye yönelterek "*allahın belası çingeneler*" diye de bağırduğu ifade edilmiştir. Mahkeme kararında, öldürülen iki kişinin, şiddet içermeyen bir suç nedeniyle aranmakta olduğunu vurgulayarak polislerin bu kişilerin silahsız olduğu ve daha önceden herhangi bir şiddet ve tehdit olayına karışmadıkları hususlarında ön bir bilgiye sahip olduklarını, buna rağmen aşırı bir güç kullanımı sonrasında 2. maddenin esastan ihlal edildiğini belirtmiştir. Mahkeme kararının devamında Bulgar güvenlik güçleri içinde Roman kökenli Bulgar vatandaşlarına karşı ayrımcı bir tutumun olduğunu belirterek 14.maddenin de ihlal edildiğine karar vermiştir.

⁸ *Nachova ve Diğerleri / Bulgaristan*, 6 Temmuz 2005 tarihli Büyük Daire karar, Başvuru no. 43577/98 ve 43579/98, özet çeviri Serkan Cengiz.

Mahkeme 5 karşı 4 oyla vermiş olduğu *Andronicou ve Constantinou / Kıbrıs*⁹ kararında, erkek arkadaşı tarafından rehin alınan bir kızın kurtarılmasına ilişkin olayda, kızın kurtarılması amacıyla düzenlenen operasyon sonucunda hem rehine hem de rehin alan hayatını kaybetmiştir. Hükümet davaya ilişkin savunmalarında Andronicou'nun daha önceden sevgilisi olan rehineyi dövdüğü hususunda adli bir kayıt olduğunu, bu yönüyle şahsın kız arkadaşına yönelik şiddete eğilimli olduğu hususunda bir bilgiye sahip olduklarını, buna karşın rehine operasyonu sırasında rehin alan ile çok uzun süren görüşmeler ve pazarlıklar yapmış olduklarını, buna karşın gece yarısı yaklaşırken Andronicou'nun kızını öldürüp intihar edeceğine kanaat getirdikten hem sonra, uzun namlulu silahlara sahip olan ve üzerlerine ateş açılması durumunda ateş eden kişiyi öldürmek hususunda eğitilmiş olan özel timin eve girdiğini ve neticesinde hem rehinin hem de rehin alanın hayatını kaybettiğini, buna karşın özel timin müdahale öncesinde orantısız güç kullanmamaları yönünde açık bir şekilde talimat verildiğini belirtilmiştir. Mahkeme, operasyon her ne kadar başarısız sonuçlansa da planlaması ve uygulanması hususunda gerekli tüm hususların dikkate alındığını, tüm risklerin öngörüldüğünü ve tüm alternatif müdahale yollarının araştırıldığını ve hesaba katıldığını belirterek 2.maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

3. Özgürlüğünden Mahrum Bırakılan Kişilerin Devletin Kontrolü Altındayken Ölümü (işkençe / intihar / orantısız güç kullanımı, kaza, diğer mahpusların saldırısı ve diğerleri)

Mahkeme'ye göre, devletler özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilere dair azami bir özen ve ihtimam göstermekle mükelleftir. Bu yükümlülük devlet görevlilerince veya onların doğrudan veya dolaylı talimatıyla veya göz yummasıyla özgürlüğünden yoksun bırakılan (göz altına alınan, tutuklanan veya mahkum edilen) bir kişiye işkençe ve kötü muamelenin yapılmamasını temin etmeyi amaçlamaktadır.

⁹ *Andronicou ve Constantinou / Kıbrıs*, 9 Ekim 1997 tarihli karar, Başvuru no. 86/1996/705/897, www.echr.coe.int

Özellikle gözaltı sırasında meydana gelen ölümlere dair başvurularda Mahkeme sağlık durumu iyi olarak gözaltına alınan kişilerin, gözaltı sırasında veya sonrasında sağlık durumlarında meydana gelen tüm kötüleşmelerden ve ölümlerden devlet birinci derecede sorumlu olacağını, devletin göz altına alınmış olan şahsın sağlık durumundaki her türlü kötüleşmeye dair makul bir açıklama sunmakla mükellef olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, gözaltında ölümle sonuçlanan davalar açısından genel ispat yükü kuralını tersten yorumlayarak, devletin gözaltında meydana gelen ölüm olaylarına dair makul bir açıklama sunmakla mükellef olduğunu belirtmiştir.

Agit Salman, 28 Nisan 1992 tarihinde Adana TEM tarafından PKK örgütüne yönelik operasyonlar sırasında gözaltına alınmıştır. 29 Nisan 1992 tarihinde Adana Devlet Hastanesi'ne polis memurları tarafından ölü olarak getirilmiştir. Otopsi incelemesi sonrasında mevcut olan kalp rahatsızlığının olayla tetiklenmesiyle meydana gelen kalp krizine bağlı olarak hayatını kaybettiği belirtilmiştir. Agit Salman'ın eşi, kocasının gözaltı sırasında maruz kaldığı işkence neticesinde öldürüldüğü yakınmasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme'nin göz altına alınmış olan kişilere dair genel değerlendirmesi şöyledir:

*"99.Göz altındaki kişiler savunmasız / incinebilir bir durumdadır ve resmi makamlar bu kişileri korumak yükümlülüğü altındadırlar. Sonuç olarak, sağlıklı bir durumdayken polis tarafından göz altına alınan bir kişinin serbest bırakılması sırasında vücudunda yara-bere tespit edilmesi durumunda, Devlet bu yara-berelerin nasıl meydana geldiği hususunda makul bir izahat sunmakla mükelleftir (bkz. diğer emsaller arasında, Selmouni / Fransa. [BD], no. 25803/94, § 87, ECHR 1999-V). Resmi makamların gözaltında bir kişiye yapılan muameleye dair mesul olma yükümlülüğü özellikle şahsın ölümlü durumunda daha da katıdır."*¹⁰

Mahkeme Agit Salman'ın ölümüne ilişkin başvuruda Sözleşme'nin 2.maddesinin esastan ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir.¹¹

¹⁰ *Salman / Türkiye*, 27 Haziran 2000 tarihli karar, Başvuru no.21986/93, paragraf.99, www.echr.coe.int, (Paragraf çeviri Serkan Cengiz)

¹¹ *Salman / Türkiye*, 27 Haziran 2000 tarihli karar, Başvuru no.21986/93, paragraf.102 ve103, www.echr.coe.int, (Paragraf çeviri Serkan Cengiz)

"102. Agit Salman, önceden var olan bir yaralanma veya aktif rahatsızlığa sahip olmaksızın, sağlık durumu iyi olarak gözaltına alınmıştır. Sol ayak bileğindeki yaralanmaya, son ayağındaki morarma ve şişmeye, göğsündeki morarmaya ve kırılan kaburga kemiğine dair herhangi bir makul açıklama getirilmemiştir. Deliller, Hükümet'in yara berenin gözaltı sırasında meydana gelmiş olabileceği veya kırılmış kaburga kemiğinin kalp masajı nedeniyle meydana geldiği itirazlarını kanıtlamamaktadır. Dr Kirangil'in göğüsteki morarmanın göz altından önce meydana geldiği ve Agit Salman'ın göz altın alınmanın stresinin neden olduğu kalp krizi ve uzun süren nefessizlik nedeniyle öldüğü görüşü Profesör Pounder ve Corrdner'in görüşleriyle çürütülmüştür. Ölümün hızına dair ve morarma ve kaburga kırılmasına aynı olayın neden olmuş olabileceği – göğüse vurulan darbe- hususundaki her iki profesörün görüşünü benimseyerek Komisyon, Dr Kirangil'in görüşüne yeteri önemi vermeyi ihmal etmediği gibi Profesör Pounder ve Corrdner'in görüşlerine gereksiz bir ağırlık vermiş de değildir. Görünüşe göre Dr Kirangil, Komisyon önünde mesele teşkil eden İstanbul Adli Tıp Kurumu'nun raporunu imzalamıştır. Bu bağlamda objektif ve tarafsızlık iddiası ileri sürülemez. Ayrıca iki profesörün görüşleri arasındaki çelişkiye dair Hükümet ajanı tarafından duruşmada ileri sürülen iddialar mesnetten uzaktır.

103. Bu nedenle Mahkeme, Hükümetin, Agit Salman'ın Adana Emniyet Müdürlüğü'nde gözaltında iken kalp durması nedeniyle ölümü nedeniyle herhangi bir açıklama getirmemiş olduğunu ve davalı Devletin Agit Salman'ın ölümünde sorumluluğu bulunduğunu tespit eder."

Mahkeme, devletin göz altındaki kişilere ilişkin sorumluluğunun sadece, göz altı birimleriyle sınırlı olmadığını, bu sorumluluğun bu kişilerin dahil edildiği her türlü adli faaliyeti (yer gösterme, keşif ve sair) de kapsadığını, Sözleşme'nin 2. maddesi tarafından sağlanan korumanın sadece kasdi öldürmeleri değil kasdi olmayan, ihmale ve kusura dayanan ölümleri de kapsadığını belirtmiştir. Ahmet Demiray'ın 21 Temmuz 1994 tarihinde göz altına alınması sonrasında işkence ile öldürüldüğü yakınmasını konu alan *Demiray / Türkiye*¹² kararında Mahkeme, Hükümet'in Ahmet Demiray'ın silahların saklandığı yeri gösterirken PKK tarafından yerleştirilen tuzaklı bir mayının patlaması neticesinde hayatını kaybettiğini, dolayısıyla Ahmet Demiray'ın ölümün-

¹² *Demiray / Türkiye*, 21 Kasım 2000 tarihli karar, Başvuru no.27308/95, paragraf.46, www.echr.coe.int

den sorumsuz olduğu yönlü savunmasını kabul etmeyerek, resmi makamların Ahmet Demiray'ın hayatını korumak amacıyla gerekli önlemleri almadığına hükmetmiştir.

4. Yaşamı Tehlike Altında Olan Kişilerin Korunması

a. Üçüncü Kişiler Tarafından İşlenmesi Muhtemel Suçlar Açısından

Mahkeme; devletlerin yaşamı tehlike altında olan kişileri korumakla da mükellef olduğunu, buna karşın buradaki koruma mükellefiyetinin bir takım sınırları olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, kocası tarafından çeşitli kereler aile içi şiddete maruz kalan Nahide Opuz'un,¹³ annesinin kocası tarafından öldürülmesi ile sonuçlanan olaylara ilişkin önüne gelen başvuruda devletlerin Sözleşme'nin 2. maddesi altında sadece yaşam hakkından mahrum bırakmamakla değil aynı zamanda yaşamı risk altında olan kişileri korumakla mükellef olduğunu, buna karşın bu yükümlülüğün belirli sınırları olduğunu açık bir şekilde ortaya koymuştur.

"1129. Modern toplumların denetlenmesinin zorluğunu, insanının tutumlarının öngörülemezliğini ve önceliklere ve kaynaklara uygun olarak yapılmak zorunda olan operasyon tercihleri göz önüne alarak, pozitif yükümlülüğün kapsamı resmi makamlar üzerinde imkansız veya orantısız bir yük yaratmayacak şekilde yorumlanmak zorundadır. Bu nedenle yaşama yönelik her risk, bir Sözleşme yükümlülüğü olarak, bu riskin somutlaşmasının önlemek adına resmi makamlarca operasyonel önlemler alınmasını gerektirmez. Bir olumlu yükümlülüğün ortaya çıkabilmesi için resmi makamların kimliği tespit edilmiş olan bir şahsın hayatına yönelik üçüncü bir şahsın kanuna aykırı eyleminden kaynaklanacak gerçek ve pek yakın bir tehlikenin mevcut olduğunu bildiklerinin veya bilmelerinin gerekli olduğunun ve koşullar çerçevesinde bu riskten kaçınılmasına imkan verecek yetkileri dahilindeki tedbirleri almadıklarının tespiti gerekmektedir..."

¹³ Opuz / Türkiye, 9 Haziran 2009 tarihli karar, Başvuru no.33401/02, paragraf.129, www.echr.coe.int , (Paragraf çeviri Serkan Cengiz)

b. İntihara Meyilli Olan Kişiler Açısından

Mahkeme'ye göre, Sözleşme'ye taraf olan devletler özellikle kontrolü altında tutulan (gözaltı, hapisane, akıl hastanesi ve sair) veya özgürlükleri kısıtlanmış olan intihara meyilli olan kişilere dair gereken önlemleri almakla mükelleftir. Mahkeme, 15 Mayıs 1993 tarihinde, 28 yaşındayken 4 aylık cezasının infazı için cezaevinde tutulduğu sırada kendini asarak intihar eden Mark Kenaan'a ilişkin başvuruda, Mark Keenan'ın intihar eğilimli olduğunun tespiti üzerine gözetim altına alındığını ve tıbbi tedavinin sağlandığını, özetle resmi makamların Keenan'ın hayatını korumak amacıyla tüm tedbirleri aldıklarını ve dolayısıyla da Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.¹⁴ Buna karşın Mahkeme, intihar eğilimli bir kişi olan Mark Keenan'ın disiplin cezası olarak 7 gün disiplin koğuşunda kalmaya mahkum edilmesinin ruhsal rahatsızlığa sahip bir kişiye yapılamaması gereken muamele ile uyumlu olmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 3.maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁵

c. Çevre Felaketleri ve Tehlikeli Faaliyetler Açısından

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özellikle çevre felaketleri sonucunda meydana gelen ölümlerde "devletin meydana gelen ölümleri önlemek amacıyla gerekli tedbirleri" alıp almadığını incelemiştir. Bu konuda emsal kararlardan birisi olan Öneriyıldız / Türkiye¹⁶ kararında, Mahkeme, kararında özellikle tehlikeli bir takım faaliyetler ve tesisler bağlamında devletin yaşamları risk altında olan kişileri korumak amacıyla gerekli tüm yasal ve idari tedbirleri almakla birlikte olduğuna işaret etmiştir.

"89. Madde 2'nin amaçları bağlamında yaşamı korumak için tüm uygun adımların atılmak zorunda olduğuna dair olumlu yükümlülük (bkz. yukarıdaki paragraf 71) her şeyin ötesinde ve esas olarak, Devlet açısından ya-

¹⁴ Kenaan / Birleşik Krallık , 3 Nisan 2001 tarihli karar, Başvuru no. 27229/95, www.echr.coe.int

¹⁵ Kenaan / Birleşik Krallık , 3 Nisan 2001 tarihli karar, Başvuru no. 27229/95, paragraf.28, www.echr.coe.int

¹⁶ Öneriyıldız / Türkiye, 30Kasım 2004 tarihli karar, Başvuru no.48939/99, www.echr.coe.int

şama yönelik tehditleri karşı etkin bir caydırıcı olarak tesis olunacak yasal ve idari çerçevenin hayata geçirilmesini zorunlu kılar (bkz. örneğin, diğerleri arasında, yukarıda bahsedilen Osman, sayfa 3159, paragraf.115; Paul ve Audrey Edwards, yukarıda bahsedilen, paragraf.54; İlhan / Türkiye [BD], no.22277/93, paragraf.91, ECHR 2000-VII; Kılıç / Türkiye, no.22492/93, paragraf.62, ECHR 2000-III; ve Mahmut Kaya, no.22535/93, paragraf.85, ECHR 2000-III)

90. Bu yükümlülük, tartışmaya mahal bırakmaksızın, özellikle tehlikeli faaliyetler bağlamında da geçerli olup, mesele konusu faaliyetin bir takım özelliklerinin e özellikle de insan yaşamına dair teşkil ettiği potansiyel risk seviyesinin ilgili mevzuata dahil edilmesine özel bir vurgu yapılması zorunludur. Bu yasal düzenlemeler ruhsatlandırmayı, kuruluşu, faaliyeti, güvenlik ve denetim faaliyetini düzenlemek ve bu faaliyetlerin doğasında bulunan risklerle yaşamları tehlikeye girebilecek yurttaşların etkin korunmasının sağlanması amacıyla konuyla ilgili kişilerin önlem almasını zorunlu hale getirmek zorundadır."

Olayda, başvurunun yakın akrabaların üzerine gecekondü inşa ettiği Ümraniye çöplüğü, sıkışan metan gazının infilak etmesi üzerine 9 kişinin ölümüne neden olmuştur. Mahkeme, resmi makamların metan gazı sıkışması hususunda bilgi sahibi olmasına rağmen, bu kişileri tahliye etmediğini ve bu nedenle de Sözleşme'nin 2. maddesinin esasen ihlal edildiğine hükmetmiştir.

"105. Resmi makamlar başvuru ve yakın akrabalarının, kendilerince oluşturdukları toplum ve aile çevresinde rahatsız edilmeksizin yaşamalarına müsaade etmiştir. Ayrıca Mahkeme'ye sunulan ve Hükümet tarafından aksi ispat edilememiş olan somut delillere dikkate alarak, başvuruçunun resmi makamların kendilerinden ve Ümraniye'deki diğer gece kondu mahallelerinin sakinlerinden, emlak vergisi aldığı ve ücret karşılığında kamu hizmetlerinden yararlanmalarını sağladığı iddialarından şüphe duymayı gerektirecek herhangi bir sebepten bulunmamaktadır."

Hal böyle olmakla birlikte Mahkeme, çevre kirliliğinin insan yaşamı üzerinde yaratmış olduğu kirliliği 2. maddeden ziyade 8.madde altında ele almaktadır.

D. Sağlık ve Tedavinin Sağlanması Açısından

Mahkeme'ye göre taraf devletler 2. maddeden kaynaklanan sorumlulukları uyarınca, bireylerin yaşamlarını korumak, onların kaliteli bir sağlık hizmetinden yararlanmasını sağlamak ve sağlık personelinin ihmali ve / veya hatası nedeniyle sorumlu tutulmasını temin etmek amacıyla sağlık alanında bir takım düzenlemeleri hayata geçirmek ve tedbirler almak zorundadırlar. Mahkeme'ye göre devletler, yurttaşların hayatlarını korumak amacıyla, hastaneleri ve sağlık birimlerini uygun davranmaya ve gerekli tedbirleri almaya zorlayan bir yasal mevzuatı tesis etmekle mükelleftir.¹⁷

5. Ölümlere İlişkin Soruşturmanın Etkili Yürütülmesi Zorunluluğu

Çalışmamızın önceki kısımlarında belirtmiş olduğumuz üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinden kaynaklanan en temel yükümlülüklerden birisi kişinin yaşam hakkının devlet tarafından garanti altına alınmasıdır. İki yönlü olan bu yükümlülük, bir yandan kişinin yaşamına devlet tarafından son verilmemesini (negatif yükümlülük) ve diğer yandan da yaşamı riskte olan kişilerin, bu riski bertaraf edecek şekilde, devlet tarafından korunmasını zorunlu kılar (pozitif).

Sözleşme'nin 2. maddesinden kaynaklanan bir başka pozitif yükümlülük ise ölümlerle sonuçlanan vakalara dair taraf devletin resmi makamlarınca etkin bir soruşturma yürütülmesidir. Bu yükümlülük, sadece devlet görevlilerinin kasden veya taksirler sebep oldukları yaşam hakkı ihlallerine münhasır olmayıp, meydana gelen her türlü yaşam hakkı ihlaline ilişkin ortaya çıkan bir yükümlülüktür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yaralı PKK'lıları tedavi ettiği iddia edilen Dr. Hasan Kaya'nın güvenlik güçlerince kaçırıldıktan bir süre sonra öldürülmesini konu alan başvuruda,¹⁸ Dr. Kaya'nın öl-

¹⁷ *Calvelli ve Ciglio / İtalya*, 17 Ocak 2002 tarihli karar, Başvuru no:32967/96, paragraf.49, www.echr.coe.int; *Powell / Birleşik Krallık*, 4 Mayıs 2000 tarihli karar (incelenemezlik), Başvuru no. 45305/99, www.echr.coe.int

¹⁸ *Mahmut Kaya / Türkiye*, 28 Mart 2000 tarihli karar, Başvuru no.22535/93, paragraf.94-97, www.echr.coe.int, (Paragraf çeviri Serkan Cengiz)

dürülmesine ilişkin yürütülen soruşturmanın, Sözleşme'nin 2.madde-since garanti altına alınan "etkin soruşturma yükümlüğüne" uygun yürütülmediğini tespit ettikten sonra, Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde güvenlik güçlerinin karıştığı iddia edilen ve ölümle sonuçlanan olaylara dair yürütülen soruşturmalarda bir takım tipik eksikliklerin olduğuna dikkat çekmiştir.

"94. Mahkeme, hal böyle olmakla birlikte, güvenlik güçlerinin katımlıyla gerçekleştirildiği iddia edilen bir takım hukuka aykırı eylemler bakımından ceza yasası uygulamasının özellikle bu dönemde, güneydoğu bölgesinde bir takım tipik özellikler ortaya koyduğunu gözlemlemektedir.

95. İlk olarak, suçların bazı durumlarda devlet görevlilerince işlendiği hallerde, soruşturma yetkisi soruşturup soruşturmama hususunda karar vermeye yetkili idare kurulları lehine cumhuriyet savcısından alınmaktadır (bknz yukarıda paragraf.65). Bu kurullar devlet memurlarından oluşan ve işbu davada olduğu gibi güvenlik güçlerinin faaliyetlerinden sorumlu olan valinin emri altında faaliyet gösteren kurullardır. Kurullarca başlatılan soruşturmalar sıklıkla olayla ilişkili birimlerle hiyerarşik olarak bağlantılı olan jandarma tarafından gerçekleştirilmektedir. Mahkeme bu nedenle iki başvuruda idari kurulların güvenlik güçleri mensuplarının dahil olduğu adam öldürme vakalarının soruşturulmasında bağımsız olmadığını ve etkin bir soruşturma imkânını temin etmediğini tespit etmiştir (bknz Güleç / Türkiye, 27 Temmuz 1998 tarihli karar, Raporlar 1998-IV, sayfa. 1731-33, paragraf 77-82, ve Oğur / Türkiye [BD], başvuru no. 21594/93, paragraf.85-93, ECHR 1999-III)..

96. İkinci olarak bu döneme dair bölgedeki davalara ilişkin Sözleşme organlarınca yapılan inceleme güvenlik güçlerince gerçekleştirildiği iddia edilen hataların soruşturulmasında gerek Sözleşmenin 2.maddesince ortaya konulan usulü yükümlülükler gerekse de Sözleşmenin 13.maddesi tarafından şart koşulan etkin iç hukuk yolu yükümlülüğü bağlamında bir dizi başarısızlıklar ortaya koymaktadır (bknz Madde 2 hakkında 2, Kaya / Türkiye, 19 Şubat 1998 tarihli karar, Raporlar 1998-I, sayfa. 324-26, paragraf. 86-92; Ergi / Türkiye, 28 Temmuz 1998 tarihli karar, Raporlar 1998-IV, sayfa. 1778-79, paragraf.82-85; yukarıda bahsedilen, sayfa 2454-57, paragraf 98-108; Çakıcı / Türkiye [BD], no. 23657/94, paragraf.87, ECHR 1999-IV; ve yukarıda Tanrıku-lu, paragraf. 101-11; Madde 13 hususunda, yukarıda bahsedilen Aksoy / Türkiye, 18 Aralık 1996 tarihli karar, Raporlar 1996-VI, sayfa. 2286-87, paragraf. 95-100; Aydın / Türkiye, 25 Eylül 1997 tarihli karar, Raporlar 1997-VI,

sayfa. 1895-98, paragraf. 103-09; *Menteş ve Diğerleri / Türkiye*, 28 Kasım 1997 tarihli karar, Raporlar 1997-VIII, sayfa. 2715-16, paragraf.89-92; *Selçuk ve Asker / Türkiye*, 24 Nisan 1998 tarihli karar, Raporlar 1998-II, sayfa. 912-14, paragraf. 93-98; *Kurt / Türkiye*, 25 Mayıs 1998 tarihli karar, Raporlar 1998-III, sayfa. 1188-90, paragraf.135-42; ve *Tekin / Türkiye*, 9 Haziran 1998 tarihli karar, Raporlar 1998-IV, sayfa 1519-20, paragraf. 62-69).

Bu davaların ortak niteliği, cumhuriyet savcısının, güvenlik güçlerinin karışmış olduğu bir hukuka aykırılığa dair bireylerce ileri sürülen şikayetler açısından, olaya karıştığı iddia edilen güvenlik güçleriyle görüşmeyerek veya onların ifadelerini almayarak, güvenlik güçlerince sunulan olaya ilişkin raporlara itibar ederek ve çok az veya hiç bir delil olmamasına rağmen olayları PKK'ya atfederek takip etmemesidir.

97. Üçüncü olarak, soruşturmalar ve takip eden kovuşturma bağlamında olaylara ilişkin sorumluluğun PKK'ya atfedilmesi terör suçlarına ilişkin görevin Devlet Güvenlik Mahkemelerine verilmiş olması nedeniyle hatırı sayılır bir öneme haizdir (bknz yukarıda paragraf.64). Bir dizi davada Mahkeme, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin, davanın doğası ile hiç bir alakası olmayan bir takım mülahazalardan gereksiz yere etkilenebileceğine dair meşru korkulara mahal vermesi nedeniyle heyette bir askeri yargıç bulunmasının Sözleşme'nin 6.maddesi tarafından şart koşulan bağımsızlık yükümlüğünün ihlali olduğunu tespit etmiştir (bkz. *Incal / Türkiye*, 9 Haziran 1998 tarihli karar, Raporlar 1998-IV, sayfa. 1571-73, paragraf 65-73)."

Mahkeme, *Demiray / Türkiye*¹⁹ kararında, soruşturmayı yürütmekle yükümlü makamların bir ölüm olayını öğrenir öğrenmez, soruşturmayı başlatmakla mükellef olduğunu, bu konuda ölen şahsın yakınlarınınca bir şikayet sunulmasının gerekli olmadığını belirttikten sonra soruşturmanın baştan savma yürütülmemesinin gereğine işaret etmiştir.

"51. Şikayeti takiben alınan soruşturma önlemi bağlamında Mahkeme öncelikle Lice Cumhuriyet Savcılığı'nın her hangi bir inceleme yapmak veya en azından jandarma tarafından çizilen olay yerine ilişkin krokiyi doğrulamak amacıyla bir keşif yapmadığını belirtmektedir. Ayrıca, Ahmet Demiray'ın ölümü sırasında olay yerinde bulunan jandarma personelinden hiç birisi sorgulanmamıştır. Son olarak, otopsi bir pratisyen tarafından gerçekleştirilmiş

¹⁹ *Demiray / Türkiye*, 21 Kasım 2000 tarihli karar, Başvuru no.27308/95, paragraf.51, www.echr.coe.int, (Paragraf çeviri Serkan Cengiz)

olup çok az adli tıp delili ihtiva etmektedir. Resmi makamlarca verilen bir klasik otopsinin gerekli olmadığı kararı, Mahkeme'nin görüşüne göre, ölümün iş bu davada belirtilen koşullar içinde gerçekleşmiş olması nedeniyle, uygun değildir.

Lice Cumhuriyet Savcısı sadece 29 Mayıs 1996 tarihinde görevsizlik kararı vermekle yetinmiştir (ratione materiae). İş bu kararda Ahmet Demiray'ın PKK tarafından yerleştirilen bubi tuzaklı bir el bombasının patlaması neticesinde öldüğü tespiti bulunmaktadır. Lice Cumhuriyet Savcısı bu sonuca, sadece birisi Lice İlçe Jandarma Komutanlığı'nca tanzim edilmiş olan ve İl Jandarma Komutanlığı tarafından gönderilen iki adet belgeye ve "dosyada bulunan tüm bilgiye" dayanarak vermiştir (bknz yukarıda paragraf.22).

Mahkeme, soruşturma tedbirlerinin yokluğuna dair değerlendirmeleri ışığında ve Lice Cumhuriyet Savcılığı'nda o tarihte bulunan kısıtlı bilgi göz önüne alındığında işbu sonucun aceleyle ulaşılmış bir sonuç olarak değerlendirilebileceği kanaatindedir."

Yukarıdaki alıntılarca ortaya konulduğu üzere Mahkeme, etkin bir soruşturma yürütme yükümlülüğü ile suç faillerinin ortaya çıkarılmasından yani sonuçtan daha ziyade, ilgili soruşturmanın gerek muhtevası gerekse yürütülmesi açısından gerçek suç faillerini ortaya çıkarmaya muktedir olup olmadığı hususu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Başka bir ifade ile soruşturmayı yürütenlerin soruşturulanlarla aralarında herhangi bir ast üst veya mesleki ilişki olmaması, soruşturma sırasında olayda adı geçenlerin tamamının ayrıntılı ifadelerine başvurulması, delillerin tamamının muhafaza altına alınması, delil elde etme araçlarının doğru şekilde ehil kişilerce ilgili usule uygun olarak kullanılması, tüm delillerin toplanması Mahkeme kararlarında vurgulanan belli başlı hususlardır. Faillerden salt bir kısmının tespit edilmiş ve cezalandırılmış olması bazı durumlarda yürütülen soruşturma ve takip eden yargılamanın tek başına yeterli ve etkin olduğuna dalalet teşkil etmeyebilir. Mahkeme'nin *Avşar / Türkiye*²⁰ kararındaki tespiti bu noktada oldukça önemlidir.

"406 Mahkeme bu nedenle, her ne kadar Mehmet Şerif Avşar'ın öldürülmesine ilişkin yargılama altı kişinin mahkumiyetiyle sonuçlanmış olsa da, gü-

²⁰ *Avşar / Türkiye*, 10 Temmuz 2001 tarihli karar, Başvuru no.25657/94, www.echr.coe.int, (Paragraf çeviri Serkan Cengiz)

venlik güçlerine mensup olan yedinci kişi tarafından oynan rolün resmi makamlarca gerektiği şekilde aydınlatılamamış olduğu kanaatindedir. Ceza mahkemesinin köy korucularının ve Mehmet Mehmetoğlu'nun sorumluluğuna dair tespitleri (Şerif Avcı'ın) kaçırılmasına ve öldürülmesine karışmış olan güvenlik gücü mensubu hakkında çok önem arz edebilecek bir delilin yokluğunda yapılmıştır. Davanın bu yönüne ilişkin uygun ve etkili bir soruşturma bu olayın hangi ölçüde önceden planlandığını ve iddia edildiği gibi bu olayın o dönemde Türkiye'nin Güney Doğusu'nda resmi makamların göz yummasıyla veya onayıyla gerçekleştirilen hukuka aykırı faaliyetlerin bir parçasını teşkil edip etmediğini açıklığa kavuşturacaktır.

...

415. Her ne kadar Mehmet Mehmetoğlu ve 6 köy korucusunun mahkum edilmesiyle sonuçlanan bir kovuşturma olsa da, güvenlik güçlerine mensup olan yedinci kişinin kimliği derhal ve etkin bir şekilde araştırılmamış ve dolayısıyla da Mehmet Şerif Avcı'ın kaçırılması ve öldürülmesinde resmi bilginin kapsamı ve göz yumması tespit edilememiştir. Bu şartlarda ve yukarıda ortaya konulduğu üzere (bkz. paragraflar 396-408) soruşturma ve mahkeme yargılaması başvuruçunun kardeşinin ölümünden resmi makamların mesul olduğu yönlü yakınması açısından uygun bir giderim / telafi sağlamamıştır. Dolayısıyla başvuruçuya hala, kardeşi adına bir Sözleşme madde 2 ihlalinin mağduru olduğunu iddia edebilir."

Mahkeme, yukarıda özet olarak verilen Mehmet Gül / Türkiye²¹ kararında, polisler karşı yürütülen soruşturmanın ve takip eden yargılanmanın etkinliği açısından yine 2.madde bağlamında kapsamlı bir değerlendirme yapmıştır. Mahkeme'nin öldürme olayına ilişkin yürütülen soruşturma bağlamında tespit ettiği eksiklikler özetle şunlardır:

a) Mehmet Gül tarafından kullanıldığı iddia edilen silahlardan ateşlenen boş kovanlar bulunamamıştır, **b)** Mehmet Gül'e ait olduğu iddia edilen iki adet tabancaya dair usulüne uygun bir kayıt tutulmamıştır, **c)** İddia edilen mekanda silahlara ait herhangi bir fotoğraf çekilmemiştir, **d)** Mehmet Gül'ün ellerinde barut izi olup olmadığına dair herhangi bir inceleme yapılmamıştır **e)** Mehmet Gül'e ait olduğu iddia

²¹ Gül / Türkiye, 14 Aralık 2000 tarihli karar, Başvuru no.22676/93, www.echr.coe.int, özet çeviri Serkan Cengiz.

edilen silahlar üzerinde herhangi bir parmak izi incelemesi yaptırılmamıştır, **f)** Cumhuriyet savcısı, olayın aydınlatılması açısından can alıcı önemine karşın, olay sırasında orada bulunan güvenlik güçlerinin ifadelerini almamıştır, **g)** Güvenlik güçleri gerek silah kullanmalarına ve gerekse de kullandıkları cephaneye dair hiçbir şekilde hesap vermemişlerdir, **h)** Güvenlik kuvvetlerinin soruşturulması, soruşturmanın tarafsız ve bağımsız yürütülmesi açısından mevcut olan gerekliliklere uygun olmayan ilgili il idare kurulunun kararına ve incelemesine tabi kılınmıştır **ı)** Kurul kararı sonrasında haklarında dava açılan üç polis memuru dışında ilk derece mahkemesi başka kimsenin ifadesini almamıştır, **i)** Mehmet Gül'ün eşi ve yakınlarına üç polis memuru hakkında açılmış bir dava olduğu hususunda herhangi bir bilgi verilmemiş, bu kişilere yargılamaya katılma fırsatı tanınmamıştır, **j)** Mahkeme bir polis memurundan ve bir jandarma personelinden bilirkişi olarak görüş almıştır. Bilirkişiler, teknik bir uzmanlık ihtiva etmemesine karşın, genel değerlendirmelerine dayanarak polis memurlarının kusursuz olduklarına kanaat getirmişlerdir, **k)** Yerel mahkeme aldığı bilirkişi görüşleri neticesinde polis memurlarının ifadelerinin doğru olduğuna ve polislerin olayda kusursuz olduğuna hükmetmiştir, **l)** Buna karşın yerel mahkeme başvurusunun ifadelerinin ve iddialarının neden dayanak olarak kabul edilmediği hususunda herhangi bir gerekçe ortaya koymamıştır.

Mahkeme, *Ahmet Özkan ve Diğerleri / Türkiye*²² kararında, 20 Şubat 1993 günü Şırnak'ın Güçlükonak İlçesi, Ormaniçi köyünden kendilerine açılan ateşe karşı ateşle cevap veren askerlerin eyleminden yakınan köylülerin başvurusunu ele alırken askerlerin, köyden gelen silahlı saldırıya karşı yanıt vermesinin bir zaruret olduğunu, bu bağlamda bir 2. madde ihlalinin söz konusu olmadığını, buna karşın çatışma sırasında hayatını kaybeden Abide Ekin'in ölümüne ilişkin yürütülen soruşturmanın 2. madde kapsamındaki usulü garantileri ihlal ettiğini (10 Ağustos 1994 günü yapılan keşifte sadece birkaç tanık dinlenilmiş, onun dışında ölüm sebebinin belirlenmesi amacıyla makül üzerinde herhangi bir adli muayene ve otopsi yapılmamış, ölümün kim tarafından açılan ateş sonucu meydana geldiği araştırılmamış ve

²² *Ahmet Özkan ve Diğerleri / Türkiye*, 6 Nisan 2004 tarihli karar, Başvuru no.21689/93, www.echr.coe.int, özet çeviri Serkan Cengiz.

ölümünden PKK'nın sorumlu olduğu tespitiyle görevsizlik kararı verilmiştir.) belirtmiştir. Yine operasyon sonrasında gözaltına alınan köylü İbrahim Ekinci'nin ilerleyen zatürreden ölmesine ilişkin soruşturma da, ölümün hangi koşullarda meydana geldiği, gözaltı koşullarının nasıl olduğu araştırılmadan ilgili soruşturmanın takipsizlik kararı ile sonuçlandırılmasının 2. maddeyi ihlal ettiğine hükmetmiştir.

6. Ötanazi ve AİHM'in *Pretty / Birleşik Krallık Kararı* ²³

Sözleşme'nin 2. maddesi bağlamında kişinin kendi yaşamını sonlandırma hakkına sahip olup olmadığı tartışmasında, öne çıkan belirli başlı kavramlardan olan ötanazi ve/veya yardımcı intihar, sağlıklı yaşam kalitesinin sahip olunan hastalık / rahatsızlık nedeniyle halihazırda kötü olan ve daha da kötüleşeceğinin tıbbi raporlarla ortaya konulmasını müteakiben kişinin yaşamına kendi isteği ile son vermesidir. Bir diğer ifadeyle ötanazi yaşam kalitesinin kötü olması ve daha da kötüleşeceğinin tıbbi raporlarla ortaya konulması nedeniyle, kişinin çoğu zaman oldukça acılı olan bu süreci yaşamak istememesi nedeniyle kendi yaşamına üçüncü kişiler eliyle son vermesidir.

Bu noktada *Pretty / İngiltere* başvurusuna ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararı *ölme hakkı* kavramı altında veya ötanazi / yardımcı intihar açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya bakış açısını ayrıntılı olarak yansıtır.

Tedavisi mümkün olmayan motor nöron hastalığından muzdarip olan başvurucu, hastalığının en son aşamasında iken ve daha fazla ıstırap çekmemek amacıyla yaşamına son vermeyi istemektedir. Başvurucu hastalığının son safhada olması nedeniyle, yaşamını sonlandıracak mekanizmanın kocası tarafından harekete geçirileceğini, buna karşın konuyla ilgili İngiliz ulusal mevzuatı gereğince kocasının bu eyleminin suç teşkil edeceğini, ulusal düzeydeki kocası için talep etmiş oldukları yargılanma muafiyetinin reddedildiğini, Sözleşme'nin 2. maddesi tarafından güvence altına alınan "*yaşam hakkının*" aynı zamanda kişinin kendi yaşamına son verme yani "*ölme hakkını*" da ihtiva ettiğini, İngiliz resmi makamları tarafından verilen red kararının Sözleşme'ye

²³ *Pretty / İngiltere*, 29 Nisan 2002 tarihli karar (Kesinleşme Tarihi:29 Temmuz 2009), Başvuru no: 2346/02, www.echr.coe.int, paragraf çeviri. Serkan Cengiz

aykırı olduğu gerekçesiyle ve işbu red kararıyla Sözleşme'nin başta 2 olmak üzere 3, 8, 9 ve 14. maddelerinin ihlal edilmiş olduğunun tespit edilmesi talebiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Mahkeme'nin 29 Temmuz 2002 tarihinde kesinleşen kararındaki *yaşam hakkı = ölme hakkı* yakınmasına ilişkin yapmış olduğu değerlendirme ve vardığı sonuç şöyledir:

"38. Madde 2'nin lafzı açık bir şekilde devlet görevlilerinin kasten veya planlı olarak ölümcül kuvvet kullanması hususunu düzenler. Hal böyle olmakla birlikte madde metni sadece kasdi öldürmeleri değil, "güç kullanmanın" müsaade edildiği ve istenilmeyen bir sonuç olarak ortaya çıkabilecek yaşamdan mahrum bırakma hallerini de kapsar (ibid., paragraf.46ve 148). Ayrıca, Mahkeme madde 2/1'in Devlete sadece kasten ve hukuka aykırı olarak yaşamın sonlandırılmasından sakınmasını değil ayrıca kendi egemenliği altında bulunanların yaşamlarını koruyacak uygun tedbirler almasını emrettiğine hükmetmiştir (bkz. L.C.B./ Birleşik Krallık, 9 Haziran 1998 tarihli karar, Kararlara Dair Raporlar 1998-III, p. 1403, § 36. Bu yükümlülük ... iyi şekilde tanımlanmış bazı koşullarda başka bir bireyin suç niteliğindeki eylemleri nedeniyle yaşamı risk altında olan bir kişiyi korumak amacıyla uygulanabilir önleyici tedbirlerin alınması açısından resmi makamlar üzerinde pozitif bir yükümlülüğü zımnen ihtiva eder (bakınız Osman / Birleşik Krallık, 28 Ekim 1998 tarihli karar, Raporlar 1998-VIII, sayfa 3159, paragraf 115, ve Kılıç / Türkiye, no. 22492/93, paragraf 62 ve 76, ECHR 2000-III). En son olarak Kenan davasında intihar eğilimli olduğuna dair emareler ortaya koyan ve ruhsal olarak hasta bir mahpusun davasında madde 2'nin uygulanabilir olduğuna hükmedilmiştir.

39. Mahkeme önündeki tüm davalardaki ısrarlı vurgu; Devletin yaşamı korumak bağlamındaki yükümlülüğü olmuştur. Mahkeme, Madde 2 tarafından garanti altına alınan "yaşam hakkının" negatif bir yanı olabilecek şekilde yorumlanabileceği hususunda ikna olmamıştır. Örneğin örgütlenme özgürlüğü sadece bir örgüte (ç.n sendikaya, derneğe vesaire) katılma hakkını içermekle kalmayıp aynı zamanda bir örgüte katılmaya zorlanmama hakkını da ihtiva eder. Dolayısıyla Mahkeme bir özgürlük kavramının kullanılmasında tedbire dair bir seçim özgürlüğünü de zımnen içerdiğini gözlemlemektedir (bkz. Young, James ve Webster / Birleşik Krallık, 13 Ağustos 1981 tarihli karar, Series A no. 44, sayfa 21-22, paragraf 52, ve Sigurdur A. Sigurjónsson / İzlanda, 30 Haziran 1993 tarihli karar, Series A no. 264, sayfa

15-16, paragraf 35). Hal böyle olmakla birlikte 2. madde farklı terimlerle kalemeye alınmıştır. Madde, yaşamın kalitesi veya bir kişinin yaşamıyla ne yapmayı tercih edeceği gibi meselelerle ilgilenmemektedir... Madde 2, dil saptırılmaksızın, taban tabana zıt ve ölme hakkı olarak isimlendirilen bir hakka imkan verecek şekilde veya bireyin kendisine yaşamaktan ziyade ölmeyi seçme hususunda hak bahşedecek bir kendi kendine karar verme (self determinasyon) hakkı yaratacak şekilde yorumlanamaz.

40. Dolayısıyla Mahkeme, gerek bir üçüncü şahsın elinde gerekse de bir resmi makamın yardımıyla olsun ölme hakkının Sözleşme'nin 2. maddesinden çıkarılamayacağını tespit eder. Mahkeme'nin bu görüşü Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi'nin geçenlerdeki 1418 sayılı (1999) kararıyla da doğrulanmıştır."

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yukarıda alıntılanan *Pretty / İngiltere* kararıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin, kişilere kendi yaşamlarını sonlandırma hakkı tanımadığını açık bir şekilde ifade etmiştir.

7. Sonuç

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ek protokoller aracılığıyla geçirmiş olduğu evrim süreci sonucunda taraf devletlerin yaşam hakkı bağlamında üstlenmiş oldukları pozitif ve negatif yükümlülüklerin kapsamı olabildiğince genişlemiş bulunmaktadır. İdam cezasının her koşulda ortadan kaldırılması olarak özetlenebilecek olan negatif yükümlülüğe ek olarak kişinin (özellikle de yaşamı tehlikede olanların) yaşam hakkının etkin olarak korunması mesuliyeti bir pozitif yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir diğer ifade ile taraf devlet yaşamı risk altında olan kişilerin hayatlarını gerektiği şekilde korumak amacıyla etkin ve caydırıcı tedbirler almak ve önlemleri hayata geçirmekle ayrıca mükelleftir (bkz. yukarıda *Öneriyıldız / Türkiye*). Son olarak taraf devletler, her türlü yaşam hakkı ihlali açısından, etkin bir soruşturma yürütmekle mükellef olup, her bir soruşturmanın da gerek muhtevası gerekse de yürütülmesi açısından yaşamın sona ermesinden sorumlu olan kişilerin tespiti ve cezalandırılması bağlamında etkin olması gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- McCann ve Diğerleri / Birleşik Krallık, 5 Eylül 1995 tarihli karar, Başvuru no. 17/1994/464/545,
- Gül / Türkiye, 14 Aralık 2000 tarihli karar, Başvuru no.22676/93,
- Nachova ve Diğerleri / Bulgaristan, 6 Temmuz 2005 tarihli Büyük Daire karar, Başvuru no. 43577/98 ve 43579/98,
- Andronicou ve Constantinou / Kıbrıs, 9 Ekim 1997 tarihli karar, Başvuru no. 86/1996/705/897, Salman / Türkiye, 27 Haziran 2000 tarihli karar, Başvuru no.21986/93,
- Demiray / Türkiye, 21 Kasım 2000 tarihli karar, Başvuru no.27308/95,
- Opuz / Türkiye, 9 Haziran 2009 tarihli karar, Başvuru no.33401/02,
- Kenaan / Birleşik Krallık , 3 Nisan 2001 tarihli karar, Başvuru no. 27229/95
- Öneryıldız / Türkiye, 30 Kasım 2004 tarihli karar, Başvuru no.48939/99,
- Calvelli ve Ciglio / İtalya, 17 Ocak 2002 tarihli karar, Başvuru no.32967/96
- Powell / Birleşik Krallık, 4 Mayıs 2000 tarihli karar (incelenemezlik), Başvuru no. 45305/99,
- Mahmut Kaya / Türkiye, 28 Mart 2000 tarihli karar, Başvuru no.22535/93, paragraf.94-97,
- Avşar / Türkiye, 10 Temmuz 2001 tarihli karar, Başvuru no.25657/94,
- Ahmet Özkan ve Diğerleri / Türkiye, 6 Nisan 2004 tarihli karar, Başvuru no. 21689/93,
- Pretty / İngiltere, 29 Nisan 2002 tarihli karar, Başvuru no. 2346/02.

FUHuŞA VE FUHuŞ HAKKINDAKİ TEMEL TÜRK HUKUK NOrMLARINA GENEL BİR BAKIŞ

A GENERAL PERSPECTIVE ON PROSTITUTION AND BASIC
TURKISH LAW RELATED WITH PROSTITUTION

Hasan DURSUN*

Özet: Fuhuş, II. Dünya Savaşı'ndan önce dünya'da bir sağlık sorunu olarak ele alınırken günümüzde temel olarak cezai bir konu olma eğilimindedir. Fuhuşla ilgili temel Türk hukuk normları, günümüzde, dünyada görülen eğilimi yansıtmaktan uzaktır. Fuhşa ve fahişeliğe karşı etkin bir savaşım verilebilmesi için özellikle fahişeden hizmet satın alınması cezalandırılmalı ve genelevler kapatılmalıdır.

Anahtar Sözcükler: Fuhuş, fahişe, insan sömürüsü, post-travmatik stres bozukluğu, fahişeliğin sosyalleşmesi.

Abstract: Although prostitution, before World War II, had been regarded as a health problem, nowadays, in the world, there is a trend that it is a criminal matter. Basic Turkish law on prostitution is away from that movement. To combat effectively with prostitution and prostitute, specially, purchasing sexual services must be criminalized and brothels have to be forbidden.

Keywords: Prostitution, prostitute, human exploiting, post-traumatic stress disorder, socialization of prostitution.

Fuhuş, etimolojik anlamı çerçevesinde; insan bedeninin her türlü müstehcen ticareti olarak tanımlanabilir.¹ Flexner'e göre ise fuhuş üç unsurdan oluşur. Bunları; ticaret (trafic), düzensiz veya rastgele cinsel

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) doktora öğrencisi.

¹ Dufour tarafından yapılan bu tanım için bkz. Dönmezer, *Ceza Hukuku, Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, s. 339 özellikle dip not 15. *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi'* ne göre *fuhuş*, bir kimsenin maddi çıkar karşılığında

ilişki (*la promiscuité*) ve duygusal ilgisizlik (*indifférence émotienne*) olarak adlandırabilmek olanaklıdır.

Yazar, ticaret unsurunu açıklarken, mutlaka paranın kullanılmış bulunmasının şart olmadığını, her ne kadar paranın bu hususta çoklukla kullanılan araç olsa de, hediyeler yahut zevklerin de paranın yerini tutan bir güdü olabileceğini, keza düzensiz cinsel ilişkinin de mutlak bir şekilde seçimsiz olmasının şart olmadığını, örneğin, cinsel ortağını (partnerini) seçiyor diye bir kadının fahişelikten çıkmayacağını, duygusal ilgisizliğin açık bir şekilde ticaret ve düzensiz cinsel ilişki unsuruna sokulabileceğini, bu bağlamda, itiyadi olarak veya tesadüfi surette, bir bedel yahut diğer her türlü ücret karşılığı bir mülahaza ile az veya çok âdi cinsel ilişkilerde bulunan kişinin fahişe olduğunu ifade etmektedir.²

Flexner'in yapmış olduğu bu açıklamalardan fahişenin yalnızca kadınlardan olabileceği sonucu çıkartılmamalıdır. Gerçekten de, Dönmezer'in isabetli olarak belirttiği üzere erkeklerden de fahişe olabilir.³ Ancak, polis genellikle erkek fahişeler hakkında bilgi sahibi değildir.

Günümüzde, polis, genellikle, erkek fahişeler hakkında, eşcinsellikle ilgili bir cinayet işlendiği zaman haberdar olmaktadır. Bununla birlikte, polisin erkek fahişeler hakkında bilgi sahibi olamaması,⁴ erkek fuhşunun olmadığı anlamını taşımaz.⁵ Gerçekten de, eşcinsellik (*homo-*

sürekli olarak değişik kişilerle cinsel ilişkide bulunma eylemidir. Bkz. *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, 9, s. 4322 "fuhuş" maddesi.

² Nak. Dönmezer, *a. g. e.*, s. 339-340 özellikle dip not 18.

³ Dönmezer, *a. g. e.*, s. 340.

⁴ Polisin erkek fuhşu hakkında bilgi sahibi olamamasının çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Bunlardan ilki, erkek fahişenin kolaylıkla irtibat kurması ve çabuk bir şekilde kaybolmasıdır. Bundan başka, erkek fahişe, bazı kadın fahişeler gibi sürekli bir şekilde, daha açık bir deyişle, sokakta müşteri bekleyerek fuhuş yapmaz. Bir diğer deyişle, erkek fahişe, sokakta müşteri bekleyen kadın fahişe gibi kolaylıkla fark edilmez. Sokakta müşteri bekleyen bir kadın fahişenin yaptığı işin bütünüyle saydam olduğu açıktır. Bunlara ilave olarak, erkek fahişeye ilk teklifin kadından geldiği durumlarda, erkek fuhşu daha da gözle görünmez bir hale gelir. Fazla bilgi için bkz. Pettersson ve Tiby, *The Production and Reproduction of Prostitution*, s. 166.

⁵ Pettersson ve Tiby, *a. g. m.*, s. 165.

sexual) veya karşı cinsellik⁶ (*heterosexual*) biçiminde kendisini gösteren erkek fuhşu, Avrupa ve Amerika'da 1960'lı yıllardan bu yana oldukça artmıştır. Bunun temel nedeni, eşcinselliği ahlaken düşüklük olarak gören ahlak normlarının etkisini kaybetmiş bulunmasıdır. Yine, özellikle Avrupa ülkelerinde eşcinselliğin suç olmaktan çıkartılması, eşcinselliği artırıcı bir rol oynamıştır.⁷

Fahişelik konusundaki tartışmalar, özellikle kadının cinselliğini düzenleyen kurallar olmak üzere fahişeliğin tarihi ve sosyal koşullarla bağlantısı kurulmadan tam bir şekilde anlaşılabilir. Kadının cinselliğini düzenleyen kuralların genel olarak iki kaynağı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, dini ve ahlaki (*puritanical*) değerleri kaynak olarak kabul eden anlayıştır. Bu anlayışa göre, önüne gelen herkesle seks yapan bir kadının davranışı ahlaksız (*immoral*) davranış olduğundan bu davranışların bastırılması (*repression*) gerekir. İkinci kaynak ise kapitalist güdülerini kaynak olarak kabul eden bir anlayıştır. Bu anlayışa göre, fahişelikten satıcısı (*pimp*) yararlanır. Daha açık bir deyişle, fahişelik yapan kadın kendi emeğini satmış olmasına rağmen, elde edilen kârın büyük çoğunluğu onun satıcısına kalır. İster dini ve ahlaki yaklaşım, isterse kapitalist yaklaşım kabul edilsin bunlardan her birinde kadının cinselliğini düzenleyen kurallar oluşturulmasında pederşahi (*patriarchal*) bir çerçevede erkeklerin ağırlığı hissedilmektedir.⁸

Bu çalışmada, öncelikle fuhşun tarihçesi incelenecek, daha sonra fuhş hakkında genel bir bilgi verilecek, en sonunda ise fuhş hakkındaki Türk pozitif hukuk normları incelenerek onların bir değerlendirilmesi yapılacaktır.

I. TARİHÇE

Bu kısımda, fuhş; Dünya, Amerika ve Türk tarihi açısından incelenecektir.

⁶ Karşı cinsellik şeklinde görülen erkek fuhşunun bu türün de özellikle zengin bayanlarla çıkar karşılığı yapılan cinsel birliktelikler yapılmaktadır. Bu durum "jigololuk" olarak da adlandırılmaktadır.

⁷ Krş. Dönmezer, *a. g. e.*, s. 340 dip not 21.

⁸ Lesieur ve Welch, *Vice Crimes: Individual Choices and Social Controls*, s. 207.

1. Dünya Tarihçesi

Dünyanın en eski olgusu⁹ olarak kabul edilen fahişeliğin tarihçesi çok eski toplumlara kadar uzanmaktadır.¹⁰ Bullogh (1980) adlı yazar, dünyada fahişelik konusundaki ilk kayıtlara eski Mezopotamya'da rastlanıldığını belirtmektedir. Daha açık bir deyişle, Bullough, Mezopotamya'da rahiplerin çocuk doğurtma işiyle ilgili cinsel faaliyetlerde bulduklarını ve orada kadınlardan kendilerini tapınağa hediye etmelerinin istendiğini ifade etmektedir.¹¹

Rathus (1983) ise benzer bir dizgenin (*system*) eski Yunan'da geliştiğini ve İ.Ö. 550 yılında ruhsatlı kerhanelerin Afrodit Tapınağı'nı finanse ettiklerini ifade etmektedir.¹² Daha doğru bir deyişle, eski Yunan'da fuuş; kutsal fuuş ve din dışı fuuş şeklinde ikiye ayrılmış; kutsal fuuş, Korinthos ve Efes'teki Afrodit tapınaklarının din adamları tarafından örgütlenirken, din dışı fuuş, devlet görevlilerinin denetimi altındaki evlerde genel kadınlar tarafından yapılmıştır. Eski Yunan'da, kibar fahişeler, şölenlerde müzisyen ya da dansöz olarak ortaya çıkmışlar, kimileri ise siyaset adamlarıyla ilişki kurarak etkinlik kazanmışlardır.¹³

Hagan (1986), ortaçağda fahişeliğin ekonomik yapının ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu ve kilisenin de onu vergilendirdiğini belirtmektedir. Karşılaştırmalı kültürel ve tarihi analizler sonucunda, fahişelerin bazı toplumlarda saygın bir yere sahip olduğu da kanıtlanmıştır. Bu bağlamda, Davis (1961), Yunan'da *hetaerae*, Roma'da *lupanaria*, Hindistan'da *devadadis* ve Japonya'da *geyşa*'ların saygın bir sosyal statü ve prestije sahip olduklarını belirtmiştir.¹⁴

Tarihsel incelemeler, fahişeliğin yalnızca karşı cinsler (*heteroseksüel*) arasında olmadığını da göstermektedir. Gerçekten de, Karlen'in (1971) ifade ettiği gibi, örneğin, 1700'lü yıllarda İngiltere'de "*Molly*

⁹ Lesieur ve Welch, fahişeliği "profesyonel bir meslek" olarak nitelendirmektedir ki, bu kanımızca doğru değildir. Çünkü gerek eski yıllarda gerekse günümüzde fahişeler meslek icra eden kişiler olarak değil, "sek köleleri" olarak görülmektedir.

¹⁰ A. g. e.,

¹¹ Nak. Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 207.

¹² Nak. A. g. e.,

¹³ *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, 9. Cilt, s. 4322.

¹⁴ Nak. Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 207.

Evləri" aynı cins (*homoseksüel*) fuhşun merkezi olmuştur. Bu evlerde, erkekler sık sık kadın elbisesi giymişler ve müşterileri için parti düzenlemişlerdir. Karlen bu konuda meşhur bir İngiliz "*Molly Evi*" örneğini de vererek bu evin yöneticisi olan Margaret Clap'ın soy isminin bir zührevi hastalığın meşhur bir ismi olduğunu belirtmektedir.¹⁵

2. Amerika'daki Tarihçesi

Amerika'nın ilk kuruluş yıllarında toplum içerisinde sıkı bağ bulunduğundan toplum fuhşa karşı bir duruş sergilemiştir. Bununla birlikte, Amerika, sanayileşmeye ve göçle birlikte kentleşmeye başlayınca, Amerika'da fuhş yaygın bir hale gelmiştir.¹⁶ Gerçekten de, Gilfoyle (1992) ve Roberts'in (1992) belirttiklerine göre, çoğu büyük kent merkezlerinde fahişelik yalnızca görünür olmakla kalmamış, bunun yanında, kent yaşamının bir parçasını da oluşturmuştur. Fahişeler, bu işleri yapan lüks lokantalarda, tiyatrodaki, kafede, otelelerde, kuaför salonlarında, tütün mamulü satan dükkanlarda, pastanelerde (*delicatessen*), fırınlarda ve neredeyse kentlerin her yerinde çalışmışlardır. Bu fahişelerin müşterilerini de her etnik grup, sosyal sınıf ve meslekten oluşan erkekler oluşturmuştur.¹⁷ Winick ve Kinsie'nin (1971) belirttiğine göre "*fahişeler*" (*prostitutes*) kavramı, "*avcılar*" (*hookers*) kavramı gibi Amerikalı General Hoseph Hooker¹⁸ ve ordusuna seks hizmeti sunan kadınlara verilen etiketten (*kulptan*) türetilmiştir. Yazarlar, "*kırmızı ışıklı caddeler*" (*redlight districts*) kavramının ise XX. yüzyılın başlarında, demiryolu işçilerinin fahişeye çıktıkları esnada çadırlarının dışına kırmızı lamba asmaları olgusundan türetildiğini belirtmektedirler.¹⁹

¹⁵ Nak. A. g. e., s. 207-208.

¹⁶ Bkz. A. g. e., s. 208.

¹⁷ Nak. A. g. e.,

¹⁸ Bu general, Amerikan iç savaşı sırasında "Fighting Joe" takma adıyla Williamsburg'ta ün kazanmıştır (1862). Hooker, Fotomac ordusu komutanıyken (1863), Chancellorsville savaşını kaybetmiş, daha sonra Chattanooga zaferinin kazanılmasına katkısı olmuştur. Hooker, 1868 yılında kadar çeşitli eyaletlerin valilik görevlerinde bulunmuştur. Bkz. *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, 11, Milliyet Yayınları, 1992, s. 5385, "Hooker (Joseph)" maddesi.

¹⁹ Nak. Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 208.

Fahişeliğin Amerika'daki yakın tarihçesinin karakterize eden olgu, kötü şöhreti olan genelevlerde yaşanan bazı heyecan verici (*sensational*) olayların görsel basına aktarılmasıdır. Örneğin, kötü şöhretli Texas Genelevinden esinlenerek *The Best Little Whorehouse in Texas* adlı film yapılmıştır. Bunun gibi New Orleans'ın *Storyville*, Nevada'nın *Mustang Ranch*, *Pink Pusscat* ve *Miss Kitty* adlı filmler de bölgelerindeki kötü ünü bulunan genelevlerden ilham alınarak oluşturulmuştur. 1980'li yıllarda genç bir sosyete olan Sydney Biddle Barrows, New York Kentindeki Manhattan'ın üst batı tarafında bir randevu evi işleterek fuhşu cazipleştirmiştir. Mayflower yerleşimcilerinin torunu olduğu için Mayflower Madam olarak adlandırılan Bayan Barrows'un fahişeleri saatte 125 ila 400\$ arasında kazanç sağlamıştır.²⁰

Bununla birlikte şu husus hiç bir zaman zihinden uzak tutulmamalıdır ki, fahişelik hiç bir zaman mali bağımsızlığı sağlamaya yetecek tarzda cazibeli bir iş değildir. Tarihsel incelemeler sonucu, kadınının fahişelik yapmasının temel nedeninin toplumda kadının emeğine verilen düşük değer olduğu anlaşılmıştır.²¹ Gerçekten de George Bernard Shaw'ın (1905) belirttiği gibi fahişeliğe kadının ahlaken düşük ve erkeğin çapkın olması değil, kadının düşük ücret alması, emeğine daha az değer verilmesi ve fazla çalıştırılması yol açar. Shaw, kadına reva görülen bu zulüm sonucu, bunun bedelini daha ağır ödeyerek fazilet yerine günah kazanıldığını ifade etmektedir.²²

Fuhşun yaygınlığını ölçebilmek için Amerika'da zaman zaman ampirik araştırmalar da yapılmıştır. Örneğin, Kinsey ve diğerleri (1948, 1953) ile Hunt (1974) yapmış oldukları ampirik araştırmalarda erkeklerin fahişeleri ne kadar sıklıkla ziyaret ettikleri sorusunun yanıtını öğrenmeye çalışmışlardır. Kinsey ve arkadaşlarının bulgularına göre II. Dünya Savaşı'ndan önce beyaz adamların %50'sinin fahişeleri ziyaret ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Hunt ise üniversite eğitimi alanların %45'inin, üniversite eğitimi alanların ise %35'inin fahişelerle

²⁰ A. g. e., Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere, fahişenin kazancının büyük kısmı satıcısına ait olduğundan fahişelerinin kazandığı paranın büyük kısmının satıcısı olan "Mayflower Madam"a ait olduğu unutulmamalıdır.

²¹ A. g. e.

²² Nak. A. g. e.

yattığı sonucuna ulaşmıştır.²³ Erkeklerin fahişlerle yatma olgusundaki bu düşüşün gerçek olup olmadığı bilinmemektedir, çünkü söz konusu iki araştırmanın yöntemi birbiriyle karşılaştırılabilir değildir. Bununla birlikte, gözlemciler, 1990'lı yıllarda AIDS, herpes gibi hastalıkların artması sonucu oluşan sağlık kaygıları sonucu erkeklerin fahişeleri daha az ziyaret ettiğini, en azından, prezervatif kullanarak insanların daha dikkatli olduklarını ifade etmektedirler.²⁴

Sağlık nedenleri, fahişeliğin serbestleştirilmesinin lehinde ve aleyhinde olan düşünceleri de etkilemiştir. Bu bağlamda, fahişeliğin serbest bırakılmasına karşı çıkanlar, kamunun sağlık riskinin en aza indirilebilmesi için fahişelin suç olarak kalmasını istemekte, buna karşın, fahişeliğin serbest bırakılmasını isteyenler ise örneğin AIDS ve zührevi hastalıkların fuhşun serbest bırakılması durumunda düzenli bir şekilde kontrol edileceğini ifade ederek sağlık riskinin daha iyi bir şekilde gözetlenebileceğini savunmuşlardır.²⁵

Söz fuhşun yasallaştırılmasından açılmışken, bir hususa temas etmek uygun olacaktır. Amerika'da kimi yazarlar, fuhşu bir suç olarak görmekten ziyade, onu, yetişkinler arasında rızaya dayalı olarak yapılan bir sözleşme olarak nitelendirmektedirler. Bununla birlikte, fuhş ister suç olarak görülsün isterse sözleşme olarak görülsün Amerika'da uygulaması son derece yaygındır.²⁶ Pateman (1988) ve Rhode (1989) belirttiklerine göre Amerika'da 250.000 tam-gün çalışan fahişe bulunmakta ve bunlar haftada 1,5 milyon müşteriye hizmet(!) vermektedir. Fuhuştan kazanılan yıllık para, genel olarak, 7 ila 9 milyar dolar arasında değişmektedir.²⁷

3. Türk Tarihçesi

Türk tarihçesi bakımından fuhş konusundaki bilgilerimiz daha çok Osmanlı döneminden başlamaktadır. Bu bağlamda, Osmanlı İmparatorluğu'nda şeriat yasalarının kesin olarak yürürlükte bulun-

²³ Nak. A. g. e.

²⁴ A. g. e.

²⁵ A. g. e., s. 208-209.

²⁶ A. g. e., s. 207.

²⁷ Nak. A. g. e.

duğu II. Meşruiyet öncesi dönemde, fuuş çok ağır bir suç olarak kabul edilmekteydi. Bununla birlikte, İslam dini çekeşliliğe (taaddüdü zevcat) ve halayıkların²⁸ yatağa alınmalarına (istifras) izin verdiği için fuuşa pek rastlanmazdı. Başta padişah olmak üzere, İstanbul'da saray çevresi ve varlıklı erkekler, esir tacirlerinden satın aldıkları cariyeler arasından hoşuna gidenleri "odalık" adı altında nikahsız eş olarak kullanabilmekteydiler. Bu kadınlardan olan çocuklar da meşru sayılmaktaydı. Bu odalıklar sonradan sahibince özgür bırakılmakta ve konakta bir yer edinmekte ya da uygun görülen bir erkeğe nikahlanarak cıracık çıkartılmaktaydı.²⁹

Tüm bu olanaklara rağmen fuuş yine de Osmanlı döneminde tam olarak önlenememişti. Büyük kentlerde, özellikle İstanbul'da yarı-gizli fuuş yuvaları bulunmaktaydı. Bu yuvalar, İstanbul'da genel olarak Hıristiyan azınlıklarla yabancıların yoğun olarak yaşadığı Galata ve Beyoğlu gibi semtlerde bulunmakta "sermayeleri"ni de Rum, ermeni, Yahudi, çingene gibi yerli azınlıklar oluşturmakta idi. Müslüman bir kadının bu yerlerde çalışmasına kesinlikle izin verilmezdi. Kanuni Sultan Süleyman'ın kanunnamesi uyarınca, fuuş, bu suçu işleyenin servet durumuna göre 12 para ile 10 kuruş arasında değişen para cezasıyla cezalandırılırken, genç kızlarla erkekleri baştan çıkararak için hadım etme cezası uygulanırdı.³⁰

Osmanlı devletinin son dönmelerinde İstanbul'un adı geöen semtlerinde açılan "baloz" ve "kafeşantan"lar da bu tür uygunsuz kadınların barındığı yerlerdi. Ayrıca, İstanbul'da başka gizli fuuş yuvaları da bulunmaktaydı. Bunlardan nüfuzlu kişiler tarafından korunan yerler ayrıcalıklı bir konuma ulaşmıştır. Daha somut bir deyişle, beyzade ve paşazadelerden tanınmış kişilerin devam ettiği fuuş yuvaları, güvenlik kuvvetlerince bilindiği halde bunlara dokunulmazdı. Bununla birlikte, söz konusu fuuş yuvalarının eğer koruyucusu gözden düşerse bu evlere baskın yapılır ve kapatılırdı. Ancak, çalıştırıcı nüfuzlu yeni

²⁸ Savaşta tutsak edilen, para karşılığı esir pazarlarından alınan ya da bir devlet büyüğü tarafından (padişah, vezir gibi) armağan edilen ve sahibinin her isteğini yapmak zorunda olan cariyeye "halayık" denilir. Bu sözcüğün eş anlamlısı "karavaş"tır. Bkz. *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, 10. Cilt, Milliyet Yayınları, İstanbul, 1992, s. 4951 "halayık" maddesi.

²⁹ *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, 9. Cilt, s. 4322-4323.

³⁰ A. g. e., s. 4323.

bir efendi bulursa evi yeniden açtırdı. Fuhuş evleri için kentin تنها yerleri seçilir ve çevrenin dikkatini çekmemeye özel önem verilirdi. Mahalle ve semt delikanlılarının bu açıdan çok uyanık olmaları yüzünden kuşkulu evler, başta imam olmak üzere bekçi ve mahalleliler tarafından basılır, kadınlara zamparası ağır hakaretlere uğrar, iş nikaha kadar giderdi.³¹ Ancak, İstanbul'da, XIX. yüzyılın sonlarına doğru daha önce Avrupa'da başlayan ve resmi kurumlar tarafından genelevlerin ruhsatlandırılması uygulamasına geçilmiştir. Aynı dönemlerde frengi tüm imparatorluğa yayıldığı için bu hastalık ile savaşım çok önemsenmiştir. Bu nedenle, 1915 yılında Emraz-i Zühreviyye'nin Men-i Sirayeti Nizamnamesi yayımlanmış ve bir kurul oluşturulmuştur.³²

Diğer yandan, Osmanlı döneminde eşcinsel ilişkiler de fuhuş kapsamında ele alınmıştır. Yabancı kaynaklar, Osmanlı döneminde cinsel sapıklığın II. Beyazıt döneminde başladığını savlamaktadır. Daha açık bir deyişle, Osmanlı örfünün yasakları gereğince kadının sokakta görünmemesi dolayısıyla İmparatorlukta eşcinsel ilişkiler yaygınlaşmıştır. Bununla birlikte, edilgen eşcinsellik (oğlanlık) ayıp sayılmasına karşın, etkin eşcinselliğe (oğlancılığa) genelde göz yumulmuştur. Böylece birçok ünlü divan şairine esin kaynağı olan bu sapıklık, bir tür erotik edebiyatın gelişmesine de yol açmıştır. Büyük kentlerde genç erkek sunan özel evler; "imam evleri", "oğlan hamamları" adıyla anılmıştır. Yine, Osmanlı döneminde, sefere çıkan ya da sürgüne gönderilen bir yüksek devlet görevlisi, yolculuk güçlükleri ve kaçgöç nedeniyle eşini yanında götürme zorluğu yüzünden *gulam* ya da *tıflı* (tıfıl) denen genç bir erkeğin maddi ve manevi dostluğuna başvurmuştur.³³

Osmanlı'da saraylarda, zengin konaklarında harem ve selamlık dairelerinin ayrı olmaları yüzünden kadınlar arasında da eşcinsel eğilimler gelişmiştir. Bununla birlikte, toplumda, "*sevicilik*" pek ayıplanmamıştır. Sevici kadınlar, genelde çok zarif, nükteci ve şair ruhlu kişiler olduklarından toplum, bu kişilere saygı göstermiş, ancak, kızlar ile genç evli kadınlar, onların meclislerinden uzak tutulmuştur.³⁴

³¹ A. g. e.

³² *Seks Ticareti*, s. 12.

³³ A. g. e.

³⁴ A. g. e.

I. Dünya SavaŒı ve mütareke yılları fuhuŒ açısından İstanbul için dönüm noktası oluŒturmuŒtur. Daha açık bir deyiŒle, savaŒın getirdiği yoksulluk nedeniyle Müslüman kadınlar da genelevlerde alıŒmaya baŒlamıŒlardır. Yukarıda belirtildiği üzere, Osmanlı Devleti'nde yabancılar, fuhuŒ iŒini serbestçe icra edebilmekteydiler. Çünkü fahiŒeler, kapitülasyonların güvencesi altında bulunmaktaydı. İstanbul'da mütareke yıllarında, yabancı vesikalı fahiŒeler arasında Rus kadınları 171 kiŒiyle baŒta gelmekteydi. Daha somut bir deyiŒle, iŒgal kuvvetlerinin cinsel gereksinimlerini karŒılamak için genel ve eğlence yeri sahipleri Rusya'dan kadın getirmiŒlerdir.³⁵

Cumhuriyet ilan edildikten sonra kadının yavaş da olsa toplum yaŒamına aktarılması ve okullarda karma eğitime yer verilmesi üzerine eŒcinsellik önemli ölçüde ortadan kalkmıŒtır.³⁶ Ancak, Cumhuriyet döneminden itibaren de fuhŒun "genelevlerde" alıŒan "vesikalı" kadınlar tarafından sürdürülmesine devam edilmiŒ, aŒaėıda üzerinde durulacağı üzere 1930 yılında yürürlüğe giren Umumi Hıfzısıhha Kanunu ile fuhŒu düzenleyecek tüzük yayımlanması kararlaŒtırılmıŒtır. Bu konuda ilk olarak 1930 yılında FuhuŒla Mücadele Hakkında Tamim yayımlanmıŒ, bu tamim ile genelevlerin ve vesikalı kadınların sayısı sınırlandırılmak istenmiŒtir. 1933 yılında ise yine Umumi Hıfzısıhha Kanunu esas alınarak FuhuŒla ve FuhuŒ Yüzünden BulaŒan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Nizamnamesi yürürlüğe girmiŒtir. 1961 yılında yürürlüğe giren ve 1973 yılında hükümleri esaslı bir Œekilde deėiŒtirilen Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve FuhuŒ Yüzünden BulaŒan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü ile 1933 yılındaki "nizamname"³⁷ yürürlükten kaldırılmıŒtır. Halen fuhuŒ sektörünü ze yönelik olarak düzenleyen mevzuat 1961 tarihli bu tüzüktür.³⁸

Günümüzde, Türkiye'de, fuhŒun boyutları inanılmaz derecede artmıŒtır. Türkiye'de ruhsatlı olarak alıŒan 56³⁹ genelev bulunmakta

³⁵ *Seks Ticareti*, s. 12.

³⁶ *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, 9. Cilt, s. 4323.

³⁷ Tüzük.

³⁸ *Seks Ticareti*, s. 12.

³⁹ Bu rakamlar, 2007 baŒı itibariyledir.

ve bu genelevlerde yaklaşık 3.000 kadar fahişe çalışmaktadır. Sağlık tedbiri kapsamındaki⁴⁰ fahişe sayısı ise 15.000 civarındadır. Bundan da öte, Türkiye'deki toplam kadın ve transgender (travesti ve transseksüel) fahişelerin sayısının 100.000 civarında olduğu kestirilmektedir. Daha açık bir deyişle, yaklaşık 85.000 fahişe yasadışı veya gizli bir şekilde çalışmaktadır. Bu toplama, sayıları giderek artmakta olan yabancı fahişeler dahil değildir. Ayrıca, sayıları yabancı fahişeler kadar olmamasına ve yerel özellik göstermesine rağmen erkek fahişeler de bu sayıya dahil edilmemiştir. Başta İstanbul olmak üzere on binlerce fahişe sokak ve caddelerde, özel randevu evlerinde, masaj salonlarında, bar, gece kulübü ve pavyon gibi mekanlarda, hatta otobüs ve minibüslerde çalışmaktadır.⁴¹

Türkiye'de, son yıllarda, fuhşun boyutları yalnızca fahişelerin sayısı bakımından artmamış, fuhuştan elde edilen gelir de inanılmaz bir derecede artmıştır. Kuşkusuz, fuhuş sektöründeki gizlilik ve kayıt dışı olgusu yaygın bir şekilde bulunduğu için sağlıklı bir şekilde fuhuştan aylık veya yıllık ne kadar gelir elde edildiğini hesaplamamız olanaklı değildir. Bununla birlikte, haklı bir algıya dayalı olarak fuhuştan büyük çaplı olarak gelir elde edildiğini söyleyebilmemiz olanaklıdır. Gerçekten de 16 Şubat 2001 tarihinde ölen Türkiye'nin en ünlü genelev patroniçesi Matild Manukyan⁴² Türkiye'de vergi listesi sıralamasında 1987 yılında 14. olmuş, 1989 yılında ise 566.000\$ vergi vererek zirveye çıkmış ve beş yıl boyunca da birinciliği kimseye kaptırmamıştır. Manukyan 14 yılda yaklaşık 10.000.000\$ vergi ödemiştir. Bundan başka, Manukyan, inanılmaz bir servet de biriktirmiştir.⁴³

⁴⁰ Fahişelik yapan ancak tescil edilmeyen.

⁴¹ *Seks Ticareti*, s. 29. Bu raporda, bizim "fahişe" dediğimiz şeye "seks işçisi" denilmektedir ki, bu tabirin fuhşun çirkin özelliğini göstermediğini düşünüyoruz ve onu kullanmaktan kaçınıyoruz.

⁴² Manukyan, soy isminin gerçekte "Manokyan" olduğunu, hep yanlış yazıldığını söylemekteydi. Bir alttaki dip nota bkz.

⁴³ Manukyan hakkında geniş bilgi için Merve Erol'un 10 Şubat 2007 tarihinde *Radikal*'de çıkan yazısına bkz. http://www.radikal.com.tr/ek_haber.php?ek=cts&haberno=6478, Erişim Tarihi, 6.7.2009.

II. FAHİŞELİĞİN TÜRLERİ

Fahişeliğin günümüzde değişik türleri bulunmaktadır. Bunlardan ilki, *sokak fahişeliği*dir. Sokak fahişeleri en fazla göze görünen fahişelerdir. Bu fahişeler, genelde, büyük kentlerde şiddet eğiliminin fazla görüldüğü ve uyuşturucu satılan bölgelerde faaliyet gösterirler. Bu yüzden, söz konusu fahişeler en fazla mesleki tehlikelerle karşı karşıya kalırlar. Daha açık bir deyişle, bunlar, hastalıklara ve tutuklanmaya karşı korumasız ve çaresiz kalmakta, satıcıları ile müşterileri tarafından kötü muameleye de maruz bırakılmaktadır. Bu tip fahişelerin elde ettiği kazanç göreceli olarak azdır, ayrıca, ucuz otel, sokak, duvar dip-leri, araba ve ağaç altı gibi yerlerde çalıştıkları için çalışma koşulları da âdidir. Sokak fahişelerinin çoğunluğunu dışlanmış toplum kesiminin yoksul aile üyeleri oluşturur.⁴⁴ Bundan da öte, Inciardi'nin (1989, 1991) belirttiği gibi sokak fahişelerinin birçoğu, madde bağımlısı olduklarından maddeyi elde etmek için fuuşu sürdürürler.⁴⁵

Diğer tip fahişelik türü ise *bar kızı* (*b-girl*) olarak adlandırılır. Bar kızı; taverna, bar veya meyhanelerin yöneticileriyle işbirliği içinde çalışırlar ve fuuş yapmadan önce barda kendilerine sulandırılmış içki⁴⁶ ısmarlatılarak müşterinin taverna, bar veya meyhaneye yüksek miktarda hesap ödemesini sağlarlar.⁴⁷ Winick ve Kinsie'nin (1971) belirttiğine göre, askeri bölgelerin yakınındaki taverna, bar veya meyhaneler, bar kızlarının geleneksel olarak tercih ettiği mekanlardır.⁴⁸

Başka bir fahişelik türü ise "*ev kızı*" (*house-girl*) şeklindedir. Ev kızı, doğrudan "*madam*" veya "*mama*"⁴⁹ tarafından yönetilen bir genelevde çalışırlar. Bununla birlikte, günümüzde genelevlerin çoğunun yerini masaj salonları ile refakatçi (*escort*) hizmetleri almış olup, oralardan müşteriler, genelevlere benzer hizmetler satın almaktadırlar.⁵⁰

⁴⁴ Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 209-210.

⁴⁵ Nak. Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 210.

⁴⁶ Bu tür içki "vol" olarak da adlandırılır.

⁴⁷ Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 210.

⁴⁸ Nak. Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 210.

⁴⁹ Türkçede yanlış bir şekilde kadın satıcıları için "hacı ana" denilmektedir ki, bu ifade kadın satıcılığı cazip hale getirdiği için doğru değildir.

⁵⁰ Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 210.

Luckenbill'in (1986) yaptığı bir ayrıma göre erkek fahişeler de kadın fahişeler gibi *sokak, bar veya refakatçilik yapan fahişeler* olmak üzere çeşitli kategorilere ayrılmaktadır.⁵¹ Bununla birlikte, erkek fahişelerin yaptığı işin doğası gereği genellikle eşcinsel ilişkidir. Fahişelik ve ticari ahlaksızlıktan dolayı tutuklananların üçte birini satıcılar dahil erkekler oluşturmalarına rağmen, erkek fahişelik konusunda pek fazla bilimsel araştırma yapılmamıştır.⁵²

Siegel'in (1986) belirttiğine göre, fahişelikte daha yüksek bir profesyonellik *telekız "call girl"* şeklindeki uygulamadır. Siegel, telekızların müşteri başına 500\$ aldığını ve yıllık olarak 100.000\$ kazandığını ifade etmektedir.⁵³ Telekızları, daha sık bir şekilde orta sınıfa mensup ailelerden yetişmekte ve seks hizmetleri dışında başka hizmet de sunduklarını belirtmektedirler. Örneğin, bu kızlar, müşterilerinin kendilerine olan güvenini (*self-esteem*) güçlendirdiklerini ve onları seks bakımından tatmin ettiklerini de ileri sürmektedirler. Telekızlar da zaman zaman müşterileri tarafından kötü muameleye bırakılsalar da, bu kızlar, müşterileriyle çıkmadan önce genellikle onların referanslarına bakmaktadırlar. Telekızlar; pahalı otel veya kendi evlerinde çalıştıkları için diğer fahişelere göre daha iyi çalışma koşullarına sahiptirler. Diğer fahişelerle karşılaştırılırsa telekızların daha yüksek bir iş statüsü ve prestije sahip olduğu varsayılır.⁵⁴

Fahişeliğin türleri hakkında verilen bu kısa bilgiden sonra "*fahişeliğin sosyalleşmesi*" hakkında genel bir bilgi verilmesi uygun olacaktır.

III. FAHİŞELİĞİN SOSYALLEŞMESİ

Fahişenin rolü, fahişe olarak adlandırılan kişinin kimliğinin bilinmesi yoluyla tam olarak anlaşılabilir. Gerçekte, fahişenin sosyalleşmesi, fahişe kimliğini aşama aşama oluşturan değişik evrelerin izi sürülerek en iyi bir şekilde anlaşılabilir.⁵⁵ Bu bağlamda, Davis (1978), fahişe kimliğinin ortaya çıkmasını (*turned out*) üç aşamalı bir süreç ile

⁵¹ Nak. Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 210.

⁵² Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 210.

⁵³ Nak. Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 211.

⁵⁴ Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 211.

⁵⁵ Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 211.

açıklamaktadır. Birinci aşamada, kadın, seksi bedava vermek yerine satmanın daha heyecanlı ve kârlı olduğunu öğrenir, daha sonra kadın, yoldan çıkma sürecine girer, bu aşamada, kadın, kendisini geleneksel olarak tanımlar ve fuuşu yarı-zamanlı (*part-time*) bir iş olarak değerlendirir. Son aşamada, kadın, “fahişe” şeklindeki kendi anormal kimliğini benimser. Davis, geleneksel olarak sosyalleşme sürecinin, diğer fahişeler tarafından türetilen argo, sosyal destek ve çıraklık ilişkisinden doğan grup etkileşimi vasıtasıyla sağlandığını da ifade etmektedir.⁵⁶

Bununla birlikte, Fin fahişelerinin durumunu 1867 ila 1980 yılları arasında tarihsel bir analizle incelese de, fahişe kimliğinin ortaya çıkması bakımından Häkkinen’in yapmış olduğu dönemsel ayırım, Türk fahişelerinin durumuna daha fazla benzediği için⁵⁷ bize Davis’in görüşünden daha fazla inandırıcı gelmektedir. Häkkinen de, fahişe kimliğinin tam olarak ortaya çıkmasını üç döneme ayırmaktadır. Yazar, ilk dönemi, gizlilik (*clandestine*) dönemi olarak adlandırmakta ve yaklaşık iki yıl veya daha az süren bu dönemde yapılan fuuşun gizli tutulduğunu belirtmektedir. İkinci dönem ise kayıtlılık (*registered*) dönemi olup, ilk dönemden sonra, aşağı yukarı iki ila beş yıl arasında süren bu dönemde kişi fahişe olarak saptanmakta ve yetkililer tarafından sicile kaydedilmektedir. Sonuncu dönem ise yabancılaşma (*alienation*) dönemi olup, bu dönemde fahişe kazandığı ücreti kendisine alıkoymaya başlamaktadır. Yazar, yaklaşık beş yıldan fazla süren bu dönemde, fahişenin, uyuşturucu ve alkole düştüğünü, müşteriler ve dizge (*system*) tarafından kötü muameleye maruz kaldığını ifade etmektedir.⁵⁸ Bundan başka, Häkkinen, bir kadının fahişe olmasının altında yatan üç temel nedeninin bulunduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, bunlar, kişisel ve bağımsız olarak fahişelik yapmaya karar verme, diğerleri tarafından ikna edilme ve ekonomik veya diğer faktörler bakımından bu işe zorlanmaktır.⁵⁹

⁵⁶ Nak. Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 211.

⁵⁷ Bununla birlikte, hiç bir ülkedeki fahişelerin durumu Türk fahişelerinin durumuna tam olarak benzememektedir. Aşağıda anlatılacağı üzere özellikle genelevlerde çalışan Türk fahişeleri genellikle “zora/zorbalığa dayalı” olarak çalıştırılmaktadır.

⁵⁸ Häkkinen, *How a Woman Becomes a Prostitute and How She Finds a Way Out*, s. 136.

⁵⁹ A. g. e.

Goldstein (1983) ve Luckenbill'in (1986) belirttiklerine göre geleneksel mesleklerin yörüngesine bezer şekilde fahişeler arasında iş hareketliliği (occupational- mobility) gözlemlenmektedir. Daha açık bir deyişle, yazarlar, geleneksel mesleklerde olduğu gibi ırk, zeka, kişisel ilişkiler, kendisini sunum (self-presentation) ve hırs gibi faktörlerin erkek ve kadın fahişelerin iş hareketliliği üzerine büyük etkide bulunduğunu ifade etmektedirler.⁶⁰

Fahişelerin sosyalleşme süreci bağlamında son olarak önemli bir hususa temas etmek gerekir. Özellikle 1980'li yıllardan itibaren, Amerika Birleşik Devletleri'nde, sokakta birlikte yürüyen fahişe kadınlar ile dostları veya satıcıları arasındaki *sahte-aile* "*pseudo-familie*" ilişkisi üzerine araştırmalar yoğunlaşmıştır. Romenesko ve Miller'in (1989) yapmış olduğu ampirik bir araştırmaya göre, sahte aile ilişkisinin oluşturulmasında parıltılı ve ekonomik olanaklara sahip bir yaşamın kurulması şeklinde bir çekicilik bulunmasına rağmen, bu şekilde ağırlıklı olarak çok yönlü pedersahi (*heteropatriarchal*) bir olgu üzerine kurulmuş bulunan sahte ailelerde, fahişeler, kendilerini çok kısa bir zaman diliminde tuzağın içerisine girmiş olarak bulmuşlar ve daha iyi yaşam olanağı elde etme yerine yaşamları bozulmuşlardır. Bundan da öte, sahte aileye, daha genç, çekici ve uyumlu kadınların katılması olgusunun bulunması durumunda, fahişelerin yaşamları daha da berbat bir hale gelmiştir. Çünkü böyle bir olgunun bulunduğu durumlarda, daha yaşlı fahişeler dışlanmışlardır.⁶¹

Fahişeliğin sosyalleşme süreci hakkındaki bu bilgilerden sonra "*fahişelerin maruz kaldığı mağduriyetler*" üzerinde durmak uygun olacaktır.

IV. FAHİŞELERİN MARUZ KALDIĞI MAĞDURİYETLER

Bu kısımda fahişelerin ne tür mağduriyetlere maruz kaldığı incelenecektir. Gerçi, burada anlatılacak olan mağduriyetler Amerika'daki fahişeler bakımından dile getirilmiş olsa da, dile getirilen hususların

⁶⁰ Nak. Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 211.

⁶¹ Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 211.

Türkiye'deki fahişeler bakımından da geçerli olmaması için herhangi bir sebep yoktur.⁶²

Fahişeliğin görüldüğünden daha az parıltılı yönü bulunmaktadır.⁶³ Hatta Millett (1973), haklı olarak, fahişeliği, kadının âdi (*inferior*) sosyal statüsünün genişlemesi olarak betimler.⁶⁴ Bundan da öte, Sheehy (1973), toplumda, fahişenin, bağımsız çalıştığı yönünde bir ön yargı oluşmuş bulunduğunu, ancak duruma yakından bakıldığı zaman, bunun gerçek olmadığını, daha açık bir deyişle, fahişelerin müşterileri ve satıcıları tarafından sömürüldüğünün görüleceğini belirtmektedir.⁶⁵ Conklin (1986) ise, fahişelerin, kendi seksi fantezilerine ulaşmak isteyen erkek müşterileri tarafından kuşatıldıklarını, geliri ile çalışma yaşamlarını kontrol eden satıcılarınca de suiistimal edildiklerini ifade etmektedir.⁶⁶

Buna ilave olarak, Heyl (1979), erkeklerin, kadın fahişelerden başka türlü yararlandıklarını da savlamaktadır. Daha somut bir deyişle, yazar, ev sahibi, masaj salonu sahibi ve kendi siyasi kampanyalarını "ahlaksızlığı temizlemek" üzerine kuran politikacıların da fahişeler üzerinden çıkar temin ettiklerini ileri sürmektedir.⁶⁷

Bunun yanında, Balkan ve diğerlerinin (1980) isabetli olarak belirttikleri üzere, ceza hukuku sistemi de fuhuştan doğan mağduriyetin oluşumuna zemin hazırlamıştır. Gerçekten, erkek fahişeler de yasa dışı fuhuş yapmalarına karşın, bunların tutuklanma oranı, yasa dışı fuhuş yapan kadın fahişelere kıyasla oldukça düşük kalmıştır. Yine, fuhuştan yakalanıldığı zaman, müşterilerden ziyade, fahişeler tutuklanmış ve yargılanmışlardır. Fahişeler sık sık dövülmüş ve kötü muameleye tabi tutulmuş, hatta kimi zaman cinayete kurban gitmiş, bununla birlikte, toplum, fahişelere reva görülen bu muameleyi edilgen (*passive*) bir şekilde "iş tehlikesi" olarak nitelendirmiştir. Örneğin, 1978 yılında Los Angeles'in "Hillside Strangler" bölgesinde işlenen toplu cinayetlere,

⁶² Hatta, Türkiye'deki fahişeler, aşağıda anlatılacağı üzere Amerika'daki fahişelerden daha fazla mağdur edilmektedir.

⁶³ Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 212.

⁶⁴ Nak. Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 212.

⁶⁵ Nak. Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 212.

⁶⁶ Nak. Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 212.

⁶⁷ Nak. Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 212.

toplum, ilk başta mağdurların fahişe olduğu gerekçesiyle ilgisiz kalmıştır. Bununla birlikte, bu gerekçenin doğru olmadığı ortaya çıkınca, kamu, söz konusu cinayetlere çok kızgın bir şekilde tepki vermiştir.⁶⁸

Fuhuştan doğan bir başka mağduriyet, Cohen ve diğerlerinin (1988) belirttiği gibi özellikle zührevi hastalıklar ve AIDS olmak üzere çeşitli hastalıklara maruz kalınmasıdır. Gerçi, halk, fuhuş nedeniyle maruz kalınan hastalıkları zihnen abartma eğilimi taşısa da –çünkü fahişeler kendilerini koruma konusunda oldukça dikkatlidirler– sür-git bir şekilde, rasgele ve düzensiz olarak yapılan cinsel ilişkinin söz konusu hastalıklara maruz kalma riskini artırdığı ortadadır. Bununla birlikte, şu hususu vurgulamak gerekir ki, özellikle sokak fahişeleri olmak üzere fahişelerde yüksek oranda AIDS vakalarına rastlanılmaktadır. Bunun temel nedeni, fahişelerin diğer kişilere göre daha fazla oranda uyuşturucu bağımlısı olmaları, özellikle, damardan uyuşturucu almaları ve bunun sonucunda da, örneğin uyuşturucu alırken virüslü şırıngayı paylaştıklarından yüksek olasılıkta AIDS riskine maruz kalmalarıdır.⁶⁹

Amerika Birleşik Devletleri'nde, günümüzde, kamunun ilgisi, özellikle, büyük şehirlerde çocuk fahişe (18 yaş altı) olgusunun ortaya çıkmış olmasına yönelmiştir.⁷⁰ Örneğin Hagan, (1986) yalnızca New York'da 10.000 erkek çocuk fahişenin –ki bu fahişelerin çoğunluğu *pi-liç avcısı* “*chicken-hawks*” olarak adlandırılan eşcinsel fahişelerdir– bulunduğunu ve Portland'ın fahişelerinin yarısının çocuk fahişelerden oluştuğunu ifade etmiştir. Yine, yazar, 18 yaş altı fahişeliğin New Orleans'da da görüldüğünü, burada, yaşları 8 ila 15 arasında değişen 18 erkek grubunun olduğu bir seks şebekesinin faaliyet gösterdiğini belirtmiştir.⁷¹

Genellikle mağdursuz suç (victimless crime) olarak kabul edilen yetişkin fahişeliğine kıyasla, çocuk (adolescent) fahişeliği güvenlik güçleri tarafından daha yakın bir şekilde izlenmektedir. Bu konudaki

⁶⁸ Nak. Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 212.

⁶⁹ Nak. Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 212. Fahişelerin maruz kaldığı hastalık riskleri konusunda fazla bilgi için ayrıca bkz. Decker, *Prostitution as a Public Health Issue*, s. 81 vd.

⁷⁰ Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 212.

⁷¹ Nak. Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 212.

genel bakış açısı, gençlerin, çocuk fahişeliğinin mağduru (kurbanı) olduğu, genci bu tip sömürü tuzağından kurtarabilmek için ilave çabaların yapılmasının gerekliliğidir. Erken ve kadın çocuk fahişelerin en fazla görülen ortak karakteristik nitelikleri, onların fiziki veya cinsel olarak istismara maruz kaldıkları evlerinden kaçmış olmalarıdır. Bu gençler, büyük şehirlerin sokaklarında yaşamaya çalışırken madde bağımlılığıyla tanışmakta ve fahişeliği, evsizlikten ve göçebe (*transient*) yaşamdan kaynaklanan zorluklardan kurtarıcı olarak görmektedirler.⁷²

Fuşa ve fahişelik hakkındaki bu genel bilgilerden sonra, aşağıda önce, konuyla ilgili temel Türk hukuk normları üzerinde durulacak, daha sonra, bu normların bir değerlendirmesi yapılacaktır.

V. FUUŞ VE FAHİŞELİK HAKKINDAKİ TEMEL TÜRK HUKUK NOrMLARI

Bu kısımda, fuuş ve fahişelik hakkında Türk pozitif hukuku kurallarına değinilecektir. Daha açık bir deyişle, burada, Türk Ceza Kanunu'nun 80 ve 227., Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 128. maddesine temas edilecek ve Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü hakkında genel bir bilgi verilecektir. Kuşkusuz, fuuş ve fahişelik hakkındaki Türk hukuk normları bu sayılan hükümlerden ibaret değildir. Gerçekten de, fuuş ve fahişelik konusunda, Pasaport Kanunu'nda, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nda ve Türk Ceza Kanunu'nun 77. maddesinde hükümler de bulunmaktadır. Ancak, çalışmanın oylumunu artırmamak ve söz konusu hükümler konumuzla doğrudan ilgili olmaması⁷³ gerekçesiyle onların üzerinde durulmamıştır.⁷⁴

⁷² Lesieur ve Welch, a. g. m., s. 212.

⁷³ Türk Ceza Kanunu'nun 77. maddesi hariç. Bu madde üzerinde "sonuç" kısmında durulacaktır.

⁷⁴ Bu hükümler hakkında bilgi için bkz. *Seks Ticareti*, s. 27-28.

1. Türk Ceza Kanunu'nda

Fuhuş ve fahişelik konusunda Türk Ceza Kanunu'nun 80 ve 227. maddeleri incelenecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun 80. maddesi şu şekildedir:

“Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, bas-kı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir.

Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girişilen ve suç oluşturulan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir.

Onsekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hâllerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkrada belirtilen cezalar verilir.

Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükümlenir.”

Türk Ceza Kanunu'nun 227. maddesinde ise öyle bir hüküm bulunmaktadır:

“Çocuğu fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişi, dört yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır.

Bir kimseyi, fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran ya da fuhuş için aracılık eden veya yer temin eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Fuhşa sürüklenen kişinin kazancından yararlanılarak kısmen veya tamamen geçiminin sağlanması, fuhşa teşvik sayılır.

Cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuşsa teşvik eden veya fuhuş yapmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır.

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Bu suçların, suç işlemek amacıyla teşkil edilmiş örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

Fuşsa sürüklenen kişi, tedaviye veya psikolojik terapiye tabi tutulabilir."

2. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda

Fuhuş ve fahişelik konusunda hükme tek bir madde olarak yer veren mevzuat, 24.4.1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'dur. Bu Kanun'un 128. maddesinde; Sağlık ve İçişleri bakanlıklarının ortak bir tüzük yayınlayarak genel kadınlar ve genelevlerin tabi olacakları hükümler ve fuhuş yüzünden yayılan hastalıkların, özellikle zührevi hastalıkların yayılmasına engel olacak önlemleri saptama ve yine ortak bir şekilde uygulayacakları, genel kadınlarla genel evler ve bunlara benzer yerlerin söz konusu tüzükte tanımlanıp sınırlandırılmaları ifade edilmiştir.

3. Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğünde

1593 sayılı Kanun'un 128. maddesinde bahsedilen tüzük, Bakanlar Kurulu'nun 30.3.1961 tarih ve 5/984 sayılı Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi

Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'dür.⁷⁵ Tüzükle, fuhuş denetlemek, fuhuş sebebiyle bulaşan zührevi hastalıkların yayılmasına ve bu yüzden kamu düzeninin bozulmasına engel olmak üzere birisi "*Zührevi Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonları*" diğeri ise "*Zührevi Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonlarına Yardım Kurulları*" olmak üzere iki organ kurulmuştur.

Tüzükte bir takım tanımlar da yapılmıştır. Tüzüğün 15. maddesinde, başkalarının cinsi zevkini menfaat karşılığı tatmin etmeyi sanat edinen ve bunun için değişik erkeklerle münasebette bulunan kadınlara (genel kadın) denileceği ifade edilmiştir. 16. maddede; genel evler; genel kadınların bir arada oturarak fuhuş yaptıkları veya bu amaç için toplandıkları yerler olarak tanımlanmıştır. 17. maddede; fuhuş amacıyla farklı kimselere kısa müddetler için açık bulundurulan kapalı yerlere birleşme yeri denileceği belirtilmiş, 18. maddede ise fuhuş tek başına yapan kadınların ikametgah edinip içinde fuhuş yapmayı itiyat ettikleri yere "*tek başına fuhuş yapılan ev*" denileceği belirtilmiştir. Tüzüğün 19. maddesinde ise bu tüzükte geçen fuhuş yerlerinden anlaşılması gereken hususun; genel ev, birleşme yerleri ve tek fuhuş yapılan evleri kapsayacağı ifade edilmiştir.

Tüzükte temel olarak genel kadınların muayenesine önem verilmiştir. Tüzüğün 25. maddesinde bütün genel kadınların, izinli olsalar dahi haftada iki defa, 18 yaş ila 21 yaş arasındaki kadınların ise on günde bir defa kendilerini resmi doktora muayene ettirmeye mecbur oldukları ifade edilmiştir. Tüzüğün 100. maddesinde ise genel kadınları muayeneye göndermeyen genelevlerin ilkinde bir ay, tekerrüründe ise iki ay kapatılacağı belirtilmiştir.

V. FUHUŞ VE FAHİŞELİK HAKKINDAKİ TÜRK HUKUK NORMLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu kısımda, yukarıda hükümlerine değinilen fuhuş ve fahişelik hakkındaki Türk hukuk normlarının bir değerlendirmesi yapılacaktır.

⁷⁵ Bu tüzüğün tarihçesi için yukarıda anlatılan fuhuşun Türk tarihçesi kısmına bkz.

1. Türk Ceza Kanunu'nun İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Bu başlık altında, Türk Ceza Kanununun 80. maddesi ile 227. maddesi değerlendirilecektir.

a. Türk Ceza Kanunu'nun 80. Maddesinin Değerlendirilmesi

Bu madde bütünsel açıdan önemli hatalar ve eksiklikler taşıdığı gibi fıkraları temelinde de isabetsizlikler taşımaktadır. Konuya öncelikle bütünsel açıdan yaklaşırsak; her şeyden önce, madde başlığının, dolayısıyla suçun isminin "*insan ticareti*" olarak adlandırılması son derece isabetsiz olmuştur. Gerçekten de, Koca'nın belirttiği gibi bu suç tipinde, eylemin, maddi menfaat sağlamak amacıyla yapılmasına bir unsur olarak yer verilmemesi yüzünden onun "*insan ticareti*" yerine "*insan yağması*" veya "*insan sömürüsü*" olarak adlandırılması daha yerinde olurdu. Gerçi, her ne kadar, suçun işlenmesinden dolayı fail dolaylı veya doğrudan bir menfaat sağlayabilirse de, eylemin cezalandırılmasının asıl nedeni, insanın alçaltılması, kişiliğinin yok sayılması ve onun adeta bir eşya gibi yağmanın konusu haline getirilmesidir. Gerçekten de, klasik yağma suçunda⁷⁶ kişiye karşı cebir veya tehditle bir eşya alınıp o eşya üzerinde hakimiyet kurulurken, insan yağması veya sömürüsü suçunda cebir, tehdit veya iradeyi etkileyen diğer araçlarla bir insan üzerinde belirli amaçlarla fiili hakimiyet kurulmaktadır.⁷⁷

Bundan başka, kanun koyucu, insan yağması suçunu düzenlerken gayri resmi ismi Palermo Protokolü, resmi adı Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek İnsan Yağmasının, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol ayrılarak "*kişilerin istismar amaçlı temini*" ibaresine yer vermemiştir. Bu durum, manevi unsurun tayininde kuşku yaratabilecek nitelikte görülmüştür. İnsan ticareti suçunun belirleyici unsuru kişilerin belirli amaçlarla istismarıdır. Bu bakımdan "*istismar*" kelimesinin madde metnine dahil edilmesi uygun olacaktır.⁷⁸ Gerçekten de, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler

⁷⁶ TCK'nın 148. maddesine bkz.

⁷⁷ Koca, *İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu (TCK m. 201b)*, s. 142.

⁷⁸ Değirmenci, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu*, s. 95.

Sözleşmesi'ne Ek İnsan Yağmasının, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol'ün⁷⁹ 3. maddesinde, insan yağması;⁸⁰ kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma, kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması anlamına geldiği, istismar kavramının asgari olarak, başkalarının fuhsunun istismar edilmesini veya cinsel istismarın başka biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmet ettirmeyi, esareti veya esaret benzeri uygulamaları, kulluğu veya organların alınmasını içereceği ifade edilmiştir. İnsan ticaretinin belirtilen yöntemlerden herhangi biriyle yapılmış olması halinde, mağdurun bu istismara razı olup olmamasının durumu değiştirmeyeceği, bu yöntemlerden herhangi birisini içermese bile çocuğun istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınmasının insan ticareti olarak kabul edileceği maddede ayrıca belirtilmiştir.

Maddede, insan sömürüsü veya yağması suçunun mağdurlarına yönelik herhangi bir yardım veya koruyucu önlemin öngörülmemiş olması da önemli bir hata oluşturmuştur. Gerçekten de, Birleşmiş Milletler'in söz konusu protokolünün insan sömürüsü mağdurlarına yönelik yardım ve koruma başlıklı 6. maddesinde; her bir taraf devletin, insan ticaretini ilişkin yargılama işlemlerini gizli yürüterek insan ticareti mağdurlarının özel hayatlarını ve kimliklerini koruyacağı, insan ticareti mağdurları lehine; ilgili yargısal ve idari işlemler hakkında bilgi, ceza yargılamasının uygun aşamalarında mağdurun görüş ve endişelerinin, sanıkların savunma haklarına engel olmayacak şekilde ileri sürülebilmesine ve bunların göz önüne alınmasına yardım edeceği ifade edilmektedir. Yine bu maddede, her taraf devletin, sivil toplum

⁷⁹ Bu Protokol'ün onaylanması 30.1.2003 tarih ve 4804 sayılı Kanun'la uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulu'nun 26.2.2003 tarih ve 2003/5329 sayılı kararıyla onaylanmıştır. Protokol'ün Türkçe tam metni için bkz. 18.3.2003 tarih ve 25052 sayılı *Resmî Gazete*, s. 70-78.

⁸⁰ Resmî metinde de hatalı olarak "insan yağması" veya "insan sömürüsü" yerine "insan ticareti" kavramı kullanılmaktadır.

örgütleriyle, diğer ilgili kuruluşlarla ve sivil toplumun diğer unsurlarıyla işbirliği içinde özellikle uygun barınma olanağı, insan yağması mağdurlarının anlayabilecekleri bir dilde özellikle yasal haklarına ilişkin danışmanlık hizmeti ve bilgi verilmesi, tıbbi, psikolojik ve maddi yardım, çalışma, öğrenim ve eğitim olanakları dahil fiziksel, psikolojik ve sosyal yönden iyileşmelerini sağlamak için önlemler alınıp uygulanmasını değerlendireceği belirtilmiştir. TCK'nın 80. maddesinde söz konusu protokolün bu hükmüne paralel bir hükme yer verilmemesi önemli bir hata oluşturmuştur.⁸¹

TCK'nın 80. maddesinin düzenlendiği yer de isabetli değildir. Gerçekten de, "*insan ticareti*" başlıklı 80. maddeye, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*uluslararası suçlar*"la ilgili Birinci Kısımının İkinci Bölümünde yer verilmiştir. Halbuki bu suçun, 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kısımının "*hürriyete karşı suçlar*" başlıklı Yedinci Bölümünde düzenlenmesi gerekirdi. Bu tezin kanımızca iki temel dayanağı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, "*zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak*" amacı suç tipinin maddi unsurlarını oluşturuyorsa da, suçun oluşabilmesi için bu amacın gerçekleşmesi şart değildir. İnsan yağması suçu daha çok, 5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinde düzenlenen "*kişi hürriyetinden yoksun kılma*" suçunun özel bir görünümü niteliğine sahiptir.⁸² İkinci olarak, insan yağması suçu yalnızca uluslararası nitelikte işlenen bir suç olmayıp, ulusal nitelikte de işlenebilen bir suçtur. 5237 sayılı Kanun'un 80. maddesindeki düzenleme tarzı yüzünden, örneğin, fuuş yaptırmak amacıyla tehdit uygulayarak bir kadını Erzurum'dan Kayseri'ye getiren kişi insan yağması suçundan cezalandırılmayacaktır ki, bunu anlayabilmek olanaklı değildir. Bu iki gerekçe, insan yağması suçunun "*hürriyete karşı suçlar*" arasında düzenlenmesi gereğinin somut kanıtıdır. İnsan yağması suçunun düzenlenme yeri oldukça önemli olduğundan konu üzerinde biraz daha durulması yerinde olacaktır.

⁸¹ Gerçi, böyle bir hüküm usuli nitelikte olduğundan ona Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer verilmesi daha doğru olursa da, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da özellikle insan yağması mağdurlarını koruyucu hükümlerin bulunmadığını belirtmek gerekir.

⁸² Krş. Koca, a. g. m., s. 143.

İnsan yağması suçu, bireyin hem iç özgürlüğüne (tehdit, baskı, cebir, kandırma), hem de dış özgürlüğüne (tedarik etme, bir yerden başka yere götürme, sevk etme, barındırma) karşı işlenmektedir. Çünkü TCK'nın 80. maddesinde kişinin, tehdit, baskı, cebir ve şiddet veya kandırma gibi araçlarla failin amacı doğrultusunda zorlanmak suretiyle kaçırılması, tedarik edilmesi, ülkeye sokulması gibi maddi unsurlar aranmaktadır. Böylece araç hareketlerle kişinin irade özgürlüğü ve bu bağlamda serbestçe iradeyi oluşturma, iradi karar verme ve hareket etme özgürlükleri, kısaca, kişinin, kendi kaderini belirleme özgürlüğü (*self-determination*), asıl hareketlerle de kişinin hareket serbestisi ihlal edilmiş olmaktadır.⁸³

Bununla birlikte, insan sömürüsü suçunda öncelikle korunan hukuksal değer kişinin irade özgürlüğü olmakla birlikte, bu suç tipiyle başka hukuksal değerler de korunmaktadır. Daha somut bir deyişle, bu suçla, Anayasa'nın 17. maddesinde ifadesini bulan "*kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme*" ve "*insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye tabi olmama*" hakları ile 18. maddesindeki "*angarya yasağı*" korunmakta, kısacası, sonul aşamada "*insan haysiyeti*"ni koruma amacı güdülmektedir. Suç tipindeki hareketlerin gayesine bakıldığı zaman sözün gelişi zorla çalıştırmak, fuhuş yaptırmakla kişinin emeğinin sömürüsü (angarya yasağının ihlali), esarete tabi tutmak amacıyla kişinin haysiyetinin ihlali, vücut organlarının verilmesini sağlamakla da kişinin hem beden bütünlüğünün hem de şahsiyet hakkının ihlali söz konusu olmaktadır. Bu durumda, TCK'nın 80. maddesinde birden fazla hukuksal değer korunduğu açıktır.⁸⁴ 80. maddede birden fazla hukuksal değer korunsa da bu değerlerin tümü hürriyetle ilgili olduğundan maddenin yerinin "*hürriyete karşı suçlar*" bölümü olduğu kuşkusuzdur.

Maddenin bütünsel açıdan taşıdığı başka bir eksikliğe temas etmek uygun olacaktır. Dikkat edileceği üzere, maddede, insan yağması suçunun yalnızca arz (*supply*) kısmıyla ilgilenilmiş talep (demand) yönüyle ilgilenilmemiştir. Bu bağlamda, örneğin Ukrayna'dan bir kadın fuhuş için Türkiye'ye getirildiği takdirde kadını getiren failin ceza sorumluluğu bulunacak, buna karşın o kadınla cinsel ilişkiye gi-

⁸³ Koca, a. g. m., s. 146.

⁸⁴ Koca, a. g. m., s. 146.

ren kişinin herhangi bir cezai sorumluluğu bulunmayacaktır. Halbuki o kadınla cinsel ilişkiye giren kişi de en az insan yağması yapan kişi kadar sorumludur. Çünkü insan yağması suçuna talep olmadan o suçun ortam bulup yeşermesi olanaklı değildir. Bu bağlamda, örneğin, sömürüye veya yağmaya maruz kalan kadınla veya kişinin organını alan kişiye insan yağması veya sömürüsü suçundan dolayı ceza tayin edilmemesi vahim bir hata olmuştur.

Yukarıda belirtildiği üzere bu madde bütünsel olarak hatalı olduğu gibi fıkraları bakımından da hatalıdır. Her şeyden önce maddenin 1. fıkrası “*içtima*” bakımından sorunlar taşımaktadır. Gerçekten de, söz konusu fıkroda, “*zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak*” amacından bahsedilmekte, ancak, failin amacı gerçekleşsin veya gerçekleşmesin faile aynı ceza öngörülmektedir. Halbuki Koca'nın belirttiği gibi failin amacına ulaşması, suçun ağırlaştırıcı bir sebebi olarak kabul edilmesi gerekirdi. Çünkü insan yağması suçu bölünebilen bir suçtur.⁸⁵ Böyle bir ağırlaştırıcı nedenin kabul edilmemesi adalet duygularını da rencide edici niteliktedir. Gerçekten de, örneğin, fuhuş yaptırmak için bir kadının ülkeye sokulması durumu ile ülkeye sokulduktan sonra o kadının bir yıl boyunca fuhuş yaptırılması durumunda faile aynı ceza verilecektir ki, bunun adalet hislerine ne kadar aykırı düşeceği açıktır.

Maddenin 1. fıkrasında “*kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek*” şeklinde bir ibareye yer verilmektedir. Kocanın belirttiği gibi bu ibaredeki “*rızalarını elde etmek*” unsuruna yer verilmesi isabetli olmamıştır. Çünkü gerek kişiler üzerindeki denetim olanaklarından gerekse çaresizliklerinden yararlanıldığı durumlarda sevk edilmesi veya bir yerden başka bir yere götürülmesi gibi maddi unsurların bulunduğu durumlarda mağdurun gerçekten rızasının bulunduğunu savlamak olanaklı değildir. Daha açık bir deyişle, buradaki rıza, mağdurun çaresizliği veya üzerindeki denetim baskısı nedeniyle elde edildiği için esasen özgür bir irade sonucu da verilmiş değildir. Bu nedenle, böyle bir rızanın ayrıca elde edilmesini aramaya gerek bulunmamaktadır.⁸⁶

⁸⁵ Koca, a. g. m., s. 163 özellikle dip not 63.

⁸⁶ Koca, a. g. m., s. 155.

Aslında, 80. maddesinin 1. fıkrasında “*rızalarını elde etmek*” ibaresinin kullanılsa bile suçun unsurlarının oluşması bakımından mağdurun rızasını aramaya gerek bulunmamaktadır. Çünkü bu maddenin 2. fıkrasında; 1. fıkrada belirtilen amaçlarla girişilen ve suçun oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızasının geçersiz olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla mevcut durumda bile insan sömürüsü suçunun oluşması için mağdurun rızasının olup olmamasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Burada eleştirilmesi gereken nokta, maddenin 1. fıkrasında bu anlamsız ibarenin kullanılması sonucu bir kafa karışıklığına yol açılmış olmasıdır.⁸⁷

Maddenin 3. fıkrasındaki düzenleme de isabetsizdir. Fıkra, 18 yaşından küçükler hakkında araç fiillere başvurulmasa bile fail hakkında insan yağması suçunun cezasının verileceği ifade edilmektedir. Halbuki Koca'nın da belirttiği gibi 18 yaşını doldurmamış çocuklar arasında da bir ayırım yapılarak, 12 yaşından küçük çocuklara karşı araç hareketlere başvurulmadan eylemin gerçekleştirilmesini suçun ağırlaştırıcı nedeni saymak, 12-18 yaş arasındaki çocuklar bakımından ise fıkradaki düzenlemeyi kabul etmek daha uygun olurdu.⁸⁸

Maddenin son fıkrasındaki düzenleme tarzı da isabetsizdir. Bu fıkra, insan sömürüsü suçlarından dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunacağı ifade edilmektedir. TCK'nın 60. maddesine göre tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbirleri; “*iznin iptali*” ve “*müsadere*”dir. Bu önlemlerle, tüzel kişilik tarafından veya tüzel kişilik vasıtasıyla işlenen insan yağması suçlarıyla etkili bir savaşımla verilebilmesi olanaksızdır. İnsan yağması veya sömürüsü suçlarına karşı etkin bir savaşımla verilebilmesi için, bir tüzel kişilik mensubu tarafından tüzel kişilik adına ve/veya hesabına işlenen söz konusu suçta tüzel kişilik için para cezasının öngörülmesi ve suç failinin ilk derece amirinin cezai sorumluluğuna gidilmesi gerekirdi.⁸⁹

⁸⁷ Bundan başka, maddenin 2. fıkrasındaki hüküm de işin doğasına aykırı olduğundan kaldırılması gereken gereksiz bir hükümdür. Bu konuda geniş ve ayrıntılı bir inceleme için bkz. Koca, a. g. m., s. 160-162.

⁸⁸ Koca, a. g. m., s. 148. Yukarıda bahsedilen Palermo Protokolü'nün 3. maddesinde on sekiz yaşının altındaki herkesin çocuk kabul edileceğinin belirtilmesi, kanımızca, çocukların yaşları arasında böyle bir ayırım yapmaya engel değildir.

⁸⁹ Bununla birlikte, suç failinin ilk derece amirinin sorumluluğuna gidilebilmesi için Anayasa'nın 38. maddesinde gerekli değişiklik yapılmalıdır. Bu konuda ve suç

b. Türk Ceza Kanunu'nun 227. Maddesinin Değerlendirilmesi

Türk Ceza Kanunu'nun 227. maddesi de, 80. madde gibi gerek bütünsel gerekse fıkraları temelinde bünyesinde önemli hataları barındırmaktadır. Maddeye bütünsel olarak bakarsak, maddede, fuhŒun satın alınması hakkında herhangi bir cezai yaptırımının öngörülmemesi vahim bir hata oluŒturmuŒtur. FuhuŒla savaŒımda, seks satın alınmasının cezai yaptırımı tabi tutulması yaŒamsal bir önem taŒıdığından konu hakkında ayrıntılı bir bilgi verilmesi yerinde olacaktır.

1980'li yılların ortasından itibaren, fuhŒ sorunun nasıl çözümlenebileceği bir takım yasama tasarruflarına konu olmuŒtur. Hollanda ve Almanya gibi bazı Avrupa lkeleri fuhŒu yasallaŒtırmıŒlar veya onu suç olmaktan çıkartmıŒlardır. Bu çerçevede, söz konusu ülkeler, kadın satıcılığını, genelev kurmayı ve seks satın almayı suç olmaktan çıkartmıŒlardır. Buna karŒın, İŒveç, farklı bir yaklaŒım benimseyerek, seks satın almayı (buying sex) suç haline getirmiŒ, buna karŒın fahiŒelik yapan kadının fiilini suç olmaktan çıkartmıŒtır. Bu yaklaŒımlardan İŒveç'in yaklaŒımı daha doğrudur. Çünkü fuhŒun yasal bir kimliğe kavuŒması durumu, kadına gözle görülmez tarzda inanılmaz zararlar vermekte, seks endüstrisini geniŒletmekte ve fuhŒ yapan kadının konumunu da zayıflatmaktadır.⁹⁰ Gerçekten de, İŒveç, 1 Ocak 1999 tarihinde yeni bir kanun çıkartarak, seks hizmetlerinin satın alınmasını suç haline getirmiŒtir. Kanuna göre, seks hizmeti satın alanlara para cezası veya altı ayı geçmeyecek sürede hapis cezası verilir. Kanun, parlamentoda kadın üyelerin parti farkı gözetmeksizin yapmıŒ oldukları bir dizi müzakere ve kulis (lobby) faaliyetleri sonucu ortaya çıkmıŒtır. Kanun, ayrıca, feminist bir kanun niteliği de taŒımaktadır.⁹¹

TCK'nın 227. maddesi bütünsel açıdan bu hatayı taŒımak dıŒında, fıkraları temelinde de bir takım hatalar taŒımaktadır. Her Œeyden önce maddenin 1. fıkrası hatalıdır. Daha açık bir deyiŒle, 1. fıkrada, çocuğu

failinin ilk derece amirinin sorumluluğu ve sorumluluktan kurtulması konusunda bilgi için bkz. Dursun, *Yargı Organlarının Yolsuzlukla Mücadelesi Sırasında KarŒılaŒılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, s. 142-143.

⁹⁰ Bu konularda geniŒ bilgi için bkz. Raymond, *Ten Teasons for Not Legalizing Prostitution and a Legal Response to the Demand for Prostitution*, s. 315 vd.

⁹¹ Swanstrm, *Through the Prism of Prostitution: Conceptions of Women and Sexuality in Sweden at Two Fins-de-Sicle*, s. 48-49.

fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişinin fiili cezalandırılmakta, buna karşın, çocuk fahişenin “kazancına el koyan” veya “gelirini paylaşan” kişinin fiili cezasız kalmaktadır. Bir insanlık suçu niteliği taşıyan çocuk fahişeliğiyle etkin bir savaşım verilebilmesi için çocuk fahişenin “kazancına el koyan” veya “gelirini paylaşan” kişinin fiilinin de cezai yaptırıma tabi tutulması kaçınılmaz bir zorunluluktur.

Maddenin 1. fıkrası bakımından ileri sürülen sakıncalar yetişkin fuhşu hakkındaki 2. fıkra bakımından da geçerlidir. Gerçi, 2. fıkranın son tümcesinde; fuhşa sürüklenen kişinin kazancından yararlanılarak kısmen veya tamamen geçimin sağlanmasının fuhşa teşvik sağlanacağı belirtilse de, “geçimin sağlanması”nın kanıtlanması oldukça zor olacak, dolayısıyla fuhşla etkin bir savaşım verilemeyecektir. Fuhşla etkin bir savaşım verilebilmesi ereğiyle bu ibarenin çıkartılarak fahişenin “kazancına el koyan” veya onun “gelirini paylaşan” kişinin fiilinin cezai yaptırıma tabi tutulması gerekir.

Maddenin 7. fıkrasında; fuhuş suçlarından dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı ifade edilmektedir. Bu hüküm de fuhşla etkin bir savaşım verebilmek açısından yetersizdir. Konu hakkında yukarıda TCK'nın 80. maddesinin değerlendirilmesi kısmında yeterli bilgi verildiği için burada ayrıntıya girmekten kaçınılacaktır.

Maddenin 8. (son) fıkrası ise ceza hukukunun “kesinlik ve istikrar” ilkelerine aykırı düşmektedir. Çünkü fıkrada; fuhşa sürüklenen kişinin tedaviye veya psikolojik terapiye tabi *tutulabileceği* ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere fıkrada yalnızca bir olasılıktan bahsedilmektedir. Bu olasılık yüzünden fuhşa sürüklenen kişilerin bazıları tedaviye veya terapiye tabi tutulurken, bazıları tutulmayacaktır. Bunun nasıl bir keyfiliğe yol açacağı ortadadır. Öte yandan, fuhşa sürüklenen kişiler bakımından kimi yargıçlar tedavi veya terapi kararı verirken kimi yargıçlar söz konusu kararı vermeyecek,⁹² dolayısıyla istikrarsızlık olgusuyla karşılaşılacaktır. Hukuki kesinlik ve istikrar ilkelerine aykırı

⁹² Hatta aynı yargıç, fuhşa sürüklenen bazı kişiler hakkında tedavi veya terapi kararı verirken, bazıları hakkında böyle bir karar vermeyebilecektir.

davranılmasının hukuk devleti esasına ne kadar ters dŖtđ ortadadır.

2. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 128. Maddesinin Değerlendirilmesi

Yukarıda belirtildiği üzere 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 128. maddesinde; genel kadınlar ve genelevlerin tabi olacakları hükümlerin bir tüzükte saptanacağı ifade edilmektedir. Bu hüküm, Anayasa'ya iki bakımdan aykırı dŖmektedir.

Bir kere, yukarıda belirtildiği üzere, 128. maddede, Sağlık ve İŖiŖleri Bakanlıklarının ortak bir tüzük yayınlayacağından bahsedilmektedir. Anayasa'nın 115. maddesinde tüzüğün Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacağı öngörüldüğüne göre 1593 sayılı Kanun'un 128. maddesi aŖıkça Anayasa'ya aykırıdır.

İkinci olarak, 1593 sayılı Kanun'un 128. maddesinde yer alan hüküm sonucu, İdare, zerk bir düzenleme yetkisine kavuŖmaktadır. Cnk maddede, yalnızca konunun tüzükle düzenleneceği belirtilmekte, fuhuŖ konusundaki "ana esaslar" veya "temel hükümler" saptanmamaktadır. Konuyla ilgili ana esaslar veya temel hükümler saptanmadığı iŖin İdare fuhuŖ konusunda her türlü normu koymakta serbest olacaktır. Halbuki, Duran'ın isabetli olarak belirttiği üzere gerek 1961 Anayasası'nda, gerekse 1982 Anayasası'nda idarenin herhangi bir konuyu⁹³ özerk bir Ŗekilde düzenleme yetkisi bulunmamaktadır. Bu bağlamda, yazar, haklı olarak, herhangi bir konuda kısa bir kanun hükmüne dayalı olarak İdare tarafından düzenleme yapılmasının yasal mevzuata ve hukuka aykırı dŖeceđini belirtmektedir.⁹⁴

Daha somut bir Ŗekilde ifade etmek gerekirse, aslında, 1593 sayılı Kanun'un 128. maddesi Anayasa'nın 7. maddesine aykırı dŖmektedir. Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk milleti adına

⁹³ Ayırksı durumlar dıŖında. Bu ayırksı durumlar iŖin bkz. Duran, *Düzenleme Yetkisi zerk Sayılabilir mi?*, s. 37-40.

⁹⁴ Duran, a. g. m., s. 41-42. Ayrıca, idarenin bir konuyu hangi seviyeye kadar düzenleyeceği konusunda bilgi iŖin bkz. Duran, Ltfi, *İdare Alanının Düzenlenmesinde TeŖrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırı*, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 30, Sayı 3-4, 1964, s. 466 vd.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmektedir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, Anayasa'ya uygun olmak şartıyla yasama organının düzenleyemeyeceği herhangi bir alan yoktur. Kısacası, yasama organının yetkisi, ilkel ve koşulsuz bir yetkidir. 1593 sayılı Kanun'un 128. maddesinde fuhuş konusunda düzenleme yapma yetkisi bütünüyle tüzüğe bırakılarak yürütme organına asli ve koşulsuz yetki verilmiş, dolayısıyla, Anayasanın söz konusu maddesine aykırı davranılmıştır.

1593 sayılı Kanun'un 128. maddesi, Anayasa'nın 7 ve 115. maddelerine aykırı olmaktan başka, Türk hukukunun doğasına da aykırı düşmektedir. Çünkü Türk hukukunda, yürütme ve idarenin özerk bir düzenleme yetkisi bulunmamakta, bu yetki "türevsel" ve "bağımlı" bulunmakta, yalnızca, kanundan veya kanunlar bütününden güç alabilmekte, hiçbir halde asli ve koşulsuz nitelik taşımamaktadır.⁹⁵ Bu bağlamda, tüzükle ancak ikincil (tali) ve ayrıntı niteliğinde hükümler düzenlenebilecek iken, maddede, idare hukukunun doğasına aykırı bir şekilde fuhuş konusundaki bütün düzenleme yetkisi tüzüğe bırakılmıştır. Bu durumun, Türk hukukunun doğasına ne kadar zarar verdiği açıkça ortadadır.

3. Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün Değerlendirilmesi

Bir üst başlık hakkında açıklamalarda bulunulurken belirtildiği üzere bu tüzük Anayasa'ya ve Türk hukukunun doğasına aykırı bir nitelik göstermektedir. Bundan başka, Tüzük, dünyada, 1900'li yıllarda, fuhuşu bir sağlık sorunu olarak ele alan ve modası geçmiş bir anlayışı da yansıtmaktadır. Tezimizin haklılığını göstermek üzere İsveç örneğine tekrar dönmek uygun olacaktır. Yaklaşık 90 yıl önce, İsveç, Avrupa'da çoğu ülkelerin yaptığı gibi fahişeliği düzenlemiştir. İsveç'in fahişeliği düzenleyerek iki şeye karşı önlem almayı düşünmüştür: Bunlar; zührevi hastalıkların yayılmasını önlemek ve ahlaksız tutum sergileyen kişilerin cinselliğinden ve onun topluma etkisinden korkmaktır. Bu dönemde yönetmelikler çıkartılarak fahişelerin tıbbi muayeneye

⁹⁵ Duran, a. g. m., s. 33-34.

gitmeleri zorunlu kılınmış, onların belirli caddelerde belirli saatlerde yürümeleri yasaklanmış ve fahişeler belirli tip elbise giymekten men edilmişlerdir. Bununla birlikte, bu düzenlemeler 1918 yılında yürürlüğe giren bir kanunla kaldırılarak cinsel olarak bulaşan hastalıklardan hem kadın hem de erkek eşit derecede sorumlu kılınmıştır. Nitekim İsveç, daha sonra,⁹⁶ kadının fahişeliğini düzenlemekten cinsel hizmet satın alınmasını suç haline koyan özgün bir kanun çıkartma yoluna gitmiştir.⁹⁷ Görüldüğü üzere, İsveç, fuuşu düzenleme aşamasından geçerek onu suç haline getirme aşamasına gelmiştir. Türkiye ise bu tüzük yüzünden fuuşu düzenleme aşamasında kalmış, bir türlü, fuuş yapmayı cezai normla yaptırıma bağlama yoluna gidememiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere bu tüzük, fuuşu, yalnızca bir sağlık sorunu olarak ele almıştır. Bununla birlikte, Tüzük, bunu da tam olarak becerememiştir. Daha somut bir şekilde ifade etmek gerekirse, Tüzük, fahişelerin yalnızca bedensel sağlığıyla ilgilenmiş, bedensel sağlık kadar önemli olmasına rağmen fahişelerin ruhsal sağlığıyla ilgilenmemiştir. Gerçekten de, yasal olmasına rağmen toplumun etik kurallarına aykırı olarak iş yaptığı düşüncesiyle seks çalışanı (fahişe) suçluluk duygusu içerisinde bulunabilir. Bu duyguya sahip bir seks çalışanın çalıştığı sürelerde ruh sağlığında onulmaz yaralar açılabilir.⁹⁸ Bu açıdan seks çalışanlarının belirli dönemler itibarıyla psikolojik muayenelerinin yapılması şartının Tüzükte öngörülmemesi vahim bir hata olmuştur.

Yine, Tüzük, fuuşla savaşım konusunda daha çok kamu sağlığı ve bulaşıcı hastalıkların önlenmesine ilişkin önlemler içermekte, toplumsal bir sorun olarak fuuşun önlenmesi çabası Tüzüğün konusu dışında kalmaktadır. Daha açık bir deyişle, Tüzük, fuuşa toplumsal bir sorun olarak yaklaşmamakta, daha çok yüzeysel ve günübürlük çözüm getirme amacı gütmektedir.⁹⁹

Son olarak, Tüzüğün, fuuş ve fuuş yoluyla bulaşan zührevi hastalıklarla mücadele konusunda getirdiği önleyici ve koruyucu önlem-

⁹⁶ Yukarıda belirtildiği üzere.

⁹⁷ Svanström, a. g. m., s. 49.

⁹⁸ Bkz. Kosonen, *Prostitution and Mental Health*, s. 135-136.

⁹⁹ Krş. *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, 9. Cilt, s. 4322.

lerin yetersiz olduğunun ve hükümlerinin insan özgürlük ve onuruyla bağdaşmadığını, dolayısıyla, günümüz koşullarını karşılamaktan uzak kaldığını belirtmek gerekir.¹⁰⁰

SONUÇ

Günümüz çağcıl ülkelerinde fuhuş ve fuhuş amaçlı insan yağması veya sömürüsü, kabul edilmesi olanaklı olmayan sosyal bir olgudur. Bir başka deyişle, fuhuş ve fuhuş amaçlı insan yağması veya sömürüsüyle savaşım verilmeli ve toplumun müdahalesi de işte burada başlamalıdır. Fuhuş ve fuhuş amaçlı insan yağması veya sömürüsüyle etkin bir şekilde savaşım verilebilmesi için siyasi bir kararlılık ve itici bir güç bulunmalı ve o piyasaları sınırlayacak ve ona karşı işe yarayacak uygun ve etkin yöntemlerin bulunması gerekir. Çağcıl bir ülkenin fuhuşa karşı alabileceği en açık önlem fuhşun yapılmasını cezai normla yaptırıma bağlamak olmalıdır. Bu bağlamda, fahişeliği yasal hale getirmek için fuhuş yanlısı uluslararası lobi kuruluşlarının çabalarının engellenmesi veya onların taleplerine kulakların kapatılmasıdır. Gerçekten de, günümüzde, özellikle uluslararası düzeyde; kurumlar, kişisel uzmanlar, araştırmacılar ve sosyal çalışmacılar arasında insan yağması veya sömürüsü, seks turizmi, postayla kadın gönderme ve fahişeliğe karşı birleşik bir şekilde hareket etme yönünde gittikçe artan oranda bir bilinç oluşmaktadır.¹⁰¹

Kanımızca, fuhşun ve fahişeliğin serbest bırakılması gerektiğini savunanlar, kişinin bedeninin kendi malvarlığına dahil olduğunu ve onun üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği şeklinde son derece isabetsiz ve hatalı bir varsayımdan hareket etmektedirler. Halbuki, kişi maddi ve manevi varlığıyla bir bütünlük oluşturur ve fuhuş ve fahişelik söz konusu bütünlüğe onulmaz bir yara açar. Bu bağlamda, rızaya dayansa bile insan bütünlüğünün tahrip edilmesine göz yumulmaması gerekir.

Aslında, Türkiye'nin fuhşu yasaklaması, özellikle fahişeyle ilişkiye girenlere cezai yaptırım öngörmesi mutlak bir zorunluluktur.

¹⁰⁰ *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, 9. Cilt, s. 4323.

¹⁰¹ Mansson, *International Prostitution and Traffic in Persons in Relation to Costs and Benefits of Europeanization*, s. 28.

Gerçekten de, Kanada, Kolombiya, Almanya, Meksika, Güney Afrika, Tayland, Türkiye, Amerika Birleşik Devletleri ve Zambiya’da fuuş sektöründeki 854 kişiyle yakın tarihte yapılan ampirik bir çalışmada oldukça dramatik sonuçlarla karşılaşmıştır. Deneklerin %74’ü, fiziki saldırıya uğradığını, %63’ü tecavüze uğradığı, %89’unun fuuşu bırakmak istediği ancak yaşamını sürdürecektir alması (alternative) yolların bulunmadığını, %75’i yaşamlarının belirli bir döneminde evsiz kaldıklarını, %68’i ise Post-Travmatik Stres Bozukluğu (*Post-Traumatic Stress Disorder*, “PTSD”) yaşamıştır. Fahişeler arasında PTSD’nin bu kadar yüksek olmasının temel nedeni, fahişelerin yaşamlarında cinsel ve fiziki saldırıya maruz kalmalarıdır. Elde edilen bu bulgular, fuuş hakkında yaygın bir şekilde inanılan gizemlerle çelişmiştir. Daha açık bir deyişle, elde edilen bu bulgu; sokak fahişeliğinin en tehlikeli fahişelik olduğu, erkek ve çocukların fuuş yapmasının kadın ve kızların fuuş yapmasından farklı olduğu, fahişelerin çoğunluğunun rızasıyla bu işi yaptığı, fuuş işine bulaşan kimselerin büyük çoğunluğunun uyuturucu bağımlısı olduğu, fahişeliğin niteliksel olarak insan yağması veya sömürsünden farklı olduğu ve fuuşu yasallaştırmanın veya onu suç olmaktan çıkarmanın, fuuşun zararını azaltacağı yönündeki gizemlerin tümünün yanlış olduğunu kanıtlamıştır.¹⁰²

Söz fahişelerin rızasıyla bu işi yapmasından açılmışken bir hususa temas etmek gerekir. Türkiye’de görülen fahişeliğin büyük kısmı zora/zorbalığa dayalı¹⁰³ (*forced prostitution*) bir fahişelik olduğundan ve TCK’nun 77. maddesi gereği “zorla fuuşa sevk etme” insanlığa karşı

¹⁰² Konu hakkında geniş bilgi için bkz. Farley ve diğerleri, *Prostitution and Trafficking in Nine Countries*, s. 33-74.

¹⁰³ Söz, zorbalığa dayalı fahişelilikten açılmışken Başbakanlığın 2010 yılında başlattığı bir projeden bahsetmek uygun olacaktır. Başbakanlık bir “genelev projesi” başlatarak, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığının özel bir heyet oluşturmasını, önce genelevleri incelemesini ve arkasından zorla çalıştığı saptanan kadınlara iş olanağı sağlanmasını öngörmüştür. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için 22 Mart 2010 tarihli Akşam Gazetesine bkz. (<http://www.aksam.com.tr/2010/03/22/haber/3876/yasam/haber.html>, 14.9.2010). Kanımızca, genelevdeki kadınların zorla çalıştırılıp çalıştırılmadığına yönelik bir alan araştırmasının yapılması anlamsızdır. Çünkü, genelevdeki kadınların ezici çoğunluğunun zaten zora/zorbalığa dayalı olarak çalıştırıldığı kanıtlanması gerekli olmayan bilinen ve meşhur bir olgudur. Öte yandan, bir kimsenin rızası olsa bile o kişinin orada çalıştırılması doğru değildir. Çünkü çeşitli defalar belirtildiği üzere fuuş, insan haysiyetini erozyona uğratan bir olgu olduğundan hiçbir şekilde onun yapılmasına izin verilmemesi gerekir.

işlenen bir suç olduğundan bütün genelevlerin bir an önce kapatılması gerekir. Taipale'nin haklı olarak dikkatini çektiği üzere, Türkiye'de, zora/zorbalığa dayalı fahişelik bulunduğu için fahişe, satıcısı tarafından sürgit bir borç batağına düşürülmekte ve borcunu ödeyebilmek için fahişe sürekli olarak çalışmak durumunda kalmaktadır. Bundan da öte, mahallenin veya toplumun fahişeye karşı olumsuz tutumu, fahişenin başka iş bulmasını engellemekte veya onun gizlenmesine yol açmaktadır.¹⁰⁴ Yine, fahişelerin mesleki bir yeteneğinin bulunmaması ve işsizliğin doğası gereği uzun dönemde bile kronik bir hal alması, Türkiye'deki bu sorunu daha da artırmaktadır.¹⁰⁵

Bazıları, fuhsun yasaklanmasının Avrupa Birliği (AB) normlarına aykırı olduğunu savlamaktadır. Kanımızca, bu sav, bütünüyle tutarsızdır. Çünkü fuhsun serbest olması gerektiği yönünde bir AB normu bulunmamaktadır. Bundan da öte, İsveç, Avrupa Birliği üyesi olmasına karşın, yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere fuhsu yasaklamıştır. İsveç'in fuhsu yasaklaması Avrupa Birliği için herhangi bir önemli soruna yol açmamıştır.¹⁰⁶

Aslında, Türkiye'nin genelevleri kapatması ve fuhsu yasaklaması, Avrupa Birliği'ne katılması durumunda doğacak sorunu önleyebilmek açısından da gereklidir. Gerçekten de, Türkiye'nin, genelevleri kapatmaması ve fuhsu yasaklamaması fahişeliğin bir meslek olarak görüldüğü anlamını taşır. Böyle bir durumda ise, Avrupa Birliği'ne serbest dolaşım hakkı bulunduğundan bir fahişe gelerek Türkiye'de mesleğini! icra etmeyi, bir diğer deyişle, istihdam edilmeyi talep edebilir ve buna engel olunamaz. Halbuki, İsveç'in fuhsu yasaklamasındaki temel etmen; özellikle önceki, Sovyet Bloğuna dahil olan Birlik üyesi ülkelerden gelen fahişelerin ülkesini doldurmasını önlemek ol-

¹⁰⁴ Yine, 31.5.2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrasının (e) bendinde; 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda belirtilen genelev kadınlarının sigortalı sayılacağı belirtilmesi de son derece isabetsiz olmuştur. Çünkü bu tutum, fahişeliğin bir meslek olarak kabul edilmesi anlamını taşıdığı gibi, az sonra anlatılacağı üzere, Türkiye, AB üyesi olduğu zaman, şu anda AB üyesi olan post-komünist ülkelerden gelen fahişelerin serbestçe mesleğini(!) icra ettiği ve adeta fahişelerin cirit attığı bir ülke bir konuma gelecektir. Bu durumun toplumun ahlaki (moral) değerlerini ne kadar tahrip edeceği ortadadır.

¹⁰⁵ Bkz. Taipale, *Prostitution is a Human-rights Issue*, s. 10.

¹⁰⁶ Konu hakkında fazla bilgi için bkz. Kulick, *Sex in the New Europe*, s. 200 vd.

muŒtur.¹⁰⁷ Bu baēlamda, Türkiye, AB yesi olduēu durumda, rneēin Bulgaristan'dan belki de binlerce gelecek fahiŒelerin istihdam edilmesine ses ıkartılamayacaktır ki, bunun kabul edilebilecek bir tutum olmadıēı ortadadır.

Burada son olarak önemli bir hususa temas etmek gerekir. FuhuŒ ve fuhuŒla uēraŒmak ahlaksızlık olduēu için genelevlerin kapatılmasında ve fuhuŒun¹⁰⁸ cezai yaptırıma tabi tutulmasında tarihsel bir zorunluluk da bulunmaktadır. Çünkü Roma ve Yunan imparatorlukları, yurttaŒlarının ahlaki çöküntüsü yüzünden batmıŒtır.¹⁰⁹ Bu baēlamda, Türkiye Cumhuriyeti'nin sonsuza dek yaŒayabilmesinin temel Œartlarından birisinin, ahlaki çöküntüye yol açan fuhuŒun yasaklanması olduēunu savlayabilmek olanaklıdır.

KAYNAKLAR

Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, 9. Cilt, Milliyet Yayınları, İstanbul, 1992.

Decker, John F., *Prostitution as a Public Health Issue in Aids and the Law*, Editörler; Harlon B. Dalton, Scott Burris ve Yale, *Aids Law Project*, Yale University Press, USA, 1987.

Deēirmenci, Olgun, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu*, *Türkiye Barolar Birliēi Dergisi*, Sayı: 67, Kasım/ Aralık 2006.

¹⁰⁷ KrŒ. Kulick, a. g. m., s. 200.

¹⁰⁸ İsveç'te olduēu gibi özellikle fuhuŒ satın alınmasının "buying sex". İsveç yasasının dünyada tek örnek olduēu dŒnlmemelidir. Nitekim Norveç'te 1 Ocak 2009 tarihinden itibaren İsveç'i örnek olarak fuhuŒu yasaklamıŒtır. Bu düzenlemeye göre Norveç'te para karŒılıēı bir kadınla birlikte olan erkeēe, 6 aydan bir yıla kadar hapis ve para cezası verilebilmesinin yolu aılmıŒ ancak fuhuŒ yapan kadına bir cezai yaptırım ngrlmemiŒtir. Yine, yurt dıŒında fuhuŒa karıŒan Norveçlilerin de aynı Œekilde cezalandırılması ngrlmŒtr. Bu haberin ayrıntısı hakkında bkz. (<http://www.webhaber.com/print.php?type=news&id=18045>, EriŒim Tarihi, 2.10.2009).

¹⁰⁹ Bkz. Dursun, *Kabahatler Kanunu ve Kanun Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararına Genel Bir BakıŒ*, s. 3399.

- Dönmezer, Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş Beşinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983.
- Duran, Lütfi, Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Yıl 4, Sayı 1-3, 1984.
- Dursun, Hasan, Yargı Organlarının Yolsuzlukla Mücadelesi Sırasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 55, Kasım/ Aralık 2004.
- , Kabahatler Kanunu ve Kanun Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararına Genel Bir Bakış, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl:6, Sayı: 70, Ekim 2008.
- Farley, Melisa / Cotton, Ann / Lynne, Jacqueline / Zumbeck, Sybille / Spiwak, Frida / Reyes, Maria / Alvarez, Dinorah / Sezgin, Ufuk, Prostitution and Trafficking in Nine Countries, *Journal of Psychological Trauma*, 2, 3/4, 2004.
- Häkkinen, Antti, How a Woman Becomes a Prostitute and How She Finds a Way Out in *Changing Faces of Prostitution*, Conference Book, Unioni - the League of Finnish Feminists, Helsinki, 1996.
- Koca, Mahmut, İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu (TCK m. 201b), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, Sa.2, 2003.
- Kosonen, Prostitution and Mental Health in *Changing Faces of Prostitution*, Conference Book, Unioni - the League of Finnish Feminists, Helsinki, 1996.
- Kulick, Don, Sex in the new Europe, *Anthropological Theory*, Vol 3(2), 2003.
- Lesieur, Henry R. ve Welch, Michael, Vice Crimes: Individual Choices and Social Controls in *Criminology*, Editör Joseph F. Sheley, Wadsworth Publishing Company, California, 1995.
- Mansson, Sven-Axel, International Prostitution and Traffic in Persons in Relation to Costs and Benefits of Europeanization in *Changing Faces of Prostitution*, Conference Book, Unioni - the League of Finnish Feminists, Helsinki, 1996.
- Pettersson, Tove ve Tiby, Eva, The Production and reproduction of prostitution, *Journal of Scandinavian in Criminology and Crime Prevention*, Vol 3: 2, 2003.

Raymond, Janice, Ten Teasons for Not Legalizing Prostitution and a Legal Response to the Demand for Prostitution, *Journal of Psychological Trauma*, 2, 3/4, 2004.

Seks Ticareti Bilgilendirme Dosyası - 8, Cinsel Eğitim Tedavi ve AraŒtırma Derneği (CETAD), İstanbul, (Tarih: 2007?), (http://www.cetad.org.tr/doc/bilgilendirmedosyası_8.pdf, EriŒim Tarihi, 15.6.2009).

Svanstrm, Yvonne, Through the Prism of Prostitution: Conceptions of Women and Sexuality in Sweden at Two Fins-de-Sicle, *Nordic Journal of Women's Studies*, Vol.13, No.1, April 2005.

Taipale, Vappu, Prostitution is a Human-rights Issue Taipale in *Changing Faces of Prostitution*, Conference Book, Unioni - the League of Finnish Feminists, Helsinki, 1996.

SİVİL İTAATSİZLİK VE MOHANDAS K. GANDHI

CIVIL DISOBEDIENCE AND MOHANDAS K. GANDHI

Mesude ALTUNEL*

Özet: Bireyler, haksızlığa uğradıklarını düşündükleri konularda, hakkaniyetsizliğin giderilmesi için yasal yolları denedikten sonra sorun çözümlenmemişse, tepkilerini, şiddete başvurmaksızın; ancak suç sayılan bir edimi gerçekleştirerek, eylem sonrasında öngörülen cezayı da hesaba katarak, pasif direnme modeli olan sivil itaatsizlikle göstermektedirler. Thoreau'nun ortaya attığı “sivil itaatsizlik” anlayışının yeniden fark edilmesini sağlayan Gandhi, kötülüğe karşı aktif; ama şiddet unsuru içermeyen pasif direnişi öngören “*Satyagraha Felsefesi*”ni oluşturmuştur. Gandhi, Hint halkını sömüren İngilizlerin insanlık dışı uygulamalarına, şiddete başvurmaksızın itaatsizlik etmiş; bunun bedeline de katlanmıştır. Birçok kez tutuklanan, açlık grevleri yapan Gandhi'nin sivil itaatsizliği, zaferlerle taçlanmıştır. Adaletsizliğe başkaldırının şiddet ve kanla değil de; fikinsel ve barışçıl eylemlerle olabileceğine tüm dünya şahit olmuştur.

Anahtar kelimeler: Sivil itaatsizlik, pasif direniş, Mohandas K. Gandhi

Abstract: Individuals, on issues they think have suffered injustice, if the problem is not resolved after trying to remedy the injustice by legal ways then they show reactions without performing a violent criminal act but taking into account the prescribed punishment. This kind of passive resistance model called as “civil disobedience”. Gandhi, to be noticed again the concept of “civil disobedience”, introduced by Thoreau, constituted the “Philosophy of Satyagraha” which suggests passive resistance model that active against the evil envisages but does not contain elements of violence. Gandhi has resisted and folded his disobedience without having recourse to a violence against the British which exploits the Indian nation by

* Av., Ankara Barosu, av.m.altunel@hotmail.com.

inhumane practices. Gandhi was arrested many times, engaged in hunger strikes but his civil disobedience act has resulted in victories. Reaction against injustice by intellectual and peaceful acts of rebellion but not by violence and blood have witnessed all over the world.

Keywords: Civil disobedience, passive resistance, Mohandas K. Gandhi.

Sivil İtaatsizlik (Genel)

İktidarla ilgili tartışmalarda sorulan temel soru, hayatınız hakkındaki kararlarda sizin mi, yoksa başkalarının mı söz sahibi olduğuyula alakalıdır. Sivil bir toplumda yaşamınız hakkındaki seçimleri siz yapabilirken, siyasi bir toplumda başkaları sahip oldukları güçle sizi itaate zorlayarak kararları uygulatırlar. Bu noktada bireylerin haklarına saygı gösterilmesine yönelik etkinlikler, yasanın ya da kuralın ihlali karşısındaki duyarlılık derecesi, hakları sahiplenme bilinci, özgürlükler hukukunun güvenceleri yönünden önem taşımaktadır.¹ Kaboğlu'na göre, duyarlılıktan direnmeye giden yolda bireylik bilincinin altı çizilmelidir. Çünkü birey olma bilincinin zayıflığı, toplum üyelerini otoriter eğilimlere götürebilir. Oysa toplumsal örgütlenme derecesi yoğun olduğu sürece, hak ve özgürlüklerinin gelişmesi için uygun ortam da hazırlanmış olacaktır.²

Demokratik bir hukuk düzeninde devletin meşruluğu ve devamı, devletin, onu oluşturan bireylerin istekleri ve seçimleri doğrultusunda hareket etmesine bağlıdır. Bu noktada bireyin/toplumun iktidarın keyfiliğini engelleyebileceği ve haklarını savunabileceği yollar ortaya çıkmaktadır. Demokratik hukuk düzeni, adaletsizlikler karşısında bireye kendini savunma ve koruma hakkını tanımıştır. Haksızlığa uğrayan birey, haksızlığın giderilmesi için yasal yolları denedikten sonra sorun çözümlenmemişse, pasif direnme olarak tanımlanan sivil itaatsizlik türü eylemlere başvurmakta; böylelikle yönetim ve kamuoyunun dikkatini çekmeye çalışmaktadır. Bu sayede haksızlığın giderilmesi noktasında devlete/yönetime baskı oluşturma gayesi güdülür.

¹ Anbarlı, Şeniz, "Bir Pasif Direnme Modeli Olarak Sivil İtaatsizlik", *CÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 1, Nisan/2001, s. 323

² Kaboğlu, Ö. İbrahim, *Özgürlükler Hukuku*, 4. Baskı, Afa Yayınları, İstanbul 1998, s. 140.

Birey ya da gruplar, haksızlığa uğradıklarını düşündükleri konularda tepkilerini, şiddete başvurmaksızın, ancak kanunun suç saydığı bir edimi gerçekleştirerek; üstelik eylem sonrasında öngörülen cezayı da göze alarak, gösterisel bir fikir açıklaması olan sivil itaatsizlik biçimiyle ortaya koymaktadır. Sivil itaatsizlik, özgürlüklerin korunması ve adaletin temini bağlamında etkin yöntemler sunmaktadır. İyi niyet, uzlaşma ve şiddetsizlik temelinde şekillenen sivil itaatsizlik, bu nitelikleriyle farklı bir politik felsefi akım olarak görülebilir.

Sivil itaatsizlik orijini itibarıyla, haksız olduğuna inanılan bir vergiye direniş şeklinde ortaya çıkmıştır. Daha sonraki dönemlerde vergi dışındaki konularda da başvurulan bir yöntem olmuştur.

Thoreau'nun ortaya attığı "sivil itaatsizlik" anlayışının yeniden fark edilmesini sağlayan Gandhi, sivil itaatsizliğin karşılığını Satyagraha'da bulmuş; kötülüğe karşı aktif, ama şiddet unsuru içermeyen pasif direnişi öngören "Satyagraha Felsefesi"ni oluşturmuştur. İngilizlerin sömürgesi altında ezilen Hint Halkı'na özgürlüğe giden yolda öncülük etmiştir. Adaletsiz ve insanlıkla bağdaşmayan uygulamalara, şiddete başvurmaksızın itaatsizlik etmiş, bunun bedeline de katlanmıştır. Birçok kez tutuklanan, ünlü açlık grevleri yapan Gandhi'nin sivil itaatsizliği, çoğu kez zaferlerle taçlanmıştır. Adaletsizliğe başkaldırının şiddet ve kanla değil de; fikirsiz ve barışçıl eylemlerle zafer kazanacağına tüm dünya şahit olmuştur.

"Sivil İtaatsizlik" Tanımı

Üzerinde çokça tartışılan sivil itaatsizlik kavramının birçok tanımı yapılmıştır. Örneğin Fleish'e göre "Sivil İtaatsizlik, devlet gücünün üçüncü kişilerce de açıkça görülebilir ve anlaşılabilir derecede, haksız olarak duyumsanan bir edimine karşı, kaba güç kullanmadan ve kamuya açık olarak gerçekleştirilen bir protesto eylemidir".

Ökçesiz ise sivil itaatsizliği "Hukuk devleti idesinin içerdiği üstün değerler uğruna, kamuya açık ve yasaya aykırı olarak gerçekleştirilen, bu sırada üçüncü kişilerin daha üstün bir hakkını çığnemeyen, barışçıl bir protesto eylemidir" şeklinde tanımlar.³

³ Ökçesiz, Hayrettin, *Sivil İtaatsizlik*, Afa Yayınları, İstanbul 1994, s. 130.

Sivil itaatsizliğin meşruluğu konusundaki çalışmaları ile tanınan John Rawls'a göre sivil itaatsizlik, "yasaların ya da hükümet politikasının değiştirilmesini hedefleyen, kamuoyu önünde icra edilen (aleni), şiddete dayanmayan, vicdani, ancak yasal olmayan politik bir eylemdir".⁴

Tanımlardan anlaşılacağı üzere, kavram; yasanın özüne uymak suretiyle yasaya itaatsizlik şeklinde bir paradoksu içermektedir.

"Sivil İtaatsizlik" Kavramı'nın Ortaya Çıkışı (H. David Thoreau)

Eylem tarzı ve hedeflediği amaç bakımından terörizmden, düşünsel çerçevesi bakımından ise anarşizmden tamamen farklı olan "Sivil İtaatsizlik" tabiri, ilk kez 1849 yılında Amerika'da Henry David Thoreau (1817-1862) tarafından kullanılmıştır. Sivil itaatsizlik doktrininin oluşumunda Meksika Savaşı önemlidir. Meksika ile yapılan savaşın amacının, zenci köleliğini yeni bir bölgeye yaymak olduğunu düşünen Thoreau'nun; böyle adaletsizlikler yapan bir hükümeti mali bakımdan desteklememek için kelle vergisini ödemeyi reddetmesi üzerine hapse girmesi; onun "Sivil İtaatsizlik" isimli makalesini yazmasına neden olmuştur.⁵ Aynı zamanda bir naturist olan Thoreau'nun "Sivil İtaatsizlik" adlı eseri, Gandhi, Martin Luther King ve onları izleyen binlerce adalet yanlısına ilham olmuştur.

Thoreau, *Sivil İtaatsizlik* kitabına "En iyi yönetim, en az yönetendir" diyerek başlamıştır. O'nu böyle düşünmeye iten neden, yönetimin insanların taleplerine cevap verememesi ve gücünü kötüye kullanmasıdır. Thoreau, yönetimin zorbalığı ve yetersizliği yüzünden yaşam çekişmez bir duruma geldiğinde insanların direnme hakkının olduğunu ifade etmiştir. Thoreau, kanunlara karşı açık ve maksatlı bir itaatsizlik noktasına da varsa, vatandaşın görevinin haksızlıklara karşı koymak olduğunu belirtmektedir.⁶ Düşünür, vicdanı dolayısıyla insan onuru-

⁴ Rawls, John, *Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı, Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik*, 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001, s. 56.

⁵ Downs, Robert, *Dünyayı Değiştiren Kitaplar*, 4. Baskı, (Çev. Erol Güngör), Ötüken Yayınları, İstanbul 1998, s. 93-96.

⁶ Thoreau, Henry David, *Sivil İtaatsizlik ve Pasif Direniş*, 2. Baskı, (Çev. Hakan Arslan), Vadi Yayınları, Ankara 1999, s. 41-46.

nu ve bunlardan hepsinin öncesinde bireyin özerkliğini dünyayı algılamak için esas almaktadır.

Thoreau, “*Sivil İtaatsizlik*” anlayışını 4 temel ilkeye dayandırmaktadır:

a. Bir kimsenin ülkesinin yasasından daha yüce bir yasa vardır. Bu da vicdanın yasasıdır.

b. Bu yüce yasayla ülkenin yasası birbiriyle çatışır duruma geldiğinde, kişinin ödevi “*yüce yasa*”ya uymak, ülke yasasına bile bile karşı gelmektir.

c. Kişi, ülkenin yasasına bile bile karşı geliyorsa bu eylemin bütün sonuçlarını göze almayı istiyor olmalıdır, hapse girmeyi bile!

d. Oysa hapisaneyeye girmek sanıldığı kadar olumsuz bir edim değildir. Bu durum iyi niyetli kişilerin dikkatini kötü yasaya çekmeye yarayacak, bu yasanın kaldırılması sonucuna katkıda bulunacaktır. Ya da yeterince kişi hapisaneyeye kapatılırsa, edimleri devlet mekanizmasını işlemez kılmayı, dolayısıyla kötü yasayı uygulanamaz duruma getirmeyi sağlayacaktır.

Sivil İtaatsizlik Eylemlerinin Temel Unsurları

- Hukuk Normunun Uygulanmasının, Ağır Bir Haksızlığa Yol Açması
- Yasaya aykırılık
- Şiddetsizlik
- Kamuya açıklık
- Hesaplanabilirlik
- Çiğnenen Pozitif Hukuk Normundan Doğacak Yaptırıma Katlanma

Bu unsurları kısaca ele alacak olursak;

1. Hukuk Normunun Uygulanmasının, Ağır Bir Haksızlığa Yol Açması: Sivil itaatsizlik, “*hukuk sisteminin içinde aksayan bir kurala karşı çıkıştır*”. Ancak, sistemin bütününe yönelik genel bir kabul söz konusudur. Sivil itaatsizlik, toplumsal-siyasal durumda, yasaya aykırı davranışa zorunlu kılacak, vicdani bir duygu-düşünce süreci-

dir. Bu vicdani süreç sivil itaatsizliğe götüren süreçtir. Ancak, diğer unsurları taşıyan herhangi bir davranışın sivil itaatsizlik eylemi sayılabilmesi için, hukuk normunun uygulanmasının, ağır bir haksızlığa yol açması koşulu aranmaktadır.

2. Yasaya aykırılık: “Yasaya aykırılık” tan, “bir pozitif hukuk normuna karşı oluş” anlaşılmaktadır. Sivil itaatsizlik edimlerinde yasa ya da hukuk normuna aykırılık dile getirilmektedir. Daima illegal olan sivil itaatsizlik, kendi özgünlüğünü yaratan koşullarda gerçekleşir. Bu tür protesto eylemleri tekil hukuk normlarının bilinçli ihlalini içerir.⁷ Sivil itaatsizlik, müeyyidesinden korkmaksızın kanunlara direnme isteğini varsayar.

Buna göre sivil itaatsizlik, bazı yasaklayıcı kurallara karşı gelmekle (ceza kurallarının, disiplin kurallarının çiğnenmesi gibi) ya da, hukuken emredilen bir edimi yerine getirmemekle (vergi ödemekten kaçınma gibi) gerçekleşebilir.

3. Şiddetsizlik: Şiddet kullanımı, diğer protesto biçimlerini sivil itaatsizlikten ayıran en temel özelliklerden birisidir. Sivil itaatsizlik şiddet içermemelidir. Ancak, eylemin yapısı gereği, az da olsa ortaya bir hareketlilik çıkıyorsa; burada temel ölçüt, üçüncü kişilerin daha üstün bir hakkının ve özgürlüğünün çiğnenmemesidir. Gerçek bir sivil itaatsizlik, vicdani ve derin bir inancı gösterir ki; bu yüzden de tehdit edici değil, uyarıcıdır. Örneğin, öğrenim harçlarının artırılmasını kınamak için öğrencilerin yaptıkları oturma eylemi, bu boyutta kaldığı müddetçe bir sivil itaatsizliktir. Ancak bu eylem, kışkırtmaya kapılarak, çevreye zarar verme biçimine dönüşürse, sivil itaatsizlikten çıkar.

4. Kamuya Açıklık: Sivil itaatsizlik, vicdanlarda yatan adalet duygusuna çağrı niteliğinde olup; kişisel menfaatin ötesinde, aynı durumdaki herkes için adalete yönelik bir çözüm arayışıdır. Sadece olaydan mağdur olanın değil, her insanın böyle bir olguya karşı tepki göstermesi gerektiğinden hareket etmektedir. Bu nedenle de eylemler gizli olarak değil, kamunun bilgisine sunulmak üzere gerçekleştirilir.

5. Hesaplanabilirlik: Bir sivil itaatsizlik eylemi gerçekleştirilmeden önce eylemin hedefi ve nasıl gerçekleştirileceği baştan açıklanır.

⁷ Ökçesiz, Hayrettin, Sivil İtaatsizlik, Afa Yayınları, İstanbul 1994, s.114

Eylemin gidişatı ve neticelerinin eylemin başında söylenenlere uygun olması gerekir. Eylemcinin, eylemin başında söyledikleri ile eylem sırasında yaşananların farklı olması, gerçekleştirilen eylemin bir sivil itaatsizlik eylemi olarak sunulmasını zorlaştırır.

6. Çiğnenen Pozitif Hukuk Normundan Doğacak Yaptırıma Katlanma

Hukuka bağlılık ana kural olmakla birlikte, sivil itaatsizlik sistemi içinde yer alan özgün bir düzenlemeye karşı çıkış şeklinde kendini göstermektedir. Sivil itaatsizin yapılan eylem sonucunda doğacak yaptırıma katlanmasının amacı, muhataplardan beklenen ilgiyi ve desteği sağlamaktır. Gandhi, bu tutumu eylemlerini daha dramatize etmek, sempati ile beslemek için kullanmıştır.⁸

Sivil itaatsizlik, aslında sistemin değerlerine yönelik bir çağrıdır. Protesto konusu olan somut uygulama, hakkaniyete aykırı olduğu için öncelikle sisteme şikâyet edilmektedir. Sokrates'in, kendisine verilen ölüm cezasına, kendini kurtarma olanaklarını reddetmek pahasına katlanması, bu unsura örnektir.

Sivil İtaatsizlik Eylem Türlerinden Bazı Örnekler

Aşağıda sıralanan sivil itaatsizlik eylem türleri, demokratik hukuk devletlerinde gerçekleştirilen eylemlerdir. Hemen hepsinin ortak vasfı, şiddetsizlik içermesi ve barışçıl protesto gösterileri olmasıdır. Bunlardan bazıları:⁹

- Ağaçlara sarılma
- İmdat frenini çekme
- Pentagon'un gizli belgelerinin yayımı
- Oturma
- Genel greve çağrı
- İmza toplama

⁸ Ökçesiz, Hayrettin, *Sivil İtaatsizlik*, Afa Yayınları, İstanbul 1994, s. 125.

⁹ Ökçesiz, Hayrettin, *Sivil İtaatsizlik*, Afa Yayınları, İstanbul 1994, s. 49.

- Hastalıklı balıkları sorumlu firma binalarına bırakma
- Ölü biçiminde yere uzanma
- Barış kampları kurma
- Açlık grevi
- Sivil savunma tatbikatında sığınaklara girmeme
- Ağaçların kesilmesini engelleme
- Otobüslerde ırklara göre oturma düzenine uymama
- Bomba deneme bölgesine kilise yapımı
- Tehlikeli yerlere trafik işaretleri koyma, yaya geçidi işareti çizme
- Sınır geçme
- Gizli atom silahlarının planlarını açıklama
- Çocuklarla el ele vererek yolu kesme

Sivil İtaatsizlik ve Direnme Hakkı

Direnme hakkı, sivil itaatsizliği anlamada kilit rol oynayabilecek bir kavramdır. Freeman'a göre direnme, başkasının eylemi veya iradesi karşısındaki psikolojik, fiziki her türdeki muhalefeti kapsayarak, zorlamaya karşılık geliştirilen bir savunma hareketidir.¹⁰ Doktrinde de, bireylere baskı ve zulüm karşısında özgürlüklerini korumak için son çare olarak direnişe başvurma hakkı tanınmıştır. Nitekim bu hak, pozitif hukuka da sirayet etmiştir.

Zalime karşı direnme hakkı, resmi olarak ilk kez 4 Temmuz 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirisi ile kabul edilmiş ve açıklanmıştır. Direnme hakkı en geniş ifadesini ise Fransız İhtilali metinlerinde bulmaktadır. Günümüzde baskıya karşı direnme kendini başlıca iki biçimde gösteriyor: Pasif direnme ve aktif direnme. Zora ve şiddete başvurmaksızın baskıya karşı koyma yolu pasif direnmedir. Pasif direnme konusunda, bu kavramın öncüleri sayılan, Henry David Thoreau, Gandhi ve Martin Luther King, şiddeti asla onaylamamış, saldırsız direnmeden yana olmuşlardır. Aktif direnme ise ifadesini kuvvet ve

¹⁰ Freeman, Harrop, *Sivil İtaatsizlik ve Pasif Direniş İçinde*, 2. Baskı, (Çev. Hakan Arslan), Vadi Yayınları, Ankara 1999, s. 109.

gerekirse şiddetten almakta, isyan ya da ihtilal hareketi olarak adlandırılmaktadır.¹¹ Binaenaleyh, sivil itaatsizliğin temelinde şiddetsizlik olması, onu aktif direnmeden uzaklaştırmakta, pasif direnişe yaklaştırmaktadır.

Sivil itaatsizliğin bir hak olup olmadığı tartışmasında Ökçesiz, "Küçük direnme hakkıdır" diyerek; sivil itaatsizliğin direnme hakkı ile doğrudan ilgisini ortaya koymuştur.¹²

Sivil İtaatsizliğin Meşruluğu

Sivil toplum örgütleri, toplumların demokratikleşmesinde ve insan hakları mağdurlarına yardımda bugün önemli bir fonksiyonu üstlenmektedir. Ancak sivil toplum örgütlerinin bu tür faaliyetlerini profesyonel anlamda kurumsallaşmadan uzak görünen sivil itaatsizlik uygulamalarıyla karıştırmamak gerekir. Çünkü sivil itaatsizler, eylem planlarına rağmen, daha çok bir hareket tarzında örgütlenmişlerdir. Sivil itaatsizlik edimi, demokratik ve hukuksal çözümler işletildikten sonra başka çare kalmayan durumlarda söz konusu olabilmekte, bu tür eylemlere başvurma son çare olarak kabul edilmektedir. Adil bir yaşam beklentisi içindeki gruplar, demokratik hukuk kurallarının uygulanmasını sağlamak amacıyla eylemlere başvurduklarında, taleplerinin karşılanması için mevcut yasa kuralı ya da kurallarına bilerek aykırı davranarak, siyasi karara karşı çıkışlarını anlatmaktadırlar. Bu noktada yasa kuralının çiğnenmesinden doğan yaptırıma razı olma biçiminde şekillenen, edimin içtenliğine duyulan inançtır. Yasaya aykırılık içeren bu tür eylemlerde meşruluk önemli bir sorundur. Sivil itaatsizlik, demokratik hukuk devleti idealinde bulunan ortak yarar ve değerlerin gerçekleştirilmesine yöneldiğinden, kendi içinde meşruluk sorununu da çözmüş olmaktadır. Sivil itaatsiz, yapılan eylemleri belirtilen değerlere ulaşmada araç olarak tanımlar.¹³

¹¹ Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1989, s. 314.

¹² Ökçesiz, Hayrettin, "Sivil İtaatsizlik Hakkı", *Yeni Türkiye Dergisi*, Kasım-Aralık/1997, s. 159.

¹³ Anbarlı, Şeniz, "Bir Pasif Direnme Modeli Olarak Sivil İtaatsizlik", *CÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 1, Nisan/2001, s. 324.

Sivil itaatsizlik, her şeyden önce bir “*Siyasi İfade*” biçimidir. Kişi, bireysel ya da kitlesel bir davranışla, kural dışı protesto yürüyüşü, açlık grevi yapabilir, bir parktaki ağaçların kesilmesine karşı çıkabilir, ya da gecekondulu yıkımına gelen dozerlerin önüne çıkarak pasif direniş gösterebilir. Demokratik Hukuk Devleti’nde, siyasi ifadeler ya sistemle bütünleşir, korunur, kurumsallaşır; ya da sistem dışında bırakılır, yasaklanır. Bu kritik çizgiyi belirleyen faktör, her şeyden önce siyasi ifadeye yüklenen “*şiddet*” unsurudur. Sivil itaatsizlik, şiddet unsurunu taşımayan bir muhalefet tipi, ya da siyasi ifade biçimi olduğu ölçüde sistemin içinde kalan, ama yeni hukuk devleti anlayışında birey olmanın bir ifadesi olarak düşünülmektedir.¹⁴

Hakkaniyetsizliğe karşı pasif bir direnme hakkı içeren sivil itaatsizlik, Ökçesiz’e göre¹⁵ de “*Hukuk devleti idealini doğuran ve temellendiren, aydınlatmacı doğal hukuk anlayışının sonucudur*”.

Liberal devlet, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin çiğnenmesini önlemek amacıyla, bireyin siyasi mekanizma içinde yer almasını sağlamış, bunun sonucunda da her yurttaş siyasi hayata yön verme olanağına kavuşmuştur. Maddi ve manevi baskılara karşı korunan birey, bu korunmayı düşünce, basın, inanç, toplanma, dernek kurma özgürlükleriyle gerçekleştirilmektedir. Siyasi otoritenin özgürlükleri çiğnemesine engel olmak için bireyin yönetime katılması, çağdaş demokrasilerin ön koşulu durumundadır.¹⁶

Demokratik bir hukuk düzeninde devletin meşruluğu ve devamı, devletin, onu oluşturan bireylerin istekleri ve seçimleri doğrultusunda hareket etmesine bağlıdır. Bu noktada bireyin/toplumun iktidarın keyfiliğini engelleyebileceği ve haklarını savunabileceği yollar ortaya çıkmaktadır. Demokratik hukuk düzeni, adaletsizlikler karşısında bireye kendini savunma ve koruma hakkını tanımıştır. Sivil itaatsizlik, haksız bir uygulamaya karşı bütün yasal yollar denendikten sonra girilen “*yasadışı*” bir eylemdir. Ancak yasadışı eyleme girişmek ilke

¹⁴ Çağlar, Bakır, “Sivil İtaatsizlik Olgusunun Değerlendirilmesi” konulu Sempozyum, *Argumentum Dergisi*, Temmuz-Aralık 1993, yıl 3-4, Sayı 36-41, s. 651.

¹⁵ Ökçesiz, Hayrettin, “Sivil İtaatsizlik Hakkı”, *Yeni Türkiye Dergisi*, Kasım-Aralık/1997, s. 159.

¹⁶ Göze, Ayferi, *Liberal Marxiste Faşist ve Sosyal Devlet*, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1995, s. 19.

olarak yasadışı örgütlenmeyi ya da eylemi savunmak anlamına gelmez. Sivil itaatsizlik, toplumsal sözleşmenin çiğnenmesinden duyulan kaygıyı dile getirmek için başvurulmuş bir tepki türüdür. Bu anlamıyla sivil itaatsizlik yasadışı ancak “meşru” bir eylem olarak değerlendirilir.

Mohandas K. Gandhi (1869 - 1948)

“Yüce ruh” anlamına gelen “mahatma” ve “baba” anlamına gelen “bapu” adlarıyla da anılan Gandhi, 2 Ekim 1869’da Hindistan’da doğmuş, Hint gelenekleriyle büyümüştür. 1887’de hukuk öğrenimi için Londra’ya gitmiş, 1891’de öğrenimini tamamlayıp Hindistan’a dönmüştür. 1893’de o zamanlar Britanya İmparatorluğu’nun bir parçası olan Güney Afrika’da avukatlık yapmaya başlamıştır. Bu esnada Gandhi de, Güney Afrika’da Hintlilere uygulanan ayrımcılığa maruz kalmıştır. Örneğin, elinde birinci mevki bileti olmasına rağmen üçüncü mevkiye geçmediği için trenden atılmış; yoluna at arabası ile devam ederken, Avrupalı bir yolcuya yer açmak için arabanın dışında basamak üzerinde yolculuk etmeyi reddettiği için sürücü tarafından dövülmüştür. Sosyal haksızlıklar karşısında uyanmasına neden olan bu olaylar hayatında bir dönüm noktası olmuş ve daha sonraki sosyal eylemciliğine temel oluşturmuştur. Güney Afrika’da Hintlilerin maruz kaldığı ırkçılık, önyargı ve adaletsizliğe tanık olmuş ve halkının Britanya İmparatorluğu içindeki yeri ile kendisinin topluluk içindeki yerini sorgulamaya başlamıştır.¹⁷

Güney Afrika’daki Hintlileri bir araya getirmek için “*Indian Opinion (Hintlinin Kanısı)*” adlı gazeteyi çıkarmaya başlamıştır. Gazetede kötü yönetimlere karşı koyma gerekliliği üzerine yazı yazan Gandhi, yasalara karşı doğrudan harekete geçmiş, kitle tutuklamalarına yol açması için yasaları bilerek çiğnemiştir. 1894’te kurduğu Natal Hint Kongresi sayesinde Güney Afrika’daki Hintlileri ortak bir siyasi gücün arkasında toplamıştır. Gandhi, Hintlilerin oy kullanmasını engelleyen bir yasa tasarısına karşı çıkmış, yasanın çıkmasını engelleyemese de, Güney Afrika’da Hintlilerin yaşadığı sorunlara dikkat çekmeyi başarmıştır. O zamanlar Britanya İmparatorluğu’nun bir parçası olan Güney Afrika hükümeti, Asyalı göçmenlerin sınırdan izinsiz girmesi-

¹⁷ Mohandas K. Gandhi, <http://tr.wikipedia.org>, ET:15.08.2010

ni yasaklayan ve bunu hapisle cezalandıran bir kanunu uygulamaya başlamıştır. Gandhi, binlerce taraftarını sınırı kasten ve büyük kitleler halinde geçmek için teşvik etmiştir. Taraftarları, kasten Güney Afrika topraklarını terk ediyor ve sonra izin almadan içeri giriyorlar ve bu yüzden hapse atılıyorlardı. Sayısız insanın bu suretle yaptığı sınır ihlali yüzünden öyle bir an geldi ki, Güney Afrika hükümeti mahkûmları üst üste doldurmasına rağmen, insanları hapsedecek hapisane bulamaz hale gelmiş ve sonunda pes ederek, sınır ihlalinin hapisle cezalandırma kanununu iptal etmek zorunda kalmıştır.¹⁸

Kendilerine düşman Avrupalı liderler, Hintli liderlerin Transvaal'i, burada oturmaya hakları olmayan Hintli göçmenlerle doldurmak için bir komploya giriştikleri yolunda uydurma istatistikler ortaya atmış ve bu nedenle de Asyalılara karşı insafsız yasalar çıkarılmaya başlanmıştır. 1906'da sömürgecinin Hintli nüfusunu zorla kayıt altına almayı emreden bir yasaya karşı Johannesburg'da yapılan toplu gösteride Gandhi, *satyagraha*'sını (pasif protesto yöntemi) ilk defa uygulamaya başlayarak; Hintli yandaşlarına şiddet ile karşı çıkmak yerine, yeni yasaya karşı çıkıp bunun sonuçlarına katlanmaları yönünde çağrıda bulunmuştur. Bu doğrultuda 7 yıl süren mücadelede grev yapmak, kayıt olmayı reddetmek, kayıt kartlarını yakmak gibi çeşitli şiddet içermeyen başkaldırıları nedeniyle aralarında Gandhi'nin de bulunduğu binlerce Hintli hapsedilmiş, kırbaçlanmış, hatta öldürülmüştür. Barışçıl Hintli protestoculara Güney Afrika hükümetinin uyguladığı ağır yöntemlerin kamuoyunda oluşturduğu itiraz sonucunda General J. C. Smuts, Gandhi ile bir uzlaşmaya gitmek zorunda kalmıştır. Bu mücadele sırasında Gandhi'nin fikirleri şekillenmiş ve "*Satyagraha*" kavramı olgunlaşmıştır.¹⁹

Afrika'dan Hindistan'a döndükten sonra yoksul çiftçi ve emekçileri yüksek ve adaletsiz vergilendirme politikasını ve yaygın ayrımcılığını protesto etmeleri için örgütleyen Gandhi; "*huzursuzluk yaratma*" gerekçesiyle tutuklanmıştır. Yüz binlerce insanın hapisane, karakol ve mahkemelerin önünde protesto gösterilerinde bulunarak Gandhi'nin saliverilmesini istemesi üzerine, bir müddet sonra Gandhi

¹⁸ Thoreau, Henry David, *Sivil İtaatsizlik ve Pasif Direniş*, 2. Baskı, (Çev.Hakan Arslan), Vadi Yayınları, Ankara 1999, s. 33-35.

¹⁹ Mohandas K. Gandhi, <http://tr.wikipedia.org>, ET:15.08.2010

salıverilmiştir. Hindistan Ulusal Kongresi'nin liderliğini üstlenerek ülke çapında yoksulluğun azaltılması, kadınların serbestisi, farklı din ve etnik gruplar arasında kardeşlik, kast ve dokunulmazlık ayrımcılığının sonlandırılması, ülkenin ekonomik yeterliliğine kavuşması ve en önemlisi olan Hindistan'ın sömürgeleikten kurtulması konularında ülke çapında kampanyalar yürütmüştür. Uygulamaya başladığı etkin ve önemli taktikler çerçevesinde bütün Hindistan halkını pasif direnişe ve İngilizlerle işbirliği yapmamaya çağırmıştır.¹⁹

Gandi Hindistan'da alınan Britanya tuz vergisine karşı 1930'da yaptığı 400 kilometrelik Gandhi Tuz Yürüyüşü ile ülkesinin Britanya'ya karşı başkaldırmasına öncülük etmiştir. O dönemde Hindistan'ı istila etmiş İngiliz yönetimi, kazançlı bir tekel oluşturmak amacıyla tuz yapımını yasaklayınca, Gandhi ardındakileri deniz kıyısına götürmüş ve bir tas dolusu deniz suyunu buharlaştırma yoluyla tuz üreterek yasayı simgesel olarak çiğnemiştir. Bunun üzerine tam da umduğu gibi tutuklanarak hapse atılmıştır. Yurttaşlarının gözünde Gandhi, onlar uğruna mücadeleden asla yılmayan biriydi ve binlerce kişi harekete katılarak Gandhi'nin yaptığı eylemi tekrarlayınca İngiliz yönetimi Gandhi'yi serbest bırakmak zorunda kalmıştır. İngiliz yönetiminin bu tutumu otoritesinin zayıfladığının bir kanıtı haline gelmiş ve kamuoyu yasayı kaldırması yönünde yönetimi zorlamaya başlamıştır.²⁰

Birçok kez tutuklanıp serbest bırakılan Gandhi, ünlü açlık grevlerini yapmış, hemen hemen her eylemini de bir siyasi zaferle noktalamıştır. Gandhi'nin önderliğinde Thoreau'nun sivil itaatsizlik yöntemini kullanan Hindistan, 1947'de bağımsızlığına kavuşmuştur.

Gandhi'nin Penceresinden Sivil İtaatsizlik ve Satyagraha

Thoreau'nun "*sivil itaatsizlik*" yaklaşımının yeniden fark edilmesini sağlayan Gandhi, Thoreau'nun görüşlerini eski Hint düşüncesi "*ahimsa*" (şiddetsizlik, tüm sevgi) ile bağdaştırmıştır. Kabagüçsüz direnme biçimindeki siyasi eylem kuramı, bu temelde şekillenir. Gandhi'nin sivil itaatsizlik felsefesine katkısı, itaatsizliğin eyleme dönüşme yöntemini hedef alan "*pasif direniş*" anlayışı ile gerçekleşmiştir. Pasif direnişi

²⁰ Thoreau, Henry David, *Sivil İtaatsizlik ve Pasif Direniş*, 2. Baskı, (Çev.: Hakan Arslan), Vadi Yayınları, Ankara 1999, s. 32-35.

bir hayat felsefesi olarak da benimseyen Gandhi, bu eylemi yaşamı boyunca çeşitli şekillerde hayata geçirmiş; şiddetsizliğin, hem onu kullananı, hem de kendisine karşı kullanılanı kutsadığına inanmıştır.

Sivil itaatsizliğin karşılığını *Satyagraha*'da bulan Gandhi, gerçek ve kötülüğe karşı aktif, ama şiddet unsuru içermeyen pasif direnişi öngören "*Satyagraha Felsefesi*"nin öncüsüdür. Bu felsefe, Hindistan'ı bağımsızlığına kavuşturmuş ve dünya üzerinde vatandaşlık hakları ve özgürlük savunucularına ilham kaynağı olmuştur. *Satyagraha*, "*hakikate tutunma*", "*gerçeğe bağlılık*", "*ruh gücü ve sevgiden doğan kuvvet*" anlamına gelmektedir. Gandhi yasanın belirli davranış biçimlerine karşı gelirken, yasanın öngördüğü cezaya da katlanmıştır. Çünkü *Satyagrahi* (sivil itaatsizliği uygulayan kişi), yasalara aklını kullanarak ve isteyerek boyun eğer. Ancak yasalara bu biçimde uyduktan sonra insan, kuralların adaletli ya da adaletsiz olduğuna karar verebilir. Eğer adaletsizliği görüyorsa yasalara karşı boyun eğmezliğe başvurabilir.²¹

"Göze göz ilkesi, tüm Dünya'yı kör eder" ve "Uğrunda ölmeyi göze alacağım birçok dava var, ama uğrunda öldüreceğim hiç bir dava yoktur." diyen Gandhi'ye göre sivil itaatsizlik, şiddete başvurmadan direnme; gerçeğe ve adalete derin bağlılık ifade ediyordu. Sivil itaatsizlik, onun elinde pasif direnmenin kutsal kitabı haline gelmiştir.²²

Gandhi'nin şu sözleri, onun sivil itaatsizlik anlayışının izahında daha etkilidir:²³

"...*Satyagrahi* (sivil itaatsizliği uygulayan kişi) toplum yasalarına aklını kullanarak, kendi özgür istemiyle boyun eğer. Çünkü bunu kutsal bir görev bilir. Ancak, toplum yasalarına bu şekilde titizlikle uyduktan sonradır ki insan, hangi kuralın iyi ve adaletli, hangisinin haksız ve adaletsiz olduğuna karar verebilir. Ancak o zaman insan, çok iyi belirlenmiş durumlarda, bazı yasalara karşı boyun eğmezliğe başvurmak hakkını kazanabilir. ... Şuna inandım ki, bir halk yasalara uymamak yoluna başvurmak yeterliliğini kazanmadan önce, onun bütün gereklerini tümüyle öğrenmelidir. ... Hiç kimse öyle bulunduğu için, mutlak biçimde haklı olduğunu ya da bir şeyin kesinlikle doğru

²¹ Ökçesiz, Hayrettin, *Sivil İtaatsizlik*, Afa Yayınları, İstanbul 1994, s. 41.

²² Downs, Robert, *Dünyayı Değiştiren Kitaplar*, 4. Baskı, (Çev.: Erol Güngör), ÖtükenYayınları, İstanbul 1998, s. 103.

²³ Sivil İtaatsizlik, <http://www.hukuk.gen.tr/konular>, ET: 17.08.2010

olduğunu ileri süremez. Özgür kararıyla yanlış bulabildiği sürece bu, ancak onun için yanlıştır. Buna göre haksız olduğunu bildiği bir şeyi yapmaması ve her ne olursa olsun bunun sonuçlarına katlanması gerektiği ortadadır. İşte bu, ruhsal gücün kullanılabilmesi için yegâne anahtardır.

Vicdani konularda çoğunluğun yarası yetkili değildir.

Bu sözleri hükmedilecek cezayı hafifletmek için söylemiyorum. Amacım, bana yapılan uyarıya, yasaya olan saygısızlığımdan değil, varlığımızın o yüce yarasına, yani vicdanımızın sesine uyduğum için boyun eğmediğimi göstermektir."

İnsanın özgür bir iradeye sahip olduğu, hiçbir şeyin onu istemediği bir şeyi yapmaya yazgılı kılınamayacağı anlayışını benimseyen Gandi'nin uyguladığı temel yöntem, pasif direniş yoluyla eylem yapmaktır. Pasif direniş anlayışında da iki taktik uygulamıştır. İlki, vergi ödememe, mahkemelere karşı grev, okul, sivil ve askeri düzenlemeleri reddetmek; ikincisi, milli bağımsızlık isteğini her fırsatta dile getirmektir.

Gandhi şiddetsiz siyasal istem ve eylemleri sayesinde emperyalist egemenlik arzusu ile insanlık dışı uygulamalara başvurmaktan çekinmeyen İngilizlerin bu arzularını yavaş yavaş zayıflatmış ve nihayetinde ülkesinde süregelen İngiliz sömürgeciliğini yıkmayı başarmıştır. Adaletsizliğe başkaldırının şiddet ve kanla değil de; fikinsel ve barışçıl eylemlerle zafer kazanacağına tüm Dünya şahit olmuştur. Gandi'nin kullandığı yöntemler sadece haksızlık içeren yasalara karşı değil, dini emirlere ve kast sistemine karşı da etkili olmuştur. Bireyin diğerleriyle birlikte, hatta tek başına da, dünyanın toplumsal ve siyasal yapısının değişmesine yol açabilecek moral güçler geliştirebileceğini kanıtlamıştır. Ayrıca sivil itaatsizliğin, direnmenin yalnızca etkili bir aracı olmayıp, tersine toplumun iyileşmesinde felsefi temeli oluşturduğunu da göstermiştir.

KAYNAKLAR

Anbarlı, Şeniz, "Bir Pasif Direnme Modeli Olarak Sivil İtaatsizlik", *CÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 1, Nisan 2001.

- Çağlar, Bakır; "Sivil İtaatsizlik Olgusunun Değerlendirilmesi" konulu Sempozyum, *Argumentum Dergisi*, Temmuz-Aralık 1993, yıl 3-4, Sayı: 36-41.
- Downs, Robert, *Dünyayı Değiştiren Kitaplar*, 4. Baskı, (Çev.: Erol Güngör), Ötüken Yayınları, İstanbul 1998.
- Freeman, Harrop, *Sivil İtaatsizlik ve Pasif Direniş İçinde*, 2. Baskı, (Çev.: Hakan Arslan), Vadi Yayınları, Ankara 1999.
- Gandhi, *Bir Özyaşam Öyküsü*, Cem Yayınevi, İstanbul 1984.
- Göze, Ayferi, *Liberal Marxiste Faşist ve Sosyal Devlet*, 3.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1995.
- Kaboğlu, Ö. İbrahim, *Özgürlükler Hukuku*, 4. Baskı, Afa Yayınları, İstanbul 1998.
- Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1989.
- Mohandas K. Gandhi, <http://tr.wikipedia.org>, ET:15.08.2010
- Ökçesiz, Hayrettin, *Sivil İtaatsizlik*, Afa Yayınları, İstanbul 1994.
- Ökçesiz, Hayrettin, "Sivil İtaatsizlik Hakkı", *Yeni Türkiye Dergisi*, Kasım-Aralık/1997.
- Rawls, John, "Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı", *Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik*, 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001.
- Sivil İtaatsizlik, <http://www.hukuk.gen.tr/konular>, ET:17.08.2010
- Thoreau, Henry David, *Sivil İtaatsizlik ve Pasif Direniş*, 2. Baskı, (Çev.: Hakan Arslan), Vadi Yayınları, Ankara 1999.

YARGITAY KARARLARI

DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

<p>T. 30.04.2008 E. 2008/21-343 K. 2008/347</p>	<p>* Hizmet tespiti ve işçilik alacakları (506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu m. 79/10, 2-9, 3/B, D)</p>
---	--

Taraflar arasındaki “*hizmet tespiti ve işçilik alacakları*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Mersin (1). İş Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 27.04.2006 gün ve 1111-328 sayılı kararın incelenmesi davalı SSK vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin 12.06.2007 gün ve 16563-9508 sayılı ilamı ile; (“... Dava 01.10.2002-30.04.2004 tarihleri arasında davalıya ait inşaat işyerinde bekçi olarak hizmet akdiyle çalıştığı halde SSK’na bildirilmeyen çalışmaların tespiti ile iş akdinin haksız feshi nedeniyle işçilik alacaklarının tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş ve karar davalılardan SSK başkanlığı tarafından temyiz edilmiştir.

Bu tür hizmet tespitine yönelik davaların kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi icap ettiği, Yargıtay’ın ve giderek Dairemizin yerleşmiş içtihadı gereğidir. Yasal dayanağı 506 sayılı Kanun’un 79/10. maddesi olan bu tür davalarda, öncelikle davacının çalışmasına ilişkin belgelerin, işveren, tarafından verilip verilmediği, ya da çalışıklarının kurumca tespit edilip

edilmediği yöntemince araştırılmalıdır. Bu yasal koşul oluşmuşsa işyerinin o dönemde gerçekten var olup olmadığı, Kanunun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı eksiksiz bir şekilde belirlenmeli daha sonra çalışma iddiasının gerçeğe uygunluğu özel bir duyarlılıkla araştırılmalıdır. Çalışma olgusu her türlü delille ispatlanabilirse de çalışmasının konusu, sürekli kesintili mevsimlik mi olduğu, başlangıç ve bitiş tarihleri ve alman ücret konularında tanıkların sözleri değerlendirilirken bunların inandırıcılığı üzerinde durulmalı, verdikleri bilgilere nasıl vakıf oldukları, işveren ve işçiyle, işyeriyle ilişkileri, bazen uzun yılları kapsayan bilgilerin insan hafızasında yıllarca eksiksiz nasıl taşınabileceği düşünülmeli ve tanıklar buna göre isticvap olunmalı, işyerinin kapsam kapasite ve niteliği ile bu beyanlar kontrol edilmeli, mümkün oldukça İşyerinin müdür, amir, şef, ustabaşı ve posta başı gibi görevlileri ve o işyerinde çalışan öteki kişiler ile o işyerine komşu ve yakın işyerlerinde bu yeri bilen ve tanıyanlar dahi dinlenerek tanık beyanlarının sağlığı denetlenmeli ve çalışma olgusu böylece hiç bir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak sağlıklı bir biçimde belirlendikten sonra ücret konusu üzerinde durulmalı tespiti istenilen sürenin evvelinde ve sonrasında beyyine başlangıç sayılabilecek ödeme belgeleri ve sair bu nitelikte bir belge yoksa Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun m. 288’de yazılı sınırları taşan ücret alma iddialarında yazılı delil aranmalı bu sınırlar altında kalan ücret alma iddialarında ücret miktarları tanıklardan sorulmalı 506 sayılı Kanun’un madde 3 B ve D de olduğu gibi ücretin sigortalı sayılmanın koşulu olan durumlarda ücret alma olgusunun var olup olmadığı özellikle saptanmalıdır. Bu davalarda işverenin kabulünün tek basma hukuki bir sonuç doğurmayacağı göz önünde tutulmalıdır.

Yukarıda açıklanan hususlar, yeterli ve gerekli bir araştırmayla ve deliller hep birlikte değerlendirilerek aydınlığa kavuşturulduktan sonra o çalışmanın sigortalı çalışma niteliğinde olup olmadığı, ya da ne zaman bu niteliğe kavuştuğu yönü üzerinde durulmalı ve çalışmayı kapsama alan yasanın yürürlük tarihinden sonraki dönem için hizmetin tespitine karar verilmelidir.

Söz konusu fiili ve hukuki gerçekler ve özellikle 506 sayılı Kanun’un m. 79/10, 2-9 hükümleri dikkate alınmadan ve özellikle işverence SSK’ya verilen dönem bordrolarında kayıtlı tanıklar saptanarak, bu tanıkların bilgilerine başvurmadan, dönem bordroları yok ise

işverenin komşu işyerlerinin kayıtlara geçmiş kişileri veya benzer işi yapanların kayıtlara geçmiş kimseleri tespit edilip dinlenmeden, davalı kooperatife ait defterlerin incelenerek dava konusu dönemde ücret ödemelerinin olup olmadığı belirlenmeden eksik araştırma ve incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi, usul ve kanuna aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...”) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemeye önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

I- Yerel Mahkemenin aynı yöndeki önceki kararını temyiz etmemiş olan davalı S. S. A. Konut Yapı Koop. vekilinin direnme kararını temyiz etmekte hukuki yararı bulunmadığından, temyiz dilekçesinin reddi gerekir.

II- Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararma uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: 1- Yukarıda (I) no.lu bentte açıklanan nedenle davalı SS. A. Konut Yapı Koop. vekilinin temyiz dilekçesinin reddine; istek halinde temyiz peşin harcının iadesine, 2- Yukarıda (II) no.lu bentte açıklanan gerekçeyle davalı Sosyal Güvenlik Kurumu (devredilen SSK) vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. maddesi gereğince bozulmasına, 30.04.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Davacının davalılardan kooperatifin inşaat işyerinde bekçi olarak 01.10.2002- 30.04.2004 tarihleri arasında çalıştığı, karakol amirliği ve muhtarlıkça onaylı kooperatif yetkilisince imzalanan belge, kooperatif karar defteri, 06.03.2003, 05.06.2003 ve 28.10.2003 tarihli vizite kağıtları ile davacı tanıklarının birbirini doğrulayan ifadeleriyle anlaşılmaktadır. Yerel mahkemece dönem bordrolarında adı geçen işçilerin adresleri SSK'dan sorulmasına rağmen isim ve adreslerinin tespit edilemediği anlaşılmaktadır. Öte yandan davalı kooperatif işverenin SSK'ya bildirilmeyen 21.01.2003-31.10.2003 arası dönem dışındaki süre için ücret ödenmesine ilişkin belgeleri savunmayı çürüteceğinden mahkemeye sunulacağı düşünülemez. Kaldı ki davalı kooperatif cevabında, davacının iş sözleşmesinin 31.10.2003 tarihinde feshedilmesine rağmen 2004 yılı Ekim-Kasım aylarına kadar kapıcı dairesinde oturması nedeniyle eciri misil alacağı bulunduğunu savunmuştur.

İşe giriş bildirgesinde bulunan davacı imzası, kimlik bilgilerini onaylama ve işçinin sigortalı olduğunu öğrenme yönünden sonuç doğurur. Zira sosyal koruma gereksinimi olan işçinin, daha önce işyerinde çalışmaya başlamış olsa da daha sonra sigortalı gösterilmesine itiraz etmesi beklenemez. Bu nedenle işe giriş bildirgesindeki tarihten önce iş sözleşmesi ile çalışma tanık beyanları ve konutta kalanlara ait kimlik belgesi ile kanıtlanmış bulunmaktadır. Mahkemece yeterli araştırma sonucu verilen kararın onanması görüşünde olduğundan sayın çoğunluğun araştırmaya yönelik bozma kararına katılamıyorum.

Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyesi
Cevdet İlhan GÜNAY

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 30.01.2008

E. 2008/13-21

K. 2008/37

* Kiracılığın tespiti

* Muarazanın men-i

* Hasılat kira sözleşmesi ve sona ermesi
(818 sayılı BK m. 287-285)

Taraflar arasındaki “kiracılığın tespiti, muarazanın men-i” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 5.10.2004 gün ve 2004/174-315 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 15.5.2006 gün ve 2006/5168-7924 sayılı ilamı ile; (“...Davacı, davalıya ait nikah salonu foto-video çekim dükkanını, 28.5.1998 tarihinde kiraladığını, 6570 sayılı yasa gereği tahliye koşulları oluşmadığı halde, davalının 27.4.2004 tarihli ihtarla 28.5.2004 tarihinde sözleşmeyi yenilemeyeceğini bildirdiğini, tek taraflı fesih hakkının bulunmadığını ileri sürerek, kiracılığının tespiti ile muarazanın men-i karar verilmesini istemiştir. Davalı, davacıya foto-video çekim işinin ihale edildiğini, herhangi bir yer tahsisinin yapılmadığını, bu nedenle 6570 sayılı yasa hükümlerinin de uygulanmayacağını savunarak, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davacının kiracı olduğunun tespiti ile, muarazanın önlenmesine karar verilmiş, hüküm davalı tarafça temyiz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davalı tarafından, belediye evlendirme dairesinde gerek nikahtan önce gerekse nikahtan sonra ilgililerin isteği halinde fotoğraf-video çekme işinin belediye encümeninin 26.3.1998 tarihli kararı ile 2886 sayılı Yasa’nın 45, maddesine göre ihaleye çıkarıldığı ve 28.5.1998 başlangıç tarihli ve 1 yıl süreli sözleşme ile foto-video çekim işi için kullanılmak üzere, davacıya ihale edildiği anlaşılmaktadır. Açıklanan bu şekli ile taraflar arasındaki sözleşmenin hasılat kirasına ilişkin olduğu kabul edilmelidir. Sözleşmenin başlangıcı 28.5.1998 tarihi olup 1 yıl sürelidir. Davalı kiralayan, davacıya hitaben 27.4.2004 tarihli yazısında, sözleşme süresi bitimi olan 28.5.2004 tarihinden sonra sözleşmenin yenilenemeyeceğini açıkça belirtmiştir. BK’nın 287-285. maddeleri gereğince, belli süreli hasılat kiralarda süre bitiminde sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde, sözleşme yenilenmemiş ise feshi ihbara gerek olmaksızın sona erer.

Hasılat kirasının zımnen yenilenmesi için sürenin sonunda kirala-
yanın muvafakatıyla kullanılmasına devam olunan yahut sözleşmede
feshi ihbar için süre kabul edilmişse her iki tarafın bu hakkı kullan-
maması gerekir. Açıklanan yasa hükmü de gözetildiğinde, süre bitimi
olan 28.5.2004 tarihinden sonra akdin yenilediğinin kabulüne olanak
yoktur. Mahkemece, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi
düşüncelerle kira sözleşmesinin 6570 sayılı Yasa hükümlerine tabi
olduğu ve bu yasada öngörülen tahliye koşulları oluşmadığından ki-
racılığın tespitine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma
nedenidir...”) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte,
yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda di-
renilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde
temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra
gereği görüşüldü:

Dava, kiracılığın tespiti ve davalı kirala-yan tarafından yaratıldığı
ileri sürülen muarazanın meni istemine ilişkindir.

Davanın kabulüne dair Yerel Mahkeme kararı, Özel Dairece metni
yukarıda bulunan ilamla bozulmuştur.

Yerel mahkeme (Taraflar arasında, Bahçelievler Belediyesi Yayla
Kültür Merkezi foto-video çekim işiyle ilgili olarak 28.05.1998 başlan-
gıç tarihli, bir yıl süreli kira sözleşmesi düzenlendiği çekişmesizdir.
Yer davacıya teslim edilmiş, davacı sözleşme koşullarına uygun olarak
yeri kullana gelmiştir. Ancak, sözleşme bir yıl sonra, yani 28.05.1999
günü sona ermemiş, her yıl uzatılmış; başlangıçta aylık 500.000.000
TL. olan aylık kira bedeli de, davalının resmi yazılarıyla 1.5.1999,
1.4.2000,1.5.2002 tarihlerinde artırılmış; bu resmi yazılar gereği olarak
kira paraları ödenmiştir. Bozma ilamında da belirtildiği gibi, taraflar
arasındaki sözleşme hasılat kirası niteliğindedir ve 28.05.1998 başlan-
gıç tarihli olup, bir yıl sürelidir. Buna göre, taraflar arasındaki hasılat
kirasına ilişkin sözleşmenin süresi 28.05.1999 günü sona ermektedir.
Ne var ki, taraflar anılan tarihte sözleşmeyi sona erdirmeyip, çekişme-
nin çıktığı 2004 yılına kadar kiracı-kiralayan ilişkisini sürdürmüşler-
dir. Muayyen bir müddet için akdolunup da bu müddetin hitamında

kiralayanın malumatıyla ve muhalefeti olmaksızın kiralananın kullanılmasına devam olunduğu yahut mukavelede fesih hakkında gösterilen İhbarı iki taraftan hiç birisi yapmadığı takdirde, hilafına mukavele yok ise, bir senelik bir müddetin hitamından altı ay evvel ihbar suretiyle fesih olununcaya kadar, seneden seneye akdin tecdit edilmiş sayılacağı, BK'nın 287. maddesi hükmü gereğidir. O halde, taraflar arasındaki sözleşmenin anılan madde uyarınca 28.5.1999'dan itibaren yıldan yıla yenilenerek devam ettiğinin kabulü gerekir. Kiralayanın, 27.4.2004 günlü ihtarnamesine kadar, taraflar arasında herhangi bir çekişme çıkmamıştır. İhtarname tarihi dikkate alındığında, sözleşme 28.5.2004 günü sona ermektedir. Bu tarih itibariyle sözleşmenin feshedilebilmesi için, BK'nın 287. maddesi uyarınca altı ay önceden, yani, 28.11.2003 gününe kadar ihbarın yapılması gerekir. Oysa kiralayan fesih bildirimim yasa da belirtilen altı ay değil, bir ay önceden yapmıştır. Bu durumda ihbarın yasal olmadığı, sözleşmenin 28.5.2004 günü sona ermeyeceği, bir yıl daha uzamış sayılacağı kabul edilmelidir) gerekçe siyle önceki kararında direnmiştir.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle onanmasına, gerekli temyiz ilam harcı peşin alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 30.01.2008 gününde oybirliğiyle ile karar verildi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 12.03.2008

E. 2008/4-248

K. 2008/240

* **Tazminat talebi**

* **Zamanaşımı süresi**

(818 sayılı BK m. 60;

1479 sayılı K. m. 16, 70;

Anayasa m. 141)

Taraflar arasındaki tazminat davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 19. Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 31.5.2005 gün ve 2003/874-2005/245 sayılı kararın incelenmesi taraflar vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 19.12.2006 gün ve 2005/14080-2006/14335 sayılı ilamı ile ("...Dava, kurum zararının tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, karar taraflarca temyiz edilmiştir.

Davacı, davalının il müdürlüğünde il müdürü olarak görev yapmakta iken, kuruma ait banka hesaplarında bulunan nakit fazlalıklarını genel müdürlüğün talimatlarına rağmen 10/2/1998-30/9/1998 tarihleri arası repo yaparak değerlendirmedeğinden kurum zararının oluşmasına neden olduğunu iddia ederek, zararın işlemiş faizi ile birlikte tahsilini istemiştir. Davalı, kurumda 657 sayılı yasaya tabi olarak memur statüsünde çalıştığını, soruşturma raporu sonucu genel müdürlüğünün 21/4/2000 tarihli onayı ile işlem yapılması istenmesine rağmen davanın 9/12/2003 tarihinde açıldığı davacının zarar ve failini soruşturma rapor tarihi olan 14/4/2000 günü öğrendiğini, BK'nın 60.maddesi gereğince davanın zamanaşımı nedeniyle reddi gerektiğini belirterek yasal süresi içinde zamanaşımı savunmasında bulunmakla birlikte, sorumluluğunda bulunmadığını ileri sürmüştür.

Mahkemece, tazminat isteminin 1479 sayılı Kanun'un 16. maddesine dayanılarak açıldığını, aynı Kanun'un 70. maddesi ve ilgili mevzuat hükümleri gereğince davalının zamanaşımı itirazı reddedilerek, istemin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 16. maddesinde kurumun ayıracağı karşılıkların nasıl işletileceği düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 70. maddesinde ise, "Bu kanuna dayanılarak kurumca açılacak tazminat

ve rücu davaları... 10 yıllık zamanaşımına tabidir” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Davalı zarar tarihinde il müdürü olup, davalı idarede 657 sayılı Kanun hükümlerine göre atama tasarrufu ile çalışmakta olan bir memurdur. İlgili yasa gereği devlet memurları görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek zorundadır. Görevleri nedeniyle idareye verdikleri zarardan ötürü Borçlar Kanunu’nun haksız fiil hükümleri gereği sorumlu tutulurlar. O halde bu davada Borçlar Kanunu’nun 60. maddesinde sözü edilen bir ve on yıllık zamanaşımı süresinin gözetilmesi gerekir. Zarar gören davacı idare olduğuna göre bir yıllık zamanaşımı süresi ancak idarede bu davayı açmaya emir veya yetkili makamın öğrenme gününün esas alınması gerekir.

Dosya içeriğinden zararlandırıcı eylemin 10/2/1998-30/9/1998 tarihleri arasında gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Olay hakkında yapılan soruşturma neticesi 14/4/2000 tarihli rapor tanzim edilmiş ve genel müdürlük makamı 21/4/2000 tarihinde onaylamıştır. BK’nın 60/1. maddesine göre zarar süresi zarara ve faile ittıla tarihinden itibaren bir yıldır. BK’nın 60/2 maddesine göre uzamış (ceza) zamanaşımı süresi ise TCK’nın 102. maddesi gereğince olay gününden itibaren beş yıldır. Eldeki bu dava 9/12/2003 tarihinde açılmıştır. Bu durumda uzamış (ceza) zamanaşımı süresi geçtikten sonra dava açılmış olduğu belirgin-dir; Şu durum karşısında davanın zamanaşımı nedeniyle reddedilmesi gerekirken, yerel mahkemece olayda uygulama yeri bulunmayan 1479 sayılı Kanun’un 70. maddesindeki düzenlemeden bahsedilerek davanın kısmen kabulüne karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir...») gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel KuruluWnca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma kararma

uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. maddesi gereğince bozulmasına, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 12.3.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Dava, davacı kurumda 657 sayılı Kanun'a tabi olarak memur statüsünde çalışan davalının talimata aykırı davranışından kaynaklanan zararın tazminine ilişkindir. Yerel mahkeme davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Davalının temyizi üzerine mahkeme kararı, Yüksek Özel Daire'ce "*davanın reddine karar verilmesi*" gerekçesiyle bozulmuştur.

Özel daire bozma kararında; 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 16. maddesinde "*kurumun ayıracağı karşılıkların nasıl işletileceği*" düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 70. maddesinde ise «*Bu kanuna dayanak olarak kurumca açılacak tazminat ve rücu davaları... 10 yıllık zamanaşımına tabidir.*» şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Davalı zarar tarihinde il müdürü olup davacı idarede 657 sayılı Kanun hükümlerine göre atama tasarrufu ile çalışmakta olan bir memurdur. İlgili yasa gereği devlet memurları görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek zorundadır. Görevleri nedeniyle idareye verdikleri zarardan ötürü Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümleri gereği sorumlu tutulurlar. O halde bu davada Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinde sözü edilen bir ve on yıllık zamanaşımı süresinin gözetilmesi gerekir. Zarar gören davacı idare olduğuna göre bir yıllık zamanaşımı süresi ancak idarede bu davayı açmaya emir veya yetkili makamın öğrenme gününün esas alınması gerekir." düşüncesiyle karar bozulmuştur.

Yerel mahkeme, önceki kararında direnmiştir. Mahkemece, "*Davanın dayanağını oluşturan Bağ-Kur Kanunu'nun 16. maddesi, kurumun uyguladığı kanunlardan elde ettiği her türlü gelirlerin, riskin dağıtılması ilkesine göre kurum lehine en yüksek getiriye sağlayacak şekilde yönetilme-*

si esasını getirmiştir. Taraflar arasındaki ihtilafa Bağ-Kur Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri uygulanmalıdır. 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun 70/2. maddesi; Bu kanuna dayanılarak kurumca açılacak tazminat ve rücu davaları 10 yıllık zamanaşımına tabidir..." hükmünü taşımaktadır. Davada zamanaşımı gerçekleşmemiştir." gerekçesiyle önceki kararında direnmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nda, çoğunluk görüşü, Özel Daire bozma kararı doğrultusunda davanın reddine karar verilmesi yolunda oluşmuştur. Yerel mahkemenin kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nun bozma yolunda oluşan çoğunluk görüşüne katılmıyorum. Şöyle ki; davalı, Bağ-Kur İl Müdürü olup 1479 sayılı Yasa'nın 16. maddesi hükümlerini ihlal etmiştir. Kurumun zarara uğramasına neden olmuştur. 1479 sayılı Yasa'da belirlenen zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir. Bu sürede 10 yıldır. Kanun koyucu bu konuda özel hüküm getirmiştir.

1941/23 karar no.lu ve 16/06/1943 günlü İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, "Memurların cezaıı gerektirsin veya gerektirmesin, haksız eylemleri ile devlete karşı sebep oldukları zararlara ait davaların zamanaşımında Borçlar Yasası'nın altmışıncı maddesi hükmü uygulanır" sonucuna varılmıştır. İçtihadı birleştirme kararı 1943 tarihlidir. Bu tarihte, Bağ-Kur ve Sosyal Sigortalar gibi kurumlar yoktu. Bu nedenle yasal düzenlemelerde yoktu. Yasalar ve İçtihatlar toplumların gelişmesine göre değişikliğe uğramak zorundadır. Hukuk toplumun gerisinde kalmaz. Zamanaşımı, bizde hak aramayı kısıtlayan bir durum haline gelmiştir. Bu durum Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti kavramına, herkesin meşru yollardan davacı ve davalı olma, iddia ve savunmada bulunma hakkına ve Anayasa'nın 141. maddesindeki hükümlere aykırıdır. Borçlar Kanunu'nun 60. maddesindeki bir yıllık süre çok azdır. Bu süreler Alman ve Avusturya hukukunda 3 yıl ve 30 yıl olarak kabul edilmiştir. Ülkemizdeki olumsuz nedenlerden dolayı yargının çok yavaş işlediği herkes tarafından bilinmektedir. Yargılama aşamasında özellikle kasıtlı engeller zamanaşımı sonucu hak kaybına neden olmaktadır. Borçlar Kanunu'nda uygulanan zamanaşımı süreleri devleti soyanları, ağır suç işleyenleri, yolsuzluk yapanları, uzayan davalarla kurtulmalarını sağlamakta ve toplum vicdanım rahatsız etmektedir. Hukuk bu rahatsızlığı gidermek zorundadır.

Somut olayda; davalı zarar tarihinde il müdürüdür, devletle me-

mururu arasındaki münasebet özellik arz eder. Memur görevini yaparken yasaya uygun hareket etmek zorundadır. Devlete verdiği zararları tazmin etmek ile mükelleftir. Tazmin sorumlusu için Borçlar Kanunu'nun 60. maddesindeki zamanaşımı süresi uygulanamaz. Devlete zarar veren, yolsuzluk yapan sorumlular lehine zamanaşımı kısaltılması hukuka uygun olmadığı gibi adalete uygun düşmez. Memurun devlete kasten veya ihmalen yaptığı zararlar için özel yasadaki on senelik müruruzaman süresi gözetilmelidir. 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun 70/2. maddesindeki 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. Bu yasa ile özel zamanaşımı süresi getirilmiştir. Memurların, memuriyetleri sırasında yasaya uygun olmayan hareketlerinden doğan borçlarını herhangi bir haksız muameleden doğma bir borç sayılmaları hukuka uygun düşmez. 1479 sayılı Yasa özel yasa olup, davanın İş Mahkemelerinde görülmesi için görevsizlik kararı verilmesi gereklidir. Mahkeme kararını görevsizlik kararı verilmek üzere bozulmalıdır. Yukarıda açıklanan nedenlerle; Hukuk Genel Kurulu'nun çoğunluk kararına katılmıyorum.

4. Hukuk Dairesi Üyesi
Mehmet Uyumaz

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DİSİPLİN KURULU KARARLARI

DECISIONS OF THE DISCIPLINARY COMMITTEE

T. 24.04.2009
E. 2009/82
K. 2009/245

- * Avukatın özen ve doğruluk yükümlülüğü
- * Mesleğin icrasının adalete ve kişilerin yararlarına tahsis edilmesi
- * Mesleğe güven ve sadakat yükümlülüğü
(1136 Sayılı Av. K. m. 34, 134;
TBB Meslek Kuralları m. 3, 4.)

Şikâyetli avukat hakkında, Trabzon Barosu Yönetim Kurulu'nun "disiplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına" ilişkin 27.12.2007 gün ve 2007/18 karar sayılı kararının Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun 23.02.2008 gün ve 2008/126 Esas 2008/132 karar sayılı kararındaki "Ancak, Ş.Y. aleyhine "terk" nedeniyle açılan boşanma davası sırasında, davalıya vasi tayin edilmesi için açılan davada 29.05.2006 tarihinde davalıya vasi tayin edilmiş olduğu, vasi tayin kararını bilen şikâyetlinin bu kararı terk nedeniyle açılan dava dosyasına bildirerek, açılan davada vasinin davalı taraf olarak katılmasını sağlaması gerekirken, bildirimde bulunmadığı ve dava 22.12.2006 tarihinde sonuçlandığından, şikâyetlinin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 34., 134. maddesinde belirtilen "özen borcu"na aykırı hareket ettiği kabul edilerek itirazın kabulüne karar verilmesi gerekmiştir." gerekçesi ile bozulmasına ve bozmaya uyularak açılan disiplin kovuşturması sonucu, baro disiplin kurulunca eylem sabit görülmeyerek disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikâyetli avukat, ayrı hukuki sebeplere dayalı olarak dava açmasında yasal bir engel olmadığını, her iki davanın da vasi tayin kararından önce açıldığını, vasi tayin kararını terk davasının bitiminden sonra öğrendiğini, kusurunun bulunmadığını savunmuştur.

İncelenen dosya kapsamından;

Şikâyetli avukat tarafından Trabzon 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 09.02.2005 tarih ve Esas: 2005/9 D.İş, Karar: 2005/9 D. İş kararı ile ihtar kararı alındığı bu karara istinaden Trabzon 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/409 Esasında 12.12.2005 tarihinde "terk nedeniyle boşanma" davası açıldığı, davanın görev nedeniyle Trabzon Aile Mahkemesi'ne gönderildiği ve 22.12.2006 tarihinde tarafların boşanmalarına karar verildiği, kararın Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 10.12.2007 gün ve 2007/3460 E. 2007/17174 K. sayılı kararı ile "Bu hali ile dava dilekçesi ve duruşma gününe dair davalı kadın için çıkarılan 19.12.2005 tarihli birinci tebligatta muhatabın adresinde bulunamama nedeninin gösterilmemesi, komşusunun imzasının bulunmaması, 20.03.2006 tarihli ikinci tebligatta da yine muhatabın adreste bulunamama nedeninin belirtilmemesi" nedeniyle bozulmasına karar verildiği ve yargılamanın Trabzon Aile Mahkemesi'nin 2008/33 esasında derdest olduğu,

09.02.2005 günlü dilekçe ile Trabzon 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/63 Esasında "şiddetli geçimsizlik" nedeniyle boşanma davası açıldığı, görev nedeniyle Trabzon Aile Mahkemesi'nin 2005/329 Esasında devam ettiği ve derdest olduğu,

Trabzon 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 04.10.2005 tarihli yazısı üzerine Trabzon 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 29.05.2006 tarih ve 2005/784 Esas, 2006/456 Karar sayılı kararı ile şikâyetçi H. Y.'nin Ş. Y.'ye vasi tayin edildiği, görülmektedir.

Baro disiplin kurulu her iki davanın da vasi tayin kararından önce açılmış olması ve Trabzon Aile Mahkemesi'nin 2005/409 esasında verilen kararın Yargıtay 2. Hukuk Daire tarafından bozulmuş olması karşısında hak kaybı olmaması nedeniyle disiplin cezasını gerektirir bir kusur olmadığının tespiti ile disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar vermiş, karara şikâyetçi itiraz etmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, vasi tayin kararının Trabzon Aile Mahkemesi'nin 2005/409 esasında kayıtlı dosyaya ibraz edilmeksizin davaya devam edilerek sonuçlandırılmasının Avukatlık Kanunu'nun 34, 134. maddelerinde öngörülen "özen" ve "doğruluk" ilkelerine aykırılık oluşturup oluşturmadığıdır.

Vasi tayin kararı 29.05.2006 tarihinde verilmiş olup, taraf teşkili Trabzon Aile Mahkemesi'nin 2006/329 Esasında şiddetli geçimsizlik nedeniyle açılan davada derdest olmakla, vasi tayin kararı üzerine taraf ehliyetinin kalmadığı bilinen davalının bu sıfatla Trabzon Aile Mahkemesi'nin 2005/409 Esasında yapılan yargılamada vasisinin davaya katılımı sağlanmadan 22.12.2006 tarihinde karara çıkartılmış olduğu dosya kapsamı ile tartışmasıdır. Bu karar da usulsüz tebligat nedeniyle bozulmuştur.

Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesi "*Avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derece yargı organları, hakemler ve resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.*

Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder."

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi "*Avukatlar, yükledikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakıştır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler."*

Avukatlık Kanunu'nun 134. maddesi, "*Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu Kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır."*

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerinde de; avukatın, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürüteceği ve mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorunda olduğu belirtilmiştir.

Tüm bu ilkeler göz önünde bulundurulduğunda; Şikâyetli avukatın vasi tayini kararı ile taraf ehliyeti kalmayan ve hakkında açılan terk nedeniyle boşanma davasından da usulsüz tebligat nedeniyle haberi olmayan ve bu nedenle kendisini savunamayan davalı hakkındaki kararı dosyasına ibraz etmesi gerekmektedir. Avukatın mesleğini uyumsuzluğunun hukuk kurallarının tam olarak adalet ve hakkaniyete uygun icrası gerektiği açıktır. Doğruluk ilkesi de bunu gerektirir.

Baro disiplin kurulu kararında bildirilen kararın bozulmuş olması nedeniyle herhangi bir zarar olmadığı gerekçesine de katılmak mümkün değildir. Meslek etik değerleri ile korunmak istenen, taraf yarar ve zararları değil, mesleğin kamudaki inanılabilirliği ve saygınlığıdır.

Eylem, Avukatlık Kanunu'nun 2, 34, 134 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturmaktadır. Bu nedenle baro disiplin kurulunca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmamış, yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından "*disiplin cezası verilmesine yer olmadığına*" ilişkin kararın kaldırılarak disiplin cezası tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçi Ş.Y. vasisi H.Y.'nin itirazının kabulü ile Trabzon Barosu Disiplin Kurulu'nun "*disiplin cezası tayinine yer olmadığına*" ilişkin kararın kaldırılmasına, şikâyetli Av. M. B.'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına, katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 24.04.2009
E. 2009/88
K. 2009/224

*** Avukatın özen ve doğruluk yükümlülüğü**
(1136 sayılı Av. K. m. 34, 134;
TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikâyetçi, ABD'de yaşadığını, Türkiye'ye geldiğinde sorunlu olan dişlerini yaptırdığını, ancak hatalı uygulama sebebiyle zarar gördüğünü ve sorumlu diş doktorları hakkında yasal yollara başvurması için şikâyetli ile anlaşarak Ağustos 2001 yılında kendisine vekâletname verdiğini, dava giderlerini de ödediğini, diş doktorlarına karşı dava

açmasını istediği halde, şikâyetlinin doktorların şirkete bağlı çalıştıklarını bildirerek davayı şirkete karşı açtığını, 2006 yılı Eylül ayında şikâyetlinin kendisini arayarak bilirkişi ücreti olarak 1.200,- YTL para yatırılması gerektiğini, ancak dış kliniğinin tasfiye edildiğini, dava kazanılsa bile tazminatın tahsil edilemeyeceğini, bu bakımdan davadan vazgeçilmesinin uygun olacağını bildirdiğini, bilgileri tatmin edici bulmadığından durumu bir başka avukata incelettiğini, dış doktoru ve şirket hakkındaki davanın yetkisiz ve görevsiz İstanbul 10. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açıldığını, Mahkemenin yetkisizlik kararı ile dış doktoru S. T. A. hakkındaki davanın Şişli Asliye Hukuk Mahkemesi'ne, şirket hakkındaki davanın Üsküdar Asliye Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verdiğini, bilâhare Üsküdar Mahkemesi'nin de görevsizlik kararı ile dosyayı Kadıköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'ne gönderdiği, ancak on günlük yasal süre geçtikten sonra gönderilmiş olması nedeniyle Kadıköy Ticaret Mahkemesi'nin davanın açılmamış sayılmasına karar verdiğini, şikâyetlinin ise 2 yıl sonra 05.08.2005 de Kadıköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde yeni bir dava açtığını, ancak dava 05.08.2005 de açıldığı halde davalı şirketin dava tarihinden önce 28.07.2005 de tasfiyesine karar verildiğini öğrendiğini, aynı şekilde Şişli Asliye Hukuk Mahkemesi'nin de dosyanın gönderilmesinin süresinde istenmediğinden davanın açılmamış sayılmasına karar verdiğini ve aradan uzun bir süre geçtikten sonra Şişli Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 2005/428 Esasına kaydedilen yeni bir dava açıldığını öğrendiğini, durumu şikâyetliye bildirince kendisine faks mesajı ile hakarete varan sözler söylediğini, akabinde de noter aracılığıyla vekâletinden istifa ettiğini bildirdiğini, bilirkişi ücretini sağlayamadığından davanın da aleyhine sonuçlandığını ve ayrıca 2.000,00-YTL. tazminata mahkûm olduğunu, görevini yapmayan, ihmali ve suiistimali sebebiyle zarara uğramasına sebebiyet veren şikâyetli avukatın cezalandırılmasını ve maddî tazminatın da kendisinden alınmasını istemiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetlinin eylemini Avukatlık Kanunu'nun 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerine aykırı bularak, Kanun'un 158. maddesindeki takdir hakkını uygulamak suretiyle şikâyetlinin uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına her iki taraf da itiraz etmiştir. Şikâyetçi itirazında verilen cezanın az olduğunu, şikâyetli ise eksik inceleme ile karar verildiğinden cezanın kaldırılmasını istemiştir.

İncelenen dosya kapsamından, şikâyetçiye uygulanan hatalı dış tedavisi sebebiyle uğradığını iddia ettiği maddî ve manevî zararın sorumlulardan tahsili için şikâyetli avukat ile anlaştığı ve anlaşmaya göre dava masraflarının peşinen iş sahibi şikâyetçi tarafından ödenmesinin, avukatlık ücretinin ise tahsil olunacak tazminat üzerinden alınmasının kararlaştırıldığı, bu anlaşma çerçevesinde şikâyetlinin İstanbul 10. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde şikâyetçinin dış tedavisi için gittiği Ö. B. Ağız Dış Sağlığı ve Polikliniği Ltd. Şti. ile hatalı tedaviyi yapan dış doktoru S. T. A. hakkında maddî ve manevî tazminat istemiyle 2001/566 Esas sayılı davayı açtığı, davalıların yetki itirazında bulunduğu ve davacı vekili şikâyetlinin 08.11.2001 tarihli oturumda davalıların yetki itirazını kabul ettiğini ve mahkemenin de her iki davalı için dosyaları ayırarak şirket hakkındaki davanın yetkisizlik nedeniyle Üsküdar Asliye Hukuk Mahkemesi'ne, diğer davalı S. T. A. hakkındaki davanın ise yetkisizlik nedeniyle Şişli Asliye Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verdiği, kararın 23.01.2002 de kesinleştiği, 10 günlük süre geçtikten sonra şikâyetlinin 27.02.2002 kayıt tarihli dilekçe ile dosyaların yetkili mahkemelere gönderilmesini istediği, dış doktoru S. T. A. hakkındaki davanın Şişli 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/321 Esasına kaydedildiği, ancak 05.05.2005 tarihinde, HUMK'nın 193. maddesine göre dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesi yasal sürede istenmediğinden davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği,

Daha sonra şikâyetlinin Şişli Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 03.08.2005 kayıt tarihli dilekçe ile 2005/428 Esas sayılı yeni bir dava açtığı, 12.04.2007 tarihli oturumda takipsizlik nedeniyle dosyanın işlemden kaldırıldığı ve 30.07.2007 tarihli karar ile de davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği,

Şirket hakkındaki dava dosyasının ise Üsküdar 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 2002/211 Esasına kaydedildiği, ancak davacı vekilinin 26.06.2002 kayıt tarihli dilekçesi ile şirket hakkındaki davanın ticarî iş olması nedeniyle Kadıköy Ticaret Mahkemesi'nin yetkili olduğunu belirtilmesi üzerine Üsküdar Asliye Hukuk Mahkemesi'nin

19.09.2002 tarihli kararı ile tarafların yüzlerine karşı dosyanın görevli Kadıköy Asliye Ticaret Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verildiği, şikâyetlinin 20.02.2003 tarihli dilekçesiyle dosyanın görevli Kadıköy Asliye Ticaret Mahkemesi'ne gönderilmesini istediği, dosyanın Kadıköy 2 Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2003/528 Esasına kaydedildiği, ancak Mahkeme'nin 22.09.2003 tarihli kararı ile 10 günlük süre geçtikten sonra dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi istendiği gerekçesiyle davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği,

Daha sonra şikâyetlinin 2005 yılında Kadıköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde aynı istemlerle 2005 / 551 Esasına kaydedilen yeni bir dava açtığı, bu davanın 18.07.2006 günlü oturumunda davacı tarafa 1.200,00- YTL. bilirkişi ücretini yatırması için 30 günlük süre verildiği, ancak ücretin yatırılmadığı, izleyen 31.10.2006 günlü oturumunda davacı vekiline yine bilirkişi ücretini yatırması için otuz günlük süre verildiği ve duruşmanın 30.01.2007 gününe ertelendiği,

Dosya içerisinde 30.01.2007 günlü oturum tutanağı örneğine rastlanamamış ise de Mahkeme kararından 31.01.2007 tarihli oturumda da davacı vekilinin hazır bulunduğu ve davacı vekiline yine bilirkişi ücretini yatırması için 30 gün son ve kesin önel verildiği, davacı avukata kesin önel sebebiyle ihtar yapıldığı ve fakat yine bilirkişi ücreti yatmadığından 25.06.2007 günlü oturumda kanıtlanamayan davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Disiplin kovuşturmasında üzerinde durulması gereken husus, görevsizlik ve yetkisizlik kararları üzerine davaların süresinde görevli ve yetkili mahkemelerde yenilenmemiş olmasının cezalandırılması gereken bir disiplin suçu oluşturup oluşturmayacağı noktasında düğümlenmektedir.

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine göre; *"Avukatlar, yüklenedikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdür."*

Gerçekten Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi, avukatların yüklenedikleri görevleri, görevin kutsallığına uygun biçimde özenle yerine getirmelerini amirdir. Avukatların hukukî sorumlulukları ile

ilgili olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.04.2007 tarihli ve E.2007/13-198, K.2007/199 sayılı kararında, meslek sahibi kimselerin ve bu arada avukatların, genellikle bilinen ve kabul edilen kural ve usulleri bilmedikleri takdirde sorumlu olacakları, vekilin genellikle üzerine aldığı işi doğruluk kurallarına uygun biçimde özenle yapması gerektiği kabul edilmektedir.

Görevsizlik ve yetkisizlik sebebiyle verilen kararların kesinleşmesi tarihinden itibaren on gün içerisinde yeniden dilekçe verilerek veya çağrı kâğıdı gönderilmek suretiyle davanın görevli veya yetkili mahkemede yenilenmesi bir avukatın bilmesi gereken hukuk kurallarından birisidir. Asliye hukuk mahkemeleri ile ticaret mahkemeleri arasındaki işbölümü nedeniyle davanın yenilenmesi halinde on günlük sürenin başlangıcı ise Yargıtay'ın 11.10.1976 tarihli ve 1876/5 Esas, 1976/5 Karar sayılı içtihadı birleştirme kararı ile açıklığa kavuşturulduğundan, baro disiplin kurulunun görev ve yetki hususundaki şikâyetlinin hatasını "özensizlik" olarak değerlendirilmesinde hukukî isabetsizlik görülmemiştir.

Ancak eylem Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine aykırı olduğundan, aynı Kanun'un 136/-1. maddesi uyarınca en az kınama cezası tayini gerektiğinden, baro disiplin kurulunun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının kınama cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına, karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetlinin itirazının reddine, şikâyetçinin itirazının kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma cezası verilmesine" ilişkin kararının kınama cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikâyetli Av. N. Y.'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

İncelenen dosya kapsamına göre hak kaybına şikâyetçinin kendisi neden olmuştur. üç kez bilirkişi ücreti yatırılması için süre verilmiş, ancak para yatırılmamıştır. Avukat bu konuda kusurlu sayılmaz. Bu durum ticaret mahkemesi kararı ile sabittir. Ayrıca avukat istifa etmiş, dosyayı şikâyetçi temsilcisine teslim etmiştir. İstifa tarihi 18.12.2006'dır. Şikâyet ise 23.07.2007 tarihlidir. Şikâyetçinin husumet

yarattığı, şikâyetli avukatın kendi beyanı ile tek ihmali olan Kadıköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde görülen 2003/528 esas sayılı dosyanın 10 günlük süre geçirildikten sonra davanın açılmamış sayılmasına neden olması daha sonraki süreçte bu ihmali gidermesi karşısında ceza verilmesini doğru bulmuyorum. Şikâyetçi kendi kusuruna dayanarak bir hak talep ederim diyemez. Hukuk kimseye böyle bir imkan vermemektedir.

Ayrıca kurul çoğunluğunun kınama cezası verilmesi yönündeki görüşü de hakkaniyet ve kurul teamülleri ile de bağdaşmadığı gibi eylem ile ceza arasındaki ölçülülük ilkesine de aykırıdır. Yukarıda açıklanan nedenlerle öncelikle ceza verilmemesi gerektiği görüşünde olduğumdan, sonrasında da verilen cezanın çokluğu yönünden kurul çoğunluğunun görüşüne katılmıyorum.

* * *

T. 25.04.2009
E. 2009/63
K. 2009/209

*** Avukatın özen ve doğruluk yükümlülüğü**
 (TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikâyetli avukat hakkında, şikâyetçi şirketin ticari bir ihtilafı nedeniyle dava açmak üzere anlaştıkları ve şikâyetçi şirket tarafından şikâyetliye 4000,00 TL ödendiği, ancak şikâyetli avukatın konuyu toparlayamayıp, davayı hazırlamadığı, bu nedenle şikâyetli avukata davanın verilmesinden vazgeçildiği, verilen 4000,00 TL'nin iadesi istenilmesine karşın iade edilmediği böylece meslek ilke ve kurallarına aykırı davrandığı iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonunda baro disiplin kurulunca eylem sabit görülmeyle disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikâyetli savunmalarında, çek iptali ve istirdat davası için şikâyetçi şirketten 4000,00 TL alındığını ancak dava konusunun 684.075 YTL olması sebebiyle alınan paranın vekalet ücreti ve yargılama masrafı olmadığını, alınan paranın iş avukatın dışında bilgi gerektirdiğinden, alınacak görüşlere karşı uzmanlara ödenmesi gereken bedel olduğunu, şirket yetkilileri ve muhasebecisi ile birlikte uzun bir çalışma yaptığını, her iki dava dilekçesini hazırladığını, fakat şikâyetçi şirketin bir

süre beklemek ve dava konusu sulhen halletmek istediklerini, davanın açılmasını durdurduklarını, suçsuz olduğunu savunmuştur.

Baro disiplin kurulu, dava miktarı ile dava için gereken harç miktarının, şikâyetli avukata verilen miktar arasındaki farkın fazlalığı, yapılan ön çalışma nazara alınarak şikâyetli avukat hakkında *“disiplin cezası verilmesine yer olmadığına”* karar verilmiş, karara şikâyetçi şirket tarafından itiraz edilmiştir.

Dosyadaki belgelerden, şikâyetli avukatın şikâyetçi şirket adına *“istirdat ve çek iptali”*, *“ödeme yasağı istemi”* ile ilgili dava dilekçelerini hazırladığı, dilekçe ekinde şikâyetçi şirketle ilgili önsözleşme ve hesap özetleri, İngilizce bazı belgeler olmak üzere dokümanların bir klasör halinde olduğu, bu belgelerin incelenmek suretiyle ancak dilekçelerin yazılabileceği, şikâyetli avukat tarafından gerekli ön çalışmanın yapıldığı ve dava dilekçelerinin hazırlanmış olduğu anlaşılmıştır.

Hazırlanan dava dilekçelerinden, istirdat davasının konusunun 445.944 TL, çek iptali için ise 684.075 TL olduğu, baro disiplin kurulunun kararındaki kabul gibi dava miktarı ile dava için gerekli harç miktarı ve şikâyetçi şirket tarafından şikâyetliye ödenen miktar arasında büyük bir farkın olması sebebiyle, ödenen paranın harç, masraf, vekil ücreti olarak kabul edilemeyeceği anlaşılmıştır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyetli avukatın yüklendiği işi yerine getirdiği ancak, işin başka avukata verilmek istenilmesi sebebiyle davaların açılmamış olduğu, bu yönü ile şikâyetliye yüklenecek herhangi bir kusur tespit edilemediğinden, baro disiplin kurulunun *“disiplin cezası verilmesine yer olmadığına”* ilişkin kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçinin itirazının reddi ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun *“disiplin cezası verilmesine yer olmadığına”* ilişkin kararının onanmasına katılanların oybirliğiyle 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 18 Aralık 2010/27789

6087 Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu

RG 19 Aralık 2010/27790

6085 Sayıştay Kanunu

6086 Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*

RG 22 Aralık 2010/27793

6088 Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 30 Aralık 2010/27801

6093 Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun

RG 31 Aralık 2010/27802 (1. Mükerrer)

6091 2011 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu

RG 31 Aralık 2010/27802 (2. Mükerrer)

6092 2009 Yılı Merkezi Yönetim Kesin Hesap Kanunu

* Bkz. Ekler

RG 08 Ocak 2011/27809

- 6089 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Arap Devletleri Ligi Arasında Türkiyede Bir Misyon İhdas Edilmesine İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6090 Türk-Arap İşbirliği Forumu Çerçeve Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6094 Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 6095 Türkiye Cumhuriyeti ile Filipinler Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması ve Eki Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6096 Türkiye Cumhuriyeti ile Kanada Arasında Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması ve Eki Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 19 Ocak 2011/27820

- 6097 Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 6099 Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**
- 6104 Türkiye Cumhuriyeti ile Arjantin Cumhuriyeti Arasında Veterinerlik Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6105 Türkiye Cumhuriyeti ile Arjantin Cumhuriyeti Arasında Bitki Koruma Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 6106 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Sağlık Alanında İşbirliğine İlişkin Anlaşmaya Ek Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

** Bkz. Ekler

RG 04 Şubat 2011/27836

- 6098 Türk Borçlar Kanunu
6100 Hukuk Muhakemeleri Kanunu
6101 Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun

RG 08 Şubat 2011/27840

- 6107 İller Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun
6108 Askerlik Kanunu ile Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun
6109 Askerlik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 14 Şubat 2011/27846

- 6102 Türk Ticaret Kanunu
6103 Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun
6110 Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Y Ö N E T M E L İ K L E R**RG 16 Aralık 2010/27787**

- İçişleri Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İçişleri Bakanlığı Personeli Yer Değiştirme ve Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Kıyafet Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yapı Müteahhitlerinin Kayıtları ile Şantiye Şefleri ve Yetki Belgeli Ustalar Hakkında Yönetmelik
- Türkiye Adalet Akademisi Öğretim Elemanları, Görevlendirilenler ve Diğer Çalışanların Çalışma Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik

- Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğal Gaz Piyasası Tarifeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Ekonomi Politikaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Maltepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Turgut Özal Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 16 Aralık 2010/27787 (Mükerrer)

- Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik

RG 17 Aralık 2010/27788

- Çevre ve Orman Bakanlığı Döner Sermayeli İşletmeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Sorumlu Müdür Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- KTO Karatay Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 18 Aralık 2010/27789

- Tehlikeli Maddelerin Karayoluyla Taşınması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ölçü ve Ölçü Aletleri Muayene Yönetmeliğinde Değişiklik Ya-

- pılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Alkol ve Alkollü İçki Tesislerinin Haiz Olmaları Gereken Teknik Şartlar, Kurulmaları, İşletmeleri ve Denetlenmelerine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Aralık 2010/27790

- Millî Eğitim Bakanlığına Bağlı Fen Liseleri ve Sosyal Bilimler Liselerinin Öğretmenleri ile Güzel Sanatlar ve Spor Liselerinin Beden Eğitimi, Müzik ve Görsel Sanatlar/Resim Öğretmenlerinin Seçimi ve Atamalarına Dair Yönetmelik
- Meslek Eğitimi Fonu Yönetmeliği
- Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşlarının Yapılacak Mesleki Eğitim Uygulamalarının Düzenlenmesine Dair Yönetmelik
- Fırat Üniversitesi İleri Teknoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Kuruluş ve İşletme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Aralık 2010/27791

- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Ağrı İbrahim Çeçen Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

RG 21 Aralık 2010/27792

- Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ömrünü Tamamlamış Araçların Kontrolü Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Malzeme Ofisi Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu İhale Kurumu İnsan Kaynakları Yönetmeliği

- Sabancı Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 22 Aralık 2010/27793

- Kılavuz Kaptanların Yeterlikleri, Eğitimleri, Belgelendirilmeleri ve Çalışma Usulleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Başkent Üniversitesi Profesör Doktor Leyla-Turgut Zileli Nöropsikiyatri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 23 Aralık 2010/27794

- Faruk Saraç Tasarım Meslek Yüksekokulu Ana Yönetmeliği
- Faruk Saraç Tasarım Meslek Yüksekokulu Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İstanbul Kültür Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Uzaktan Eğitim Ön Lisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Kırklareli Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 24 Aralık 2010/27795

- İkili Anlaşmalar, Protokoller veya Diğer Düzenlemeler Kapsamı Dışında, Belirli Ülkeler Menşeli Tekstil Ürünleri İthalatında Gözetim ve Korunma Önlemleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ölçü ve Ölçü Aletlerinden Alınacak Muayene ve Damgalama Ücret Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Kültür ve Turizm Bakanlığı Döner Sermaye Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yurtdışı Vatandaşlar Danışma Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Girişimcilik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 25 Aralık 2010/27796

- İl Afet ve Acil Durum Müdürlükleri Sicil Amirleri Hakkında Yönetmelik
- İl Afet ve Acil Durum Müdürlükleri Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik

RG 26 Aralık 2010/27797

- İzmir Ekonomi Üniversitesi Alım-Satım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Rize Üniversitesi Maviyemiş Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 27 Aralık 2010/27798

- Bahçeşehir Üniversitesi Medeniyet Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Teknik Üniversitesi Ulusal Yüksek Başarımlı Hesaplama Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 28 Aralık 2010/27799

- Atatürk Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Boğaziçi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dicle Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dicle Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Öğretim Sınav ve Staj Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Gediz Üniversitesi Önlisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gediz Üniversitesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Kavram Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Aralık 2010/27800

- Hayvancılık İşletmelerinin Kuruluş, Çalışma, Denetleme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasası Bilgi Sistemi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çağ Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erzincan Üniversitesi Ön Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erzincan Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erzincan Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Aydın Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İstanbul Arel Üniversitesi Toplum Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 30 Aralık 2010/27801

- 2010/1237 Aile Hekimliği Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ile Sözleşme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Sicil Amirleri Yönetmeliği

- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü Satınalma ve İhale Yönetmeliği
- Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü Satış İşlemleri Yönetmeliği
- Iğdır Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- Sakarya Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

RG 31 Aralık 2010/27802

- Kalkınma Ajansları Proje ve Faaliyet Destekleme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Vergi İnceleme ve Denetim Koordinasyon Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Vergi İnceleme ve Denetim Planının Hazırlanması, Uygulanması ve Sonuçlarının İzlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Teşekkülü ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Sığınak Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Beşeri Tıbbi Ürünler Ambalaj ve Etiketleme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gemi Sağlık Resmi Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karayolu Taşıma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gemi Trafik Hizmetleri Sistemlerinin Kurulmasına ve İşletilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Veteriner Sınır Kontrol Noktası Müdürlüklerinin Görev ve Çalışma Esaslarına Dair Yönetmelik
- Ölçü Aletleri Yönetmeliğinde (2004/22/ AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Enerji Kaynaklarının ve Enerjinin Kullanımında Verimliliğin Artırılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğüne Ait Taşınmaz Kira Yönetmeliği
- Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği İçmimarlar Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Iğdır Üniversitesi Tarımsal Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Selçuk Üniversitesi Veteriner Fakültesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 02 Ocak 2011/27803

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği İnşaat Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Ocak 2011/27804

- Düzce Üniversitesi Biyolojik Çeşitlilik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 04 Ocak 2011/27805

- Harran Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mevlana Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 05 Ocak 2011/27806

- Millî Eğitim Bakanlığına Bağlı Fen liseleri ve Sosyal Bilimler Liselerinin Öğretmenleri ile Güzel Sanatlar ve Spor Liselerinin Beden Eğitimi, Müzik ve Görsel Sanatlar/Resim Öğretmenlerinin Seçimi ve Atamalarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Batman Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gedik Meslek Yüksekokulu Satın Alma ve İhale Yönetmeliği

RG 06 Ocak 2011/27807

- Millî Eğitim Bakanlığı Özel Eğitim ve Rehabilitasyon Merkezleri Yönetmeliği
- Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. Genel Müdürlüğü (BOTAS) Ham Petrol ve Doğal Gaz Boru Hattı Tesislerinin Yapımı ve İşletilmesine Dair Teknik Emniyet ve Çevre Yönetmeliği

RG 07 Ocak 2011/27808

- Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Satışına ve Sunumuna İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Toplumsal Araştırmalar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Ondokuzmayıs Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Turgut Özal Üniversitesi Kariyer Planlama, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 08 Ocak 2011/27809

- Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumunun Akreditasyonu ve Akreditasyon Kriterlerinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

- Avrupa Birliğinden Sağlanan Mali Yardımlar Kapsamındaki Ortak Finansman, Ödemeler ve Diğer Mali Konulara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

RG 09 Ocak 2011/27810

- Adalet Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Askeri Okullara Alınan Öğrenciler ile Silahlı Kuvvetler Hesabına Fakülte ve Yüksek Okullarda Okuyan Öğrenciler İçin Yüklenme Senedi Düzenlenmesine ve Bu Okullardan Çeşitli Sebeplerle Ayrılacak Öğrencilere veya Kefillerine Ödettirilecek Tazminata Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ağaçlandırma, Erozyon Kontrolü ve Silvikültür İşlerinde Birim Fiyat Usulü ile Hizmet Alımlarına Dair Yönetmelik

RG 11 Ocak 2011/27812

- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mustafa Kemal Üniversitesi Arıcılık ve İpekböceği Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 12 Ocak 2011/27813

- Bitki Pasaportu Sistemi ve Operatörlerin Kayıt Altına Alınması Hakkında Yönetmelik
- Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanlığında Çalıştırılacak Sözleşmeli Personel Hakkında Yönetmelik
- Bingöl Üniversitesi Kadın ve Aile Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Bingöl Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Bingöl Üniversitesi Biyoteknoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Düzce Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Ocak 2011/27814

2011/1246 Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Özürlüler İdaresi Başkanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özürlüler İdaresi Başkanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yıldız Teknik Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Ocak 2011/27815

- Özel Hastaneler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankaların Üst Yönetimine Atanacakların Bildirimi, Yemin ve Mal Beyanında Bulunulması ve Karar Defterlerinin Tutulmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankaların Destek Hizmeti Almalarına ve Bu Hizmeti Verecek Kuruluşların Yetkilendirilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Derecelendirme Kuruluşlarının Yetkilendirilmesine ve Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankalara Değerleme Hizmeti Verecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ardahan Üniversitesi Türk Dili Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

- Çankaya Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gedik Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Marmara Üniversitesi İdare Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Marmara Üniversitesi Hipertansiyon ve Ateroskleroz Eğitim, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 15 Ocak 2011/27816

- İl İstihdam ve Mesleki Eğitim Kurulları Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonları ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Tahsil Olunacak Primlere Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Sosyal Güvenlik Kontrol Memurları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Patent Enstitüsü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

RG 16 Ocak 2011/27817

- Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adıyaman Üniversitesi Bilimsel ve Teknolojik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Medipol Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 17 Ocak 2011/27818

- İstanbul Teknik Üniversitesi Konut Araştırma Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 18 Ocak 2011/27819

- Türk İşaret Dili Sisteminin Oluşturulması ve Uygulanmasına Yönelik Usul ve Esasların Belirlenmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü Taşra Teşkilatı Personeli Yer Değiştirme Suretiyle Atanma Esaslarına Dair Yönetmelik

RG 19 Ocak 2011/27820

- Vakıf Kültür Varlıkları İhale Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Aydın Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği
- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim Süresiyle Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Ocak 2011/27822

- Elektrik Üretim Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dumlupınar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Ocak 2011/27823

- İhbarı Mecburi Hayvan Hastalıkları ve Bildirimine İlişkin Yönetmelik
- Koruma, Uygulama ve Denetim Büroları, Proje Büroları ile Eğitim Birimlerinin Kuruluş, İzin, Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Halk Kültürlerini Araştırma ve Geliştirme Genel Müdürlüğü Folklor Araştırmacısı ve Uzmanlık Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Ocak 2011/27824

- Orman Genel Müdürlüğü Taşra Teşkilatı Kuruluş ve Görev Yönetmeliği
- Piri Reis Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 24 Ocak 2011/27825

- Dumlupınar Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dumlupınar Üniversitesi Ön Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Uşak Üniversitesi Uzaktan Eğitim Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Ocak 2011/27826

- Dumlupınar Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dumlupınar Üniversitesi Ön Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Uşak Üniversitesi Uzaktan Eğitim Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Ocak 2011/27827

- Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği

- Rekabet Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Namık Kemal Üniversitesi Yaz Okulu Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Ocak 2011/27828

- Bahçeşehir Üniversitesi Medeniyet Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bitlis Eren Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- Iğdır Üniversitesi Ağrı Dağı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Teknik Üniversitesi Bilim, Mühendislik ve Teknolojide Kadın Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Ocak 2011/27829

- Sivil Hava Ulaşımına Açık Havaalanlarında Yer Alan Gayrisihhi İşyerleri İçin İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik (SHY-33A)'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Avrasya Üniversitesi Ana Yönetmeliği

RG 29 Ocak 2011/27830

- Gümrük Müsteşarlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği
- Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Hisse Senetleri Piyasası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Ocak 2011/27831

- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 31 Ocak 2011/27832

- İstanbul Aydın Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 01 Şubat 2011/27833

- Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Eğitim Merkezleri Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Iğdır Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Şubat 2011/27834

- Gazi Üniversitesi Göç Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Deniz Bilimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Şubat 2011/27835

- Celal Bayar Üniversitesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Şubat 2011/27836

- İl Afet ve Acil Durum Müdürlükleri ile Sivil Savunma Arama ve Kurtarma Birlik Müdürlükleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Denizyoluyla Taşınan Tehlikeli Yüklere İlişkin Uluslararası Kod Kapsamında Eğitim ve Yetkilendirme Yönetmeliği
- Şap Hastalığının Kontrolüne İlişkin Yönetmelik
- Tarım veya Orman Traktörlerini Tahrik Etmek Üzere Tasarlanan Motorlardan Çıkan Gaz Emisyonları ve Parçacık Kirleticilere Karşı Alınacak Tedbirlerle İlgili Tip Onayı Yönetmeliği (2000/25/AT)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Şehir Üniversitesi Yaşam Boyu Öğrenim, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 05 Şubat 2011/27837

- Yargıtay Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Şubat 2011/27838

- Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Katkı Kredisi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Burs-Kredi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Politik Psikoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Hitit Üniversitesi Hitit Uygarlığı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 08 Şubat 2011/27840

- Yan Dal Uzmanlık Eğitimi Giriş Sınavı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Serbest Tüketici Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 09 Şubat 2011/27841

- Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Turgut Özal Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Şubat 2011/27842

- İzmit Liman Yönetmeliği
- Karadeniz Ereğli Liman Yönetmeliği
- Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Alım-Satım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kafkas Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zirve Üniversitesi İngilizce Hazırlık Bölümü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Şubat 2011/27846

- Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Taşra Teşkilatı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Şubat 2011/27847

- Adnan Menderes Üniversitesi Kadın Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'nin Ekler bölümü, elimizin altında bulunmasını istediğimiz, ancak gözümüzün önünde bulunmasını istemediğimiz önemli bilgileri, metinleri bünyesinde saklayacaktır. Dergi'nin okunmasını zorlaştıracak, ancak kimilerinin ayrıntılarına önem verdiği uzun metinlere, yasalara, tüzük ve yönetmeliklere burada yer verilecektir. Biz bu bölüme kendi aramızda, eski evlerin vazgeçilmez temiz, düzenli, ancak göz önünde bulunmayan bölümünden esinlenerek **"Kiler"** diyoruz. Büyük ihtiyaçlara cevap verecek bölümün geleceği de sizlerin öneri ve dilekleriyle şekillenecektir.

KANUNLAR

6111 SAYILI KANUN'UN AVUKATLIK MESLEĞİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİ¹

Kanun No. 6111

Kabul Tarihi: 12/2/2011

...

MADDE 17- ... (11) a) Bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar ödenmesi gerektiği halde ödenmemiş olan; 18/5/2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu hükümlerine göre üyelerin oda ve borsalara, oda ve borsaların da Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğine olan aidat borçları asıllarının tamamını; 7/6/2005 tarihli ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu hükümlerine

göre esnaf ve sanatkarların üyesi oldukları odalara aidat borçları ile odaların birlik ve üyesi oldukları federasyonlara, birlik ve federasyonların konfederasyona olan katılma payı borçlarının asıllarının tamamını; 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümlerine göre avukatların ve stajyer avukatların baro kesenekleri ile staj kredisi borçlarının asıllarının tamamını; 1/6/1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu hükümlerine göre meslek mensuplarının üyesi oldukları odalara olan aidat borçları ile odaların Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliğine olan birlik payı borçlarının asıllarının tamamını; 18/6/2009 tarihli ve 5910 sayılı Türkiye İhracatçılar Meclisi ile İhracatçı Birliklerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun hükümlerine göre ihra-

¹ Kanun tamamı için bkz. RG, 25 Şubat 2011, S. 27857 (Mükerrer)

catçılarının üyesi oldukları ihracatçı birliklerine olan üyelik aidat borçları asıllarının tamamını; bu Kanunun yayımlandığı tarihi izleyen aydan başlamak üzere altı ay içinde ödemeleri halinde bu alacaklara uygulanan faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi fer'i alacakların, alacak asıllarının bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce kısmen veya tamamen ödenmiş olması halinde ödenmiş borç asıllarına isabet eden faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi fer'i alacakların tahsilinden vazgeçilir. Baro keseneğinin ve staj kredisi borcunun ödenmemesine bağlı olarak yürütülen levhadan ve sicilden silme işlemleri ile yasal takip işlemleri bu Kanunun yayımlandığı tarihi izleyen aydan itibaren altı ay süreyle durdurulur.

...

MADDE 34- 5510 sayılı Kanunun 60 ncı maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

"4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa göre üniversitelerde yükseköğrenim gören yabancı uyruklu öğrenciler, yükseköğrenimlerinin devam ettiği sürelerle sınırlı olarak birinci fıkranın (d) bendindeki ve 52 nci maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesindeki şartlar aranmaksızın, 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının 30 günlük

tutarı üzerinden kendilerince genel sağlık sigortası primi ödemek suretiyle genel sağlık sigortalısı olurlar. Ancak bunlardan kamu idareleri, kanunla kurulan kurum ve kuruluşlar, kamu yararına faaliyet gösteren dernekler ile vergi muafiyeti tanınan vakıflar tarafından tam burs sağlanan ve Yükseköğretim Kurulu tarafından ayrılan kontenjanlar dâhilinde yükseköğrenim gören yabancı uyruklu öğrenciler genel sağlık sigortalısı sayılmaz ve bunların sağlık giderleri 2547 sayılı Kanunun 46 ncı ve 47 nci maddeleri çerçevesinde üniversitelerin bütçelerine konulacak ödenekten karşılanır.

19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca avukatlık stajı yapmakta olanlardan bu Kanuna göre genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi durumunda olmayanlar staj süresi ile sınırlı olmak üzere genel sağlık sigortalısı sayılır. Bu şekilde genel sağlık sigortalısı sayılanların genel sağlık sigortası primleri Kanunun 82 nci maddesine göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarının % 6'sıdır. Bu primler Türkiye Barolar Birliği tarafından ödenir.

...

MADDE 35- 5510 sayılı Kanununun 61 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve aynı

maddeye beşinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“f) (g) bendinde sayılanlar; diğer bentlere göre genel sağlık sigortalısı olmadıkları veya diğer bentlere göre genel sağlık sigortasından yararlanma haklarının sona erdiği tarihten itibaren bu bent kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılırlar ve Kurumca resen tescil edilirler.”

“60 ıncı maddenin yedinci fıkrası kapsamında sayılanlar yükseköğrenimlerinin başladığı tarihten itibaren genel sağlık sigortalısı sayılırlar ve yükseköğrenimlerinin devam ettiği sürece genel sağlık sigortalılıkları devam eder. Bu kapsamdaki öğrenciler yüksek öğrenimlerinin başladığı tarihten itibaren bir ay içerisinde ilgili üniversitelerce genel sağlık sigortası giriş bildirgesiyle Kuruma bildirilir.

60 ıncı maddenin sekizinci fıkrası kapsamında sayılanlar avukatlık stajına başladıkları tarihten itibaren genel sağlık sigortalısı sayılırlar ve avukatlık stajları devam ettiği sürece genel sağlık sigortalılıkları devam eder. Bu kapsamdaki stajyerler, staja başladıkları tarihten itibaren bir ay içerisinde Türkiye Barolar Birliğince genel sağlık sigortası giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilir.”

...

MADDE 52- 5510 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici maddeler eklenmiştir.

...

GEÇİCİ MADDE 32- Bu Kanunun 60 ıncı maddesinin yedinci fıkrası uyarınca genel sağlık sigortalısı sayılan yabancı uyruklu öğrencilerden yükseköğrenimleri, aynı maddenin sekizinci fıkrası uyarınca avukatlık stajına başlayanlardan stajyerlikleri anılan fıkraların yürürlüğe girdiği tarihten önce başlamış olanların genel sağlık sigortalılıkları söz konusu fıkraların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlar ve yabancı uyruklu öğrenciler ilgili üniversitelerce, stajyerler Türkiye Barolar Birliğince bu tarihten itibaren bir ay içerisinde genel sağlık sigortası giriş bildirgesiyle Kuruma bildirilir.

...

MADDE 194- 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 24 üncü maddesinin ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“1136 sayılı Avukatlık Kanununda avukatlık büroları ve hukuk büroları ile ilgili düzenleme yapılmaya kadar meskenlerdeki avukatlık ve hukuk büroları faaliyetlerine devam ederler. Bu süre, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıldır. Bu hükmü 3568 sayılı Serbest Muhase-

beci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda ilgili düzenleme yapıncaya kadar meslek mensupları tarafından açılan bürolar hakkında da uygulanır.”

MADDE 195- 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinden önce gelmek üzere aşağıdaki cümleler eklenmiştir. “Her yıl yenilenen vekâlet pulu bedeline ayrıca yüzde beş oranında ilave yapılır. Bu suretle elde edilecek kaynak avukat stajyerlerinin genel sağlık sigortası primlerinin ödenmesinde kullanılır. Kaynağın yetersizliği durumunda staj kredi fonundan aktarım yapılarak prim ödemesi yapılır. Bu primler Türkiye Barolar Birliği tarafından ödenir.”

...

MADDE 201- 14/6/1989 tarihli ve 3572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanunun 2 nci maddesine aşağıdaki bentler eklenmiştir.

“f) 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca açılan avukatlık bürolarına,

g) 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli

Mali Müşavirlik Kanunu uyarınca meslek mensuplarınca açılan bürolara,”

...

Yürürlük

MADDE 215- (1) Bu Kanunun;

...

b) 23 üncü maddesi, 5510 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinin sonuna eklenen cümle hariç 24 üncü maddesi, 26 ncı, 31 inci, 33 üncü, 34 üncü, 35 inci, 38 inci, 39 uncu, 41 inci ve 42 nci maddeleri ile 52 nci maddesiyle 5510 sayılı Kanuna eklenen geçici 32 nci maddesi yayımını takip eden ayın birinci gününde,

...

j) Diğer hükümleri yayımı tarihinde,

yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 216- (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

25/2/2011

RG, 25 Şubat 2011,
S. 27857 (Mükerrer)

TEBLİGAT KANUNU VE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 6099

Kabul Tarihi: 11/1/2011

MADDE 1 - 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanununun 1 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 1 - **Kazaî merciler**, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) sayılı cetvelde yer alan genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, (II) sayılı cetvelde yer alan özel bütçeli idareler, (III) sayılı cetvelde yer alan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, (IV) sayılı cetvelde yer alan sosyal güvenlik kurumları ile il özel idareleri, belediyeler, köy hükmî şahsiyetleri, barolar ve noterler tarafından yapılacak elektronik ortam da dâhil tüm tebligat, bu Kanun hükümlerine göre Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü veya memur vasıtasıyla yapılır.”

MADDE 2 - 7201 sayılı Kanuna 7 nci maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“Elektronik tebligat:

MADDE 7/a - Tebligata elve-

rişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilir.

Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur.

Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre elektronik yolla tebligatın zorunlu bir sebeple yapılamaması hâlinde bu Kanunda belirtilen diğer usullerle tebligat yapılır.

Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin **usûl ve esaslar yönetmeli**kle belirlenir.”

MADDE 3 - 7201 sayılı Kanunun 10 uncu maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılması veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır.”

MADDE 4 - 7201 sayılı Kanunun 11 inci maddesine aşağıdaki

fıkra, ikinci fıkra olarak eklenmiştir.

“Avukat tarafından takip edilen işlerde, avukatın bürosunda yapılacak tebligatlar, resmî çalışma gün ve saatleri içinde yapılır.”

MADDE 5 - 7201 sayılı Kanunun 21 inci maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş, mevcut ikinci fıkrada yer alan “fıkra” ibaresi “fıkralar” olarak değiştirilmiştir.

“Gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekliliği ayrılmış olsa dahi, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veya yahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırır. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır.”

MADDE 6 - 7201 sayılı Kanunun 23 üncü maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinde yer alan “yapıldığını” ibaresi “yapıldığını, adreste bulunmama” şeklinde değiştirilmiş, fıkraya aşağıdaki (8) numaralı bent eklenmiş ve diğer bent teselsül ettirilmiştir.

“8. Tebligatın adres kayıt sistemindeki adrese yapılması durumunda buna ilişkin kaydı,”

MADDE 7 - 7201 sayılı Kanunun 25/a maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Bu maddeye göre **kazaî merciler** tarafından çıkarılacak tebligatta, tebliğ evrakı doğrudan o yerdeki Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslukuna gönderilebilir.”

MADDE 8 - 7201 sayılı Kanunun 29 uncu maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan “ayrıca” ibaresi metinden çıkarılmış ve anılan bentte yer alan “gazetede” ibaresi “gazetede ve ayrıca elektronik ortamda” olarak değiştirilmiştir.

MADDE 9 - 7201 sayılı Kanununun 35 inci maddesinin ikinci ve dördüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Adresini değiştiren kimse yenisini bildirmedigi ve adres kayıt sisteminde yerleşim yeri adresi de tespit edilemediği takdirde, tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılır ve asılma tarihi tebliğ tarihi sayılır.”

“Daha önce tebligat yapılmış olsa bile, tüzel kişiler bakımından resmî kayıtlardaki adres-

leri esas alınır ve bu madde hükümleri uygulanır.”

“Daha önce yurt dışındaki adresine tebligat yapılmış Türk vatan-dası, yurt dışı adresini değiştirir ve bunu tebliğ çıkaran mercie bildirmez, adres kayıt sistemin-den de yerleşim yeri adresi tespit edilemezse, bu kişinin yurt dışın-da daha önce tebligat yapılan ad-resine Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslğunca 25/a madde-sine göre gönderilen bildirim adresine ulaştığının belgelendiği tarihten itibaren otuz gün sonra tebligat yapılmış sayılır.”

MADDE 10 - 7201 sayılı Kanununun 36 ncı maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Celse esnasında veya kalemde tebligat:

MADDE 36 - Celse esnasında veya kalemde, soruşturmaya, davaya ya da takibe ait evrakın, taraflara, ilgili üçüncü kişilere, katılana veya vekillerine tutanağa geçirilmek suretiyle veya imza karşılığında, tebliğ konusu belirtilerek tevdi, tebliğ hükmündedir. Bu durumda ayrıca tebliğ mazbatası düzenlenmesi gerekmez ve masraf da alınmaz.”

MADDE 11 - 7201 sayılı Kanununun 49 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 49 - Tapuda kayıtlı taşınmazların veya miras, istimlak, cebrî icra veya mahkeme ilâmı ile iktisapta bulunan hak sahipleri, adreslerini ve değiştirdikleri takdirde yenisini, buldukları yerin tapu idaresine bildirmeye mecburdur. Davetiye veya tebliğ evrakı, bu suretle bilinen son adrese gönderilir. Hak sahiplerinin adres bildirmemeleri hâlinde adres kayıt sistemindeki adresleri tebligat adresleri olarak kabul edilir.”

MADDE 12 - 7201 sayılı Kanununun 60 ıncı maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Yönetmelik:

MADDE 60 - Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar İçişleri, Maliye ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşü alınmak suretiyle, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”

MADDE 13 - 7201 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“Teknik altyapının kurulması, tüzük hükümlerinin uygulanması:

GEÇİCİ MADDE 1 - Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü, elektronik ortamda yapılacak tebligatla ilgili her türlü teknik

altyapıyı bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde kurarak faaliyete geçirir.

60 ıncı maddede belirtilen yönetmelik, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihi izleyen altı ay içinde hazırlanır. Anılan yönetmelik yürürlüğe girene kadar Tebligat Tüzüğü'nün bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam edilir.

Mevzuatta, Tebligat Tüzüğü'ne yapılan atıflar 60 ıncı madde hükmü uyarınca çıkarılacak yönetmeliğe yapılmış sayılır."

MADDE 14 - 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 110 uncu maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Görevli ve Yetkili Mahkeme:

MADDE 110 - İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez. Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümleri uygulanır.

Motorlu araç kazalarından dolayı hukuki sorumluluğa iliş-

kin davalar, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılabileceği gibi kazanın vuku bulduğu yer mahkemesinde de açılabilir."

MADDE 15 - 2918 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 21 - Bu Kanunun 110 uncu maddesinin birinci fıkrasının göreve ilişkin hükmü, yürürlüğe girdiği tarihten önce idari yargıda ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde açılmış bulunan davalara uygulanmaz."

MADDE 16 - 21/6/1987 tarihli ve 3402 sayılı Kadastro Kanununa 36 ncı maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

"Kamu tarafından açılan davalarda yargılama giderleri:

MADDE 36/A - Kadastro işlemi ile oluşan tespit ve kayıtların iptali için Devlet veya diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından kayıt lehtarına karşı kadastro mahkemeleri ile genel mahkemelerde açılan davalarda davalı aleyhine vekâlet ücreti dâhil, yargılama giderine hükmolunmaz."

MADDE 17 - 3402 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde ek-

lenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 11 - Bu Kanunun 36/A maddesi hükmü, henüz infaz edilmemiş yargı kararlarındaki vekâlet ücreti dâhil yargılama giderleri için de uygulanır.”

MADDE 18 - Bu Kanunun;

a) 1 inci maddesiyle değiştirilen 7201 sayılı Kanunun 1 inci maddesinde yer alan elektronik ortamda tebligata ilişkin hüküm yayımı tarihinden bir yıl sonra,

b) 2 nci maddesiyle 7201 sayılı Kanuna eklenen 7/a maddesinin sermaye şirketlerine elektronik yolla tebligat yapılması zorunluluğu getiren ikinci fıkrası yayımı tarihinden iki yıl sonra, maddenin diğer fıkraları yayımı tarihinden bir yıl sonra,

c) 8 inci maddesi yayımı tarihinden dokuz ay sonra,

ç) Diğer hükümleri yayımı tarihinde,

yürürlüğe girer.

MADDE 19 - Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

18/1/2011

RG, 19 Ocak 2011,
S. 27820

TÜRK CEZA KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 6086

Kabul Tarihi: 8/12/2010

MADDE 1 - 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan “kazanç” ibareleri “menfaat”, birinci fıkrasında yer alan “bir yıldan üç yıla kadar” ibaresi “altı aydan iki yıla kadar”, ikinci fıkrasında yer alan “altı aydan iki yıla kadar” ibaresi “üç aydan bir yıla kadar” ve üçüncü fıkrasında yer alan “birinci fıkra hükmüne göre” ibaresi “bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 2 - Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3 - Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

18/12/2010

RG, 19 Aralık2010,
S. 27790

Doç. Dr. Mustafa T. YÜCEL,
YENİ TÜRK CEZA SİYASETİ,
İmge Yayınevi, Ankara 2011

Kitaba özlü bir Önsöz yazan Prof. Dr. Sami Selçuk'un söylediği gibi "Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü iken, bu birimi bir laboratuvar olarak kullanmasını" bilen Mustafa Tören Yücel, yine sık sık başvuracağımız güzel bir ürünle karşımıza çıkmaktadır. Ben kitabın tanıtılması için sadece Mustafa Tören Yücel'in önsözünden bir bölümü aktarmakla yetineceğim: "Suç ve ceza siyasetinde temel uygulamanın ceza adaleti sistemiyle somutlaştığı ve öğretide sisteme odaklanıldığı görülmekte ise de, sistem öncesi (suçluluğun önlenmesi) kadar sistem ötesinin de (koşullu salıverilen hükümlülerin korunması/mükerrir suçluluğun önlenmesinin) çok önemli olduğu yeterince algılanmadığı ve her şeyden önce, ceza adaleti sistemi için yapılan harcamalar getirisinin minimal ölçüde olduğu görülmektedir. Önlemenin ne derece ekonomik yarar boyutu olduğu, toplam nüfustaki çocuk ve genç nüfus oranı (%33) ile eski hükümlülerin işlenen suçlardaki payının küçümsenmeyecek oranda olması göz önüne alındığında belirlemek te; bireysel/toplumsal boyuttaki önleme tedbiri için harcanan TL'nin, suçlu yakınları ve suç mağdurları için beliren kayıplar ile tretim bedeli toplamının çok altında olacağı bilinmektedir.

Suçların önlenmesi tek boyutlu bir uğraş olmak yerine farklı sektörleri içeren kolektif bir yaklaşım gerektirmektedir. Örneğin aile içi şiddet bir taraftan kolluk ve adalet hizmetlerini, öte yandan sağlık ve sosyal hizmet kurumlarının müdahalesini gerektirmektedir.

Aynı derecede önemli olan diğer bir parametre de, potansiyel suçluların yakalanma riskinin yüksek olması bilincidir. Ne var ki, suç işleme biçimlerine bakıldığında bu algılamının yeterince/hiç olmadığı görülmektedir. Delik kova teorisinin belgediği üzere, yakalanması/



yakalandığında cezalandırılması/cezasını çekmesi kesinlik içermeyen ceza adaleti sisteminin bu mesajı vermesi beklenemez. Genel önleme üzerine yapılan araştırmalardan önemli bir çıkarımı, kolluk baskınları ve benzeri girişimlerin genelde sınırlı bir süre için etkili olduğu ve bu etkinin zamanla buharlaştığıdır.

Sistemin zayıf yanlarından biri de genelde ceza davalarının makul süre içinde kotarılamamasıdır. Sistem dava yükünün üstesinden ancak zaman zaman çıkarılan genel af yasaları ile gelebilmektedir. İşte yargılamadaki iş yükü çıkmazına kalıcı bir çözüm getirmek siyasetin temel odaklarından biri olmalı; sisteme en son çare olarak başvurulması (ultima ratio) ilkesi doğrultusunda çareler üretilmeli; ülkede "yargılama ahlakı" yeşertilmelidir. Kanunları uygulamakta ifrata kaçmanın büyük bir haksız olabileceği unutulmamalıdır (Summum jus summa iniuria).

Ceza siyaseti oluşturulmasında, toplumsal savunu açısından tehlikeli/seri suçlular, psikopatların sistemde nasıl trete edileceği bir sorun olarak belirlemektedir. Bu konuda sistemin çeşitli evrelerinde ortak bir bilincin oluşturulması da aynı derecede önemlidir.

Diğer suçlular bakımından, karanlık sayıyı oluşturan suçluların tretmandan kaçınmaları ve özgürce yaşama devam etmeleri; çoğunun sosyal/siyasal konumları veya bankalardaki yüklü hesapları nedeniyle soruşturmadan (zamanaşımından düşme sonucu)/ kovuşturmadan masun tutulmaları karşısında suçlu kişilik profili ile hükümlülerin yeniden sosyalleştirilmesi için tretmana tabi tutulmalarının da yerindeliği gibi kriminolojik sorunlar ve yukarda belirtilen sosyolojik gerçeklere eğinilmesi gerekirken yasal düzenlemelerle yeni bir Türk Ceza Siyaseti oluşturulmasının ne derece yerinde olduğu bu incelemede sorgulanmaktadır. Yanıt bekleyen sorular arasında yeni ceza siyaseti tasarlanırken toplumsal yararı ve etkisi veya bu ceza siyasetini toplumsal yararları maksimum hale getirmek üzere nasıl tasarlanması gerektiği üzerinde ne türden araştırmalar yapıldı? Yeni siyasetin mimarları tasarım evresinde evrensel/yerel boyutta multi-disipliner araştırma sonuçları ile Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü veri tabanında yapılan analizlere odaklandılar mı? Yoksa yalnızca "hak ediş"/"ödeşme"(Kantçı) ceza teorisine uyarlı cezalar, cezaevi nüfusu üzerindeki etkisi göz ardı edilerek ağırlaştırıldı mı? Yeni ceza siyaseti ile sokaktaki vatandaş kendini daha mı güvenli hissetmeye; ev-

lerinde çelik kapısız oturmaya, özel/kamu kurumları ve işyerleri güvenlik kameraları (CCTV) olmaksızın çalışmaya mı başladılar? Özetle, yeni siyaset hangi sonuçları doğurmaktadır?"

Kitap, "Giriş"ten sonra, sonuç ve kaynakça dışında 14 bölüm olarak düzenlenmiştir.

Sosyolojik Gerçek, Ceza Hukukunun İşlevi ve Cezai Düzenlemelerde Abartı, Yeni Bir Ceza Siyaseti Gereksinmesi, De Facto Yansımalar, Cezaların İşlevi ve Faili Meçhullük, Ceza Adaleti Sistemi Profili (Yargılama Temposu, Masumiyet Karinesi, Beraat/Mahkumiyet Oranlaması, Davaların Zamanaşımından Düşmesi, Uzlaşma, İddianamenin Reddi, Cezaevi Nüfusu, Tutuklama), Ceza Yaptırımlarının Rasyonelliği ve Ceza Yaptırımlarının Etkinliği, Üst Mahkemeler, Adli Reform Endeksi, Kavramların De Facto İşlevi, Kriminolojik Yaklaşım, Stratejik Yaklaşım, Bilimsel Araştırma.

Ceza hukuku ve ceza siyaseti ile ilgilenen herkesin okuması gerekli bir kitap.

H. Argun BOZKURT
BİR AVUKAT GÖZÜYLE KENTLER
Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2010

Tarih ve hukukun bileşkesi sayılabilecek "Hukukun Öyküsü", iki ciltlik "Eski Çağlarda Anadolu'da Hukuk" ve "Davalar" gibi kitapların yazarı olan Av. H. Argun Bozkurt, bu kez Paris, Atina ve Selanik, İstanbul ve Ankara, Viyana, Amsterdam, Budapeşte, Brüksel, Prag kentlerinin hukukta kesişmesini resimlerle ve özel gözlemleriyle anlatmaktadır.

Kitap gezilen kentlerde yazarın çektiği adaletle ilgili binaların fotoğrafları yanında, yargı ile ilgili heykel, pul, para, davetiye vs. gibi objelerin fotoğrafları ve gravür, minyatür ve çeşitli illüstrasyonlar ile ilgi çekici hale gelmiştir.